

**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: 91 111 42 60

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXV
2008-2009

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2009

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): 007-09-052-2
NIPO (M.º de Justicia): 051-09-020-0
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN

El volumen XXV (Nueva Época) del Anuario de Filosofía del Derecho está dedicado en la sección monográfica a la reflexión sobre la deontología de las profesiones jurídicas. Una cuestión sobre la que el consejo asesor consideró adecuado propiciar el debate entre los cultivadores de la filosofía del derecho. El examen de los deberes que comporta el cumplimiento de una profesión como ética aplicada o práctica es susceptible de ser abordado desde distintas perspectivas y ámbitos. Así lo hacen los autores que contribuyen en esta sección al ofrecer una visión de la ética profesional a tenor del desarrollo de algunas profesiones jurídicas (abogacía, notaría, ministerio fiscal o judicatura) y al llevar a cabo aproximaciones que asumen y también desvelan críticas a algunos de los presupuestos de los códigos deontológicos. Los artículos de Massimo la Torre, Luis Martínez Roldán, Laura Miraut Martí, Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz y María Leonor Suárez Llanos ilustran el debate en esta primera sección.

La segunda sección –Estudios– incluye artículos agrupados bajo el epígrafe genérico de Teoría y Filosofía del Derecho, que abordan cuestiones persistentes en el debate iusfilosófico como puede ser el estatus epistemológico de la filosofía y la ciencia del Derecho, la revisión del positivismo como teoría, la interpretación jurídica o el paradigma constitucionalista. Junto a ello encontramos contribuciones relacionadas con dimensiones de la teoría de la justicia, así como trabajos de carácter histórico y de filosofía política.

El Anuario lanzó una invitación a los profesores y profesoras habilitados como titulares en las últimas convocatorias de nuestra área de conocimiento con el fin de ofrecer esta publicación como medio de expresión de sus concepciones o su reflexión sobre la propia disciplina, sobre las diversas formas en que la filosofía jurídica se constituye a sí misma y construye también el Derecho sobre el que reflexiona. Las aportaciones de Silvina Álvarez, Ignacio Campoy y José Luis Martí son exponentes de las miradas sobre la filosofía del derecho de

una generación de investigadores y docentes innovadores, reflexivos y comprometidos.

El apartado «Debates» ofrece al lector un análisis del libro de Josep María Vilajosana *Identificación y Justificación del Derecho* llevado a cabo por Luis Prieto. Las cuestiones objeto de crítica y diagnóstico no pueden ser de mayor calado en el ámbito de la teoría del derecho y el embate dialéctico entre ambos es minucioso y certero.

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 pretende dar cuenta de algunos acontecimientos importantes que han tenido lugar a lo largo del año. Entre los nombramientos de Doctores *Honoris Causa* dejaremos constancia del recibido por el Profesor Delgado Pinto en la Universidad de Oviedo, los concedidos por la Universidad de Alicante a Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Elías Díaz y Ernesto Garzón Valdés y el nombramiento por parte de la Universidad de Castilla-La Mancha de Luigi Ferrajoli. Las jornadas en homenaje a Gregorio Peces-Barba en la Universidad Carlos III de Madrid.

El Consejo Asesor y el Consejo de Redacción del Anuario están comprometidos a que esta revista sea expresión, como lo ha sido tradicionalmente, de buenos trabajos de filosofía del derecho que además cumplan las exigencias y requisitos de las publicaciones académicas de prestigio y reconocimiento. Por ello agradecemos a todos el esfuerzo que supone adaptar las publicaciones a estos criterios, asumir el ritmo y las exigencias que imponen la evaluación externa de los trabajos, así como las dinámicas de revisión de nuestra publicación. Esto no es sino una nueva invitación a participar en este foro a cuantos compartimos la filosofía del derecho en particular y la filosofía práctica, en general.

MARÍA JOSÉ AÑÓN
Directora del *AFD*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN. MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i>)	5
I. MONOGRÁFICO: La deontología de las profesiones jurídicas	
– LA TORRE, MASSIMO (Università di Catanzaro): <i>Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense</i>	13
– MARTÍNEZ ROLDÁN, LUIS (Universidad de Oviedo): <i>Deontología notarial: corporativismo o regulación jurídica</i>	35
– MIRAUT MARTÍ, LAURA (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria): <i>La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial</i>	57
– RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN (Universidad de Santiago de Compostela): <i>El pacto de quota litis en la deontología de los abogados</i>	79
– SUÁREZ LLANOS, MARÍA LEONOR (Universidad de Oviedo): <i>Deontología del Ministerio Fiscal. Descripción normativa y crítica. O de ¿para qué necesitan los fiscales ser morales?</i>	111
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
II.1 Estudios	
– ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO (Universidad de Almería): <i>Ética y pobreza mundial: fundamentos y límites de una respuesta centrada en los deberes de humanidad</i>	149

	Pág.
– BERNUZ BENEITEZ, MARÍA JOSÉ (Universidad de Zaragoza): <i>Derecho y sensibilidad</i>	179
– CUENCA GÓMEZ, PATRICIA (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica</i>	207
– DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO (Universidad de Sevilla): <i>¿Un puente sobre aguas turbulentas? Reflexiones sobre el estatuto epistemológico de la iusfilosofía y su relación con la ciencia del derecho.</i>	235
– LIFANTE VIDAL, ISABEL (Universidad de Alicante): <i>La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista</i>	257
– LUCENA CID, ISABEL VICTORIA (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla): <i>La constitución de la realidad política</i>	279
– MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ (Universidad de La Rioja): <i>José M.^a Blanco White y la labor reformista de las Cortes de Cádiz</i>	309
– MEGÍAS QUIRÓS, JOSÉ JUSTO (Universidad de Cádiz): <i>Propiedad intelectual, cultura y privacidad</i>	333
– NOGLER, LUCA (Università di Trento): <i>El itinerario metodológico de Luigi Mengoni</i>	353
– TRUCHERO DÍAZ, JAVIER (Universidad Autónoma de Madrid): <i>Rorty y la solidaridad</i>	385

II.2 A propósito de la Filosofía del Derecho

– ÁLVAREZ, SILVINA (Universidad Autónoma de Madrid): <i>La relevancia de la filosofía moral para el derecho</i>	409
– MARTÍ, JOSÉ LUIS (Universitat Pompeu Fabra): <i>Sobre la normatividad de la filosofía del derecho.</i>	427
– CAMPOY CERVERA, IGNACIO (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Reflexiones sobre la Filosofía del Derecho</i>	455

III. DEBATES

– PRIETO SANCHÍS, LUIS (Universidad de Castilla-La Mancha): <i>Identificación y justificación del Derecho</i> ..	485
– VILAJOSANA, JOSEP MARÍA (Universitat Pompeu Fabra), <i>A las puertas del Paraíso. Respuesta a Luis Prieto Sanchís</i>	507

IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

– ALEXY, ROBERT; GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, <i>Star Trek y los derechos humanos</i> , Tirant lo Blanch (colección cine y derecho), Valencia, 2007, 111 pp.	
---	--

	Pág.
(Mario Ruiz Sanz. Universitat Rovira i Virgili de Tarragona)	539
– DE ASÍLS ROIG, R.; BONDIA, D.; y Maza, E., (coords.), <i>Los desafíos de los derechos humanos hoy</i> , Dykinson, Madrid, 2007 (Patricia Cuenca Gómez. Universidad Carlos III de Madrid)	543
– DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO (editor), <i>Ciudadanía y derecho en la era de la globalización</i> , Dykinson, Madrid, 2007, 353 pp. (Miguel Álvarez Ortega. Universidad de Sevilla)	549
– DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO (editor), <i>Dimensiones jurídicas de la globalización</i> , Dykinson, Madrid, 2007, 154 pp. (Luis Carlos Amezúa Amezúa, Universidad de Valladolid)	553
– DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO, <i>Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)</i> , Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2007, 455 pp. (María Isabel Garrido Gómez. Universidad de Alcalá)	559
– FABRA, PERE, <i>Habermas. Lenguaje, razón y verdad. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas</i> , Marcial Pons, Madrid, 2008, 397 pp. (Rafael Ramis Barceló. Universitat Pompeu Fabra).	565
– FERRAJOLI, LUIGI; MORESO, JOSÉ JUAN; ATIENZA, MANUEL, <i>La teoría del derecho en el paradigma constitucional</i> , Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, 216 pp. (Rafael Ramis Barceló. Universitat Pompeu Fabra)	568
– GALIANA SAURA, ÁNGELES, <i>La Ley: entre la razón y la experimentación</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 358 pp. (Javier Truchero Díaz. Universidad Autónoma de Madrid)	571
– GARCÍA INDA, ANDRÉS, y MARCUELLO SERVÓS, CARMEN (coords.), <i>Conceptos para pensar el siglo XXI</i> , Los libros de la Catarata, Madrid, 2008, 342 pp. (María José González Ordovás. Universidad de Zaragoza)	577
– GORDILLO FERRÉ, JOSÉ LUIS, <i>Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría</i> , Trotta, Madrid, 2008, 205 pp. (Ramón Campderrich Bravo. Universidad de Barcelona)	587
– HIERRO, LIBORIO L.; LAPORTA, FRANCISCO J.; RUIZ MIGUEL, ALFONSO (editores), <i>Revisión de Elías Díaz. Sus libros y sus críticos</i> , Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 463 pp. (Mario Ruiz Sanz. Universitat Rovira i Virgili de Tarragona)	591

	Pág.
<ul style="list-style-type: none"> – MIKUNDA FRANCO, EMILIO, <i>Los derechos humanos como historiografía y filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: simetrías y distorsiones frente a G. Radbruch</i>, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008 (Joaquín Brage Camazano. Universidad Complutense de Madrid) 	595
<ul style="list-style-type: none"> – SUSÍN, RAÚL; SAN MARTÍN, DANIEL (coords.), <i>De identidades: reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida</i>, Tirant lo Blanch/Universidad de La Rioja, Valencia, 2008, 398 pp. (Sergio Pérez González. Universidad de La Rioja) 	601

V. NOTICIAS

<ul style="list-style-type: none"> – José Delgado Pinto nombrado doctor <i>honoris causa</i> por la Universidad de Oviedo (Nota de la Redacción) 	611
<ul style="list-style-type: none"> – Jornadas en homenaje a Gregorio Peces-Barba (María Eugenia Rodríguez Palop. Universidad Carlos III de Madrid) 	612
<ul style="list-style-type: none"> – Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Elías Díaz y Ernesto Garzón Valdés son nombrados doctores <i>honoris causa</i> por la Universidad de Alicante (Isabel Lifante Vidal. Universidad de Alicante) 	614
<ul style="list-style-type: none"> – Investidura de Luigi Ferrajoli como doctor <i>honoris causa</i> por la Universidad de Castilla-La Mancha (Gema Marcilla Córdoba. Universidad de Castilla-La Mancha) 	616

I

**MONOGRÁFICO:
LA DEONTOLOGÍA
DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS**

Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense*

Por MASSIMO LA TORRE
Università di Catanzaro

RESUMEN

El artículo trata por un lado de la difícil relación entre positivismo jurídico y abogacía y por el otro de la tradicional conceptualización del abogado como orador, y sujeto del arte retórico. El iuspositivismo, al definir el Derecho fundamentalmente como algo prescriptivo, un imperativo, un hecho de decisión, no encuentra sitio en su mapa para el papel del abogado. Este de hecho no decide nada; y así según la perspectiva del iuspositivista parece condenado a la irrelevancia. Por otro lado el ejercicio de la abogacía tradicionalmente pasa por el uso persuasivo de la palabra, por lo que desde hace muchos siglos se llama retórica. Ahora bien, la filosofía, por lo menos desde Platón, se construye mediante su rechazo implícito o explícito de la retórica como actividad no dirigida a la verdad. El abogado –se subraya– no quiere la verdad, no está interesado en ella, y así nadie más que él parece ser distinto de lo opuesto al filósofo. De estos temas habla el artículo intentando reconfigurar otra posible imagen, sea de lo que es la abogacía sea de lo que tendría que ser un concepto de Derecho apropiado para su objeto, es decir, la práctica jurídica (dentro de la cual una tarea central y paradigmática, al lado del juez, es aquella del abogado).

Palabras clave: Abogado, positivismo jurídico, deontología, retórica, razonamiento del abogado.

* Ponencia a las «VIII Giornate Tridentine di Retorica “Deontologia y Retórica Forense” (Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 12-14 junio 2008)».

ABSTRACT

The article deals with the difficult relationship between law practice and legal positivism, and also with the traditional concept of lawyer as orator, the practitioner of rhetoric. Legal positivism, in defining law as something essentially prescriptive, an imperative, or a decision, sees no place for the role of the lawyer (the advocate). Lawyers (advocates) do not decide, do not issue commands; so from the legal positivist perspective they are considered as irrelevant for the definition of law. However, law practice implies the persuasive use of language, that has been known for centuries as rhetoric. But philosophy, at least since Plato, is built upon the implicit or explicit rejection of rhetoric, since the latter does not aim for truth. A lawyer – it is stressed – doesn't want the truth. A lawyer isn't interested in the truth ; therefore there is no subject so different, so opposite, to a philosopher as a lawyer. On the other hand legal positivism by downplaying the rhetorical side of lawyers' reasoning tend to present this as a kind of a-moralist exercise. These are the issues that the article is concerned with, in an attempt to review both the reasons and the concept of law in a way that is hopefully more appropriate to actual legal practice (within which a central and paradigmatic role, or «job», along with judging, advocacy).

Key words: Lawyer, Legal positivism, Deontology, Rethoric, Lawyer's reasoning.

SUMARIO: I. ABOGACÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. I.1 *Abogacía, iuspositivismo, y «moral amoralidad».* I.2 *Excursus: H.L.A. Hart, el punto de vista jurídico y los abogados.*–II. DERECHO, RETÓRICA Y DEONTOLOGÍA. II.1 *«Doblez» de la experiencia jurídica.* II.2 *Abogacía y retórica.* II.3 *Ambigua deontología.*–III. ABOGACÍA Y MORAL PÚBLICA. III.1 *Abogacía y situación moral: rol público y estatus privado.* III.2 *Entre derecho y poder. Abogacía y esfera pública.*

I. ABOGACÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

I.1 **Abogacía, iuspositivismo, y «moral amoralidad»**

El profesor de derecho –es decir, en la modernidad, un «científico» autoproclamado tal–, el legislador y el juez, son los protagonistas –los actores principales– de la serie de doctrinas iuspositivistas que se han subseguido, especialmente en el continente europeo, desde la época, o incluso –se podría afirmar– desde la epopeya de las grandes codificaciones. Por el contrario, sobre el abogado, Savigny, Ihering, Jellinek,

Kelsen y Hart –sólo por mencionar algunos de los nombres más ilustres de la tradición del pensamiento positivista–, no han dicho prácticamente nada. O, si han dicho algo, no han sido más que pocas, rápidas y descuidadas palabras.

Según la respectiva concepción del derecho es, ora el «científico» (como sucede en la obra de Savigny e Ihering), ora el legislador (como en el caso de Jellinek y, en buena medida, de Kelsen), ora el juez (como para Hart), el personaje central de la experiencia jurídica y de su correspondiente narrativa. Sin embargo, sobre el abogado se enmudece; un silencio que por lo general vale para la mayor parte de la producción moderna de teoría y filosofía del derecho, con poquísimas, loables excepciones.

La relación entre este silencio atronador y el dominante paradigma iuspositivista, salta a la vista. No vale contestarlo con la mención de algún nombre, si bien glorioso, como el de Karl Llewellyn (que en realidad es más bien «realista»). Es un hecho contrastable que tanto los «grandes» como la «masa» de los positivistas, no se han ocupado del abogado. La réplica a esta consideración, por lo general, es que en realidad tampoco se habrían ocupado del legislador ni del juez. Y que ello se entienda en el sentido de que la doctrina iuspositivista pasa por alto la conceptualización de los varios roles de operador jurídico y la reflexión sobre sus virtudes constitutivas, me parece bastante probado.

Con todo, se debe llegar a otra conclusión si se consideran las figuras del legislador y del juez no tanto como roles o figuras profesionales, sino como actividades, competencias o funciones *sistémicas* del ordenamiento jurídico. En efecto es éste, el *sistema*, el punto de vista que adopta el positivista. Desde tal punto de vista, la figura del juez se conceptualiza eminentemente como la situación o el «nivel» jerárquico del juzgar o del decidir sobre un determinado caso mediante una regla individual, y la figura del legislador como la posición –sistémica, obviamente– de la promulgación de una disposición general y soberana (la ley).

Ahora bien, no hay duda de que el concepto de derecho del iuspositivista se reduce a esta última función: su obsesión por «mandatos», «sanciones», «imperativos», «prescripciones», es de sobra conocida. En buena medida, para el positivista –que curiosamente en esto se encuentra muy cerca de concepciones románticas– entre razón y voluntad existe una divergencia insalvable, y es precisamente la voluntad de separación entre ambas facultades, la que toma la delantera. De este modo se repite a cada paso el lema de Hobbes: *auctoritas, non veritas, facit legem*.

Es el momento de la *decisión* lo que obsesiona a nuestro positivista: sin decisión, se dice, no hay derecho. Ahora bien, el abogado, a su pesar, *no decide nada*. Por lo tanto, es percibido como poco relevante, cuando no como irrelevante. Por consiguiente, en la geografía jurídica que propone el iuspositivista no hay lugar, no se hace visible, la figura del patrono. No se logra conferir a su actividad (en verdad ni siquiera

se intenta) función sistémica u ordenamental, con el resultado de que ésta acaba por desaparecer por completo del mapa de las situaciones jurídicas significativas. Si no me equivoco, en la primera edición de *Reine Rechtslehre*, de Hans Kelsen, y puede que también en la segunda, la palabra «abogado» no aparece ni siquiera una vez.

Por otra parte, como se ha mencionado, el positivismo jurídico, generalmente atento a distinguir –aunque no siempre a separar– entre derecho y moral, no tematiza la relación entre derecho y virtud. La virtud es, a su parecer, algo extrajurídico, extrasistémico, que escapa por lo tanto a la perspectiva ordenamental y estructural (y pretendidamente descriptiva) que éste asume como propia. Esto tiene la bastante obvia consecuencia de que cada deontología conectada a las profesiones y actividades jurídicas resulta externa a la investigación positivista. Pero tiene también otra consecuencia, puede que menos obvia.

El iuspositivista, rechazando o descuidando el vínculo entre derecho y virtud, llega a sostener, más o menos explícitamente, una específica y concreta doctrina deontológica. Grosso modo coincide con la doctrina conocida en el mundo anglosajón como «concepción estándar» o también como tesis de la «moral amoralidad»¹. Según esta tesis el abogado, al no ser titular de específicas obligaciones ulteriores respecto a las obligaciones jurídicas impuestas por el sistema, puede hacer legítimamente todo aquello que no le es prohibido por una norma de ley. Es precisamente la amoralidad del ámbito forense, dentro de los límites establecidos por la ley, lo que constituye la moralidad de este rol y de esta profesión. No se dirá, como se dice en la versión explícita de la tesis de la «moral amoralidad», que el abogado, precisamente por rechazar someterse a criterios extrasistémicos de moralidad, acaba por llevar a cabo un grado más alto de justicia en conjunto y a largo plazo.

El positivista no se atreve a incomodar a las abejas de Mandeville. Ni se defenderá abiertamente una visión dialéctica de la justicia procesal –según la cual es el conflicto, también áspero, incluso «mal intencionado», el que conduce a la única verdad disponible en el mundo jurídico–, que es aquella que resulta de la lucha entre las partes por la defensa de los propios intereses. La actitud del positivista jurídico es generalmente más prudente y fría: no le interesa entrar en el campo de batalla de las doctrinas y tesis deontológicas. Lo que sin embargo sabe y en lo que cree firmemente, es que existen sólo tres operadores deónticos, que éstos son reducibles fundamentalmente a la modalidad del mandato y que todo lo que no es así no forma parte del «sistema» y por lo tanto, a él, «científico», no le interesa.

El desinterés y la abstinencia deontológica se transforma casi en seguida en una actitud de tolerancia hacia todo aquello que, aunque discutible o reprochable moralmente, forme parte, de algún modo, de

¹ Vid. O'DAIR, *Texts and Materials of Legal Ethics*, London, Butterworths, 2001, capítulo V.

los parámetros establecidos positivamente por el ordenamiento. De este modo, ciertas veces se dirá que el punto de vista del abogado es aquel del «bad man», del hombre inmoral, y que eso forma parte del «juego» o de la práctica sistémica del derecho.

Sin embargo, con su permisividad de fondo, el positivista descuida un dato muy positivo: que en casi todos los sistemas positivos desarrollados, encontramos mecanismos de control deontológico de la conducta profesional de los operadores jurídicos y, en especial modo, de los abogados. Existen incluso –y en estos últimos años, en número creciente– *códigos* deontológicos adoptados por los varios organismos de autogobierno de la profesión legal. Mas de su consideración, no encontramos señal alguna en los clásicos de la literatura positivista.

1.2 *Excursus*: H. L. A. Hart, el punto de vista jurídico, y los abogados

Como es sabido, según H. L. A. Hart, el punto de vista jurídico es paradigmáticamente aquel asumido por el juez que emana una sentencia, relacionándola a la «gran norma» –por así decirlo– del ordenamiento jurídico dado, es decir, a su «norma de reconocimiento». El punto de vista jurídico tiene por objeto, exclusivamente, la validez de la regla o del criterio a aplicar en la sentencia y semejante validez es concebida en términos de pertenencia, de la pertenencia al sistema de reglas que es el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esta pertenencia se tematiza y se resuelve como una cuestión genealógica, de *pedigree* (como dice, no sin ironía, el gran opositor de Hart, Ronald Dworkin). La validez de la regla pues, resultaría del hecho de que la regla o el criterio puedan ser reconducidos a una regla más fundamental y esencial. Para verificar y establecer la corrección de la decisión y, en cierto modo, del contenido mismo de ésta, se debe remontar hasta una norma válida y, en consecuencia, hasta la norma básica de la cual deriva la validez misma. El modelo de razonamiento acerca del caso por decidir y acerca de la validez, que es el criterio principal, no es en este caso muy diferente al del aquel propuesto por Hans Kelsen en su doctrina del *Stufenbau*, en sustancia igualmente deductivo, de la «construcción por escalones». El juicio sobre la validez, tanto para Hart como para Kelsen, no es la consideración del acierto o sensatez de un determinado estado de cosas o de un cierto criterio. Es más bien una afirmación, grosso modo, del tipo: esto es cuanto la «norma básica» permite o adscribe para el caso examinado. Una afirmación semejante comporta que el juez prescriba a otros sujetos el observar el resultado del juicio formulado en este modo.

En definitiva, el punto de vista jurídico sería equivalente a aquel que Hart llama, «punto de vista interno», una perspectiva desde la cual las normas son percibidas como vinculantes y productivas de

obligaciones para aquellos que las usan². Aún así, a pesar de que para Hart las normas se distinguen netamente de los mandamientos, éstas son vistas como dotadas de fuerza vinculante principalmente para algunos sujetos capaces de emanar mandamientos. Los destinatarios de las sentencias y de las decisiones de los otros operadores jurídicos y funcionarios públicos, el ciudadano común, juegan un papel del todo pasivo en ese contexto ya que no se encargan de verificar o de deliberar si una sentencia o una decisión está fundamentada por la norma de reconocimiento. Por consiguiente, la perspectiva del ciudadano (que es sustancialmente la del «*puzzled man*»)³, resulta totalmente marginal respecto al punto de vista jurídico en sentido estricto. De modo que esta perspectiva –la de aquellos que no son funcionarios del sistema jurídico– es concebida más bien como punto de vista «externo», puesto que en semejante contexto las normas no son consideradas tanto por su propia fuerza vinculante o por su propia capacidad justificativa de deliberaciones, cuanto por el hecho de que tienen ciertos efectos (positivos o negativos) sobre los intereses y la vida de los ciudadanos según cálculos de tipo prudencial y probabilístico⁴.

Pues bien, dentro de este marco –el trazado por Hart y que en cierto modo equivale al típico de la visión iuspositivista– resulta arduo además de embarazoso, encontrar un rol adecuado para el abogado. Para ser admitidos a compartir el punto de vista jurídico, éste debería ser considerado un funcionario público, una especie de juez. No obstante, esto choca contra dos posiciones asumidas por el abogado. Es ante todo el *representante del cliente*, aunque no lo sea sólo él y no lo sea de manera exclusiva y absoluta. Los argumentos del abogado son tales que, en línea de máximos, puedan ser propios del cliente y producidos por este último también en ausencia de la asistencia o de la mediación del legal. Se trata de enunciados acerca de los derechos, acerca de la exactitud o no de una pretensión y no tanto acerca de pruebas de paternidad respecto a una cierta norma, si bien sea de sumo grado jerárquico.

El abogado y el cliente asumen, obviamente, el ser vinculados por la «norma de reconocimiento» y el ser capaces y estar autorizados a enunciar ciertas proposiciones que son relevantes dentro de la esfera jurídica. Ambos –el del abogado y el del cliente– son de pleno derecho, «punto de vista jurídico», de modo que sus razones pueden y deben ser tomadas en consideración por la decisión del juez, formar parte de ella y estar referidas en ella. En gran medida, las razones del

² Acerca de todo ello, léase: H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Second edition, Clarendon, Oxford, 1994, pp. 89 ss. [Trad. cast. de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968 (2.^a)].

³ *Vid. ibid.*, p. 40.

⁴ Sobre este punto me detengo más en detalle en: *The Hierarchical Model and Hart's Concept of Law* en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 93, 2007, pp. 82 ss.

juez son una reiteración de las razones del cliente y del abogado. Por otra parte, aún así, el abogado no manda nada a su cliente, ni al juez, ni a nadie absolutamente, no les dirige órdenes o prescripciones. Ni su evaluación acerca de la relevancia de la norma de reconocimiento para la causa en examen, se concreta o «precipita» en un juicio que pueda ser asumido sólo por el cliente y desde un punto de vista exclusivamente prudencial, por lo tanto –en la terminología de Hart– «externo». El abogado no puede decir, como abogado en el ejercicio de sus funciones, que una norma, aunque válida, se puede violar o soslayar. Ciertamente, no puede argumentarlo en el juicio delante del juez.

Sea como fuere, las razones del abogado y las de su cliente son equivalentes y se suman. En este sentido, la posición del abogado está muy lejos de ser la asumida por el juez y, especialmente, por el juez tal como lo configura Hart. No hay ninguna fractura jerárquica entre el abogado y el ciudadano común (que es su cliente): ellos comparten el mismo punto de vista. Sin embargo no es este el caso del juez, por lo menos en la construcción conceptual que nos ofrece el iusfilósofo británico. El juez es aquí el sujeto principal del punto de vista «interno» respecto al ordenamiento jurídico, mientras que el ciudadano común es relegado al margen por lo que se refiere al punto de vista («externo») de los que soportan y no hacen propias las normas jurídicas positivas⁵.

En esta reconstrucción, el abogado (que defiende y articula las razones del ciudadano común) parece ser expulsado, junto a su cliente, desde el recinto del punto de vista jurídico hacia la perspectiva, toda ella extrasistémica, del cálculo prudencial. Es propia de ambos la racionalidad del «bad man», de la cual habla el juez Holmes al arriesgarse a incluir al abogado en su informe, pretendidamente realista, de la práctica jurídica. En el caso de Hart, la conclusión es quizás todavía más triste. Puesto que para éste, a diferencia de Holmes, el «bad man», el hombre del punto de vista externo, es extraño al ámbito del derecho en sentido estricto, el abogado no tiene puesto alguno en el concepto de derecho. Resulta irremediabilmente incoherente, sino incluso hostil. De este modo, la figura del abogado se convierte también en un contexto reflexivo y moderado como es la *analytical jurisprudence* reformada de Hart, un sujeto sospechoso o como mínimo, ambiguo.

II. DERECHO, RETÓRICA Y DEONTOLOGÍA

II.1 «Doble» de la experiencia jurídica

La ambigüedad o la «doble» parece ser una cualidad o un vicio que aflige *ab origine* la entera experiencia jurídica. El derecho se

⁵ Cfr. *ibidem*.

estrecha, como territorio de acción humana, entre hechos que atienden o reclaman una calificación normativa y normas que ambicionan a transformarse en prácticas efectivas. Por un lado encontramos la facticidad o la eficacia, por otro la validez (que es valor e idealidad), y la una sin la otra resulta insuficiente, tergiversando así el sentido del derecho mismo y poniendo en juego su razón de ser. Por otra parte, el derecho es en un sentido del *discurso*, momento de audición recíproca, dialéctica, pero después y casi enseguida se hace *coacción*, ámbito en el cual unos constriñen a otros. Existe el sufrimiento de la pena –que es *violencia*– y el placer y la alegría del derecho cumplido –que es *justicia*–. Y ésta todavía permanece alerta, su ojo es penetrante, pero juzgando se venda y se hace ciega. Por un lado vigilante, por el otro ciega: con una mano empuña la espada, con la otra sostiene una balanza.

Tal doblez no puede no reflejarse en sujetos que del derecho hacen un oficio o una profesión. Ello vale tanto para el juez como para el abogado. El juez es aplicador, ejecutor, pero también productor de derecho. La función del juez, según Platón, no es «regia» y sin embargo el juez, como un rey, es –usando una fórmula medieval– *pater et filius iustitiae*. En griego antiguo, «Basileus» –rey– significa también juez y ésta es la acepción que usa Hesíodo. El rey de los judíos es ante todo un «juez». Y es propia del monarca medieval la doble competencia: *gubernaculum* (el ámbito de las prerrogativas incuestionables) *eiurisdictio* (el ámbito de la función judicial, hacer justicia, atribuir a cada uno lo que es suyo, reparar las ofensas)⁶.

Parece que con el estado de derecho, el juez sufra un rápido e irremediable retroceso: su papel no es otro que el de aplicar la ley: «bouche de la loi». Ninguna otra función le compete según la doctrina liberal de la separación de los poderes. Una eficaz presentación de semejante doctrina nos la aporta Alexis de Tocqueville el cual, ciertamente, no puede ser acusado de excesivas simpatías hacia la función legislativa.

Según el escritor francés, los rasgos del juez son esencialmente tres. El primero es la «terciaridad» o la «imparcialidad»: «El primer rasgo del poder judicial en todos los pueblos es el de servir de árbitro»⁷. Sucesivamente será destacada la «particularidad», o bien, lo concreto de la actividad judicial: «El segundo rasgo del poder judicial es el de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales»⁸.

⁶ Sobre este punto, remito a mi libro *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, capítulo I. Consúltese también, M. LA TORRE, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Dordrecht, Springer, 2007, capítulos I y III. (traducción propia).

⁷ A. de TOCQUEVILLE, «De la Démocratie en Amérique», en A. de TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, edición de J. P. Mayer, Tomo I, 1, III ed., Paris, Gallimard, 1967, p. 99. [Trad. cast. de R. Viejo Viñas, *La democracia en América*, Madrid, Akal, 2007, p. 138].

⁸ *Ibidem*.

Finalmente, un tercer rasgo específico se individúa en la situación de pasividad en la cual se encuentra el juez: «El tercer rasgo del poder judicial es no poder intervenir más que cuando se recurre a él o, por emplear la expresión legal, cuando se apela a él [*saisie*]»⁹.

Estos tres rasgos (especialmente la «terciaridad» y la «pasividad») distinguen al juez, no sólo y no tanto del legislador y del político (del gobernante), sino sobre todo del abogado. Verdaderamente, el juez, aunque «sin acción» y a diferencia del abogado, *decide* y *manda*.

Dicho sea de paso, la recién sutil controversia entre el llamado positivismo jurídico «inclusivo» y el «exclusivo», puede reinterpretarse como una disputa en torno al papel paradigmático que debe ser conferido al juez como sujeto que eminentemente «decide». Para el positivismo jurídico «inclusivo» puede considerarse, por ciertos aspectos, una figura subordinada al derecho, ya que se considera que un eventual escape del razonamiento del juez hacia el campo del debate moral, puede ser integrado en la praxis del derecho en sentido estricto (que puede contingentemente contener en su norma fundamental criterios de naturaleza moral). Sin embargo, para el positivismo jurídico «exclusivo», la actividad judicial, más allá del recinto del derecho positivo, no encuentra límites que no estén epistémica y ontológicamente anclados en la esfera privada de la propia discrecionalidad.

La ambigüedad de la decisión judicial, que en otros casos se expresa en la tensión entre libre convencimiento y certeza de la prueba, aún así permanece. Pero todavía más extrema resulta la ambigüedad de la verdadera y propia «doble» del abogado. A éste se le pide ser, al mismo tiempo y con los mismos actos, «parte» y «órgano» del proceso (de la administración de la justicia). El abogado defiende los intereses de su cliente y sin embargo, *no todos los intereses* de éste en la causa. El abogado es una especie de «doble», de «sosias», del cliente: es su representante, su consejero y su patrono. Le debe «lealtad» (art. 88 c.p.c.), pero no puede ser su socio, ni su cómplice, ni su encubridor (recuérdense, por ejemplo, los artículos 378 y 379 del código penal italiano). No puede compartir sus intereses económicos (véase la difusa prohibición del pacto *de quota litis*). El abogado, aun siendo «parte», hace posible, asiste y prepara la labor y la decisión del juez y, por consiguiente, el funcionamiento de la máquina procesal.

Pero la doblez del papel del abogado tiene raíces más profundas o, más bien, se expresa ya en su misma palabra. Su discurso padece una ambigüedad puede que sin remedio. Y eso ocurre por la calidad misma de éste, por su naturaleza. El discurso forense es de hecho el ejemplo más evidente de un específico modo de proceder a través del lenguaje: es paradigmáticamente *retórico*.

⁹ *Ibidem*.

II. 2 Abogacía y retórica

Sobre el abogado, la tradición y la literatura no nos transmiten ciertamente una imagen límpida y positiva. «Desde Ammiano Marcelino hasta Anguis y Cormenin –constataba desolado Giuseppe Zanardelli en la segunda mitad del siglo XIX–, encontramos el retrato de nuestra profesión representado con las más repugnantes figuras por los escritores»¹⁰. En la cultura clásica pululan juicios terribles. Permítidme citar, por ejemplo, *Las Nubes* de Aristófanes: «*Razonamiento injusto*: - Pues bien, respóndeme: ¿de dónde salen los *synegoros* o abogados? *Razonamiento justo*: De entre los “culos anchos”»¹¹. O recordemos las palabras de Séneca: «Haec tot melia ad forum prima luce properantia, quam turpes lites, quanto turpides advocatos habent: [...] et corona pro mala causa stat bona patroni voce corrupta». (*De ira*, II, 7, III). O se recuerde también a Boezio que en la *Consolatio philosophiae* (IV, 3) parangona el abogado con un perro callejero. Y con la modernidad, los términos del juicio no parecen haber cambiado demasiado.

Hay un pasaje de *Los Miserables*, de Víctor Hugo, en el que abiertamente se hace eco del pasaje apenas citado del *De ira* de Séneca. Se trata también esta vez de una descripción del foro, de un tribunal y de la multitud de legales que se agita en torno a éste: «C'est toujours une chose qui serre le coeur de voir ces attroupements d'hommes vêtus de noir qui murmurent entre eux à voix basse sur le seuil des chambres de justice. El est rare que la charité et la pitié sortent de toutes ces paroles. Ce qui en sort de plus, souvent, ce sont des condamnations faites d'avance. Tous ces groupes semblent à l'observateur qui passe et qui rêve autant des ruches sombres, où des espèces d'esprit bourdonnant construisent en commun toutes sortes d'édifices ténébreux»¹². O pensemos en el juicio fulminante de Schopenhauer: «Der Arzt sieht den Menschen in seiner ganzen Schwäche; der Jurist in seiner ganzen Schlechtigkeit» (*Phelosophische Betrachtungen*, § 344a). Aquí el jurista es generalmente concebido como un sujeto moralmente en riesgo, ya que su mirada puede estar dirigida únicamente hacia pasiones, vicios y delitos.

En *Tam O'Shanter*, un poema de Robert Burns, el gran literato escocés de finales del siglo XVIII, encontramos de nuevo una ceñuda representación del mal entre los hombres. Hay un listado de una serie de objetos que simbolizan el horror: hachas herrumbrosas, lamas

¹⁰ G. ZANARDELLI, *L'avvocatura. Discorsi*, Milano, Società editrice «Unitas», 1920, p. 33 (traducción propia).

¹¹ Trad. it. de A. GRELLI, Milano, Rizzoli, 2001, p. 223. [Trad. cast. de F. P. Samaranch, *Platón, Aristófanes, Sócrates (apología de Sócrates, Critón y Las nubes)*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1979, p. 136].

¹² V. HUGO, *Les misérables*, edición de Y. Gobin, vol. 1, Paris, Gallimard, 1995, p. 349 (première partie, VII, 7).

chorreantes de sangre, la jarretera usada para un infanticidio, el cuchillo con el cual el hijo ha degollado al padre. El listado continúa todavía en algunos versos que nos incumben más de cerca: «Three lawyers' tongues, turned inside out/ wi' lies, seemed like a beggars coot»¹³. En esta escena alucinada, a los cuchillos, a las hachas, a las cimitarras asesinas, se añade la lengua del abogado «envuelta de mentiras». Algo parecido dice Dumas en el *Conde de Montecristo*. Esta vez, sin embargo, el arma homicida no es la palabra hablada, sino aquella escrita: «J'ai toujours eu plus peur d'une plume, d'une bouteille d'encre et d'une feuille de papier que d'une épée ou d'un pistolet»¹⁴.

Ahora bien, se advertirá como el juicio negativo e incluso despreciativo sobre el abogado, se une o se acompaña generalmente por el registro de un elemento inmediatamente percibido como molesto y turbador. Para sus fechorías, los abogados se sirven de *palabras*, de *discursos*. Séneca señala la voz del patrono como fuente de corrupción, y Víctor Hugo compara las togas negras que se acopian en un tribunal con abejas de zumbido ensordecedor, «esprits bourdonnants». Es el ruido, que causan sus palabras, la labia, el estrépito y la confusión que se derivan, lo que caracteriza a los abogados. A tal propósito es significativo el juicio de Napoleón: «ce tas de bavards, artisans de révolutions, et qui ne sont inspirés presque tous que par le crime et la corruption». Aquí, la primera nota despreciativa a la que sigue el resto, se refiere precisamente a la labia: «ce tas de bavards», «ese montón de lenguaraces». En *La Celestina*, Fernando de Rojas no expresa una mejor opinión: «Es necesario que el procurador ponga de su casa algún trabajo, algunas fingidas razones, algunos sofisticos actos»¹⁵. Por todo ello, se puede avanzar la plausible hipótesis de que sea su relación con la elocuencia, con la retórica, con un discurso que falsea y tergiversa, es decir, con la simulación o la *ficción de la razón*, lo que da a la actividad forense esa imagen para nada positiva que se encuentra, todavía hoy, tan extendida en el imaginario colectivo.

Este vínculo con la retórica parece difícil de aceptar. De manera que se podría sostener que el rétor no es denigrado por su asistencia asidua a los tribunales, sino que se trata de lo contrario: es el abogado quien ve perder su prestigio en el momento en el que se identifica demasiado con el orador. Esta hipótesis me parece plausible y señala cuán poco aceptada esté, en nuestra historia y en la evolución del pensamiento occidental, la específica práctica discursiva que se conoce

¹³ Cfr. R. H. S. Tur, «An Introduction to Lawyers' Ethics, in *Journal of Professional Legal Education*, 10, 2, 1992, p. 218.

¹⁴ A. DUMAS, *Le Comte de Monte-Cristo*, vol. 1, Paris, Pocket, 1998, p. 66. Para una culta y aguda discusión sobre la reputación moral del abogado en la historia de la literatura moderna, léase M. Friedlaender, *Rechtsanwälte und Anwaltsprobleme in der schönen Literatur*, Essen, Juristischer Fachbuchverlag, 1979.

¹⁵ F. DE ROJAS, *La Celestina*, Madrid, El País, 2004, p. 77.

precisamente con el nombre de «retórica». El recelo hacia ésta en la modernidad, se convierte en rechazo y desdén casi absoluto. Baste a comprobarlo la condena sin apostillas de Kant: «[...] la oratoria (*ars oratoria*), como arte de emplear las debilidades de los hombres al servicio de la propias intenciones [...] no es digna de ningún *respeto*». (*Critica del juicio*, párrafo 53)¹⁶.

Pese a todo, es una tensión y un hecho conocido desde la antigüedad y del cual existe un documento de gran relevancia e inteligencia en la literatura latina. Me refiero al *De oratore* de Cicerón. En esta obra aparece bien tematizada la fractura entre retórica –práctica dirigida a la persuasión– y filosofía –discurso que versa sobre la verdad–, una fractura que en gran medida es obra, como bien sabemos, de la potente teoría platónica.

La de Cicerón constituye una bien articulada respuesta al formidable ataque de Platón –se me permita darlo por sabido¹⁷–. En primer lugar, al corroborar en cierta medida y al replicar al mismo tiempo, la observación en la que Platón afirma sobre el juez que éste no desempeña una función «regia» (*Político*, 305C), cuando en cambio reivindica como «regia» la actividad forense y la misión del abogado. ¿Hay algo más noble que hacerse paladín de los débiles y de los oprimidos? Esto es lo que pone en boca de Craso en el primer libro del *De oratore*: «¿Qué hay tan propio de *reyes*, tan digno de un hombre libre, tan generoso como el ayudar a los suplicantes, levantar a los abatidos, salvar vidas [...]?»¹⁸ La verdad como tal no tiene la capacidad de fijarse en las mentes de la mayoría y también ella necesita defenderse. «Sócrates –subraya Cicerón– fue condenado por la sola culpa de estar privo del arte de oratoria»¹⁹.

Aún así, es verdad –se dice más adelante– que el rétor o el orador deben, para persuadir, suscitar las pasiones del auditorio. Es cierto que ellos aspiran más a la eficacia que a la verdad de sus discursos. Y sin embargo, la eficacia de su acción depende de la capacidad de referirse a aquello que efectivamente es la sustancia y la base de las emociones que se intentan suscitar y dirigir a los propios fines. «Me pregunto –dice Craso en el *De oratore*– si es posible pronunciar un discurso que inflame o aplaque sentimientos y pasiones –privilegio principal del orador– sin un estudio en profundidad de todas las teorías psicológicas y éticas desarrolladas por los filósofos»²⁰. Por lo tanto, la verdad

¹⁶ I. KANT, *Critica del giudizio*, trad. it. de A. GARGIULO, III ed., Bari, Laterza, 1949, p. 191. [Trad. cast. de M. García Morente, *Critica del juicio*, Madrid, Austral, 1999, p. 288].

¹⁷ Se encuentra bien resumido en A. Plebe, *Breve storia della retorica antica*, Bari, Laterza, 1968, pp. 35 ss.

¹⁸ M. T. CICERONE, *Dell'oratore*, con un ensayo introductivo de E. NARDUCCI, IV ed., Milano, Rizzoli, 1997, p. 141. La cursiva es mía. [Trad. cast. de J. J. Iso, *Sobre el orador*, Madrid, Biblioteca Gredos, 2002, p. 99].

¹⁹ *Ibidem*, p. 277 en el original. Traducción propia.

²⁰ *Ibidem*, p. 161 en el original. Traducción propia.

acerca de vicios y virtudes y acerca del carácter del propio auditorio, no podrá ser extraña al orador.

Pero el argumento decisivo es el siguiente. Cada discurso –afirma Cicerón– es de algún modo un ejercicio retórico ya que, generalmente, al conversar se pretende convencer al interlocutor y por lo tanto, en un cierto sentido, orientar su conducta. «Cualquier argumento objeto de investigación y debate se discute del mismo modo, ya se trate de consultas abstractas, ya de causas políticas o judiciares»²¹. No existe ninguna diferencia esencial entre la manera de proceder, de mostrarse y de mirar a la convicción de los otros, entre un discurso teórico (o incluso filosófico) que vierte sobre la verdad y un discurso práctico o forense, el objetivo del cual es la condena o la absolución de un imputado. Los dos participan de una misma naturaleza a la cual es intrínseco el aspecto retórico. Articulando de nuevo esta idea, Agustín, en el *De Magistro*, algún siglo más tarde, dirá que el fin principal de la palabra es la «enseñanza», que la función central del discurso es *docere*.

No obstante, a partir del diálogo ciceroniano, se deducen tres puntos que en verdad no serán nunca impugnados por el arpinate: (I) Ante todo se sostiene que la retórica se refiere al elemento pasional, y no al racional, del alma humana. «¿Quién ignora que el mayor poder de un orador consiste ya en incitar el ánimo a sus oyentes a la ira, al odio, ya en hacerlos volver de estas pasiones a la mansedumbre y compasión?»²² Esto, sin embargo, indica un carácter manipulador insuperable. Instando a la parte irracional del alma, la retórica escapa al control de quien la padece y, por lo tanto, emerge como técnica manipuladora. El rétor –si eficaz– puede llevar a su auditorio a creer y a escuchar lo que desee y tal como desee. La instrumentalización de semejante posición es evidente: la racionalidad que la presupone, no es tanto el *logos* racionante, cuanto la *metis* seductora –una razón de carácter inferior que, algunas veces, en la tradición clásica, equivale incluso a la violencia, a una fuerza coactiva que anula la voluntad y la autonomía de quien la padece–²³.

La *metis* es también engaño, simulación y disimulación; y de esto se alimenta también la actividad del rétor. «Si consigue aparecer tal como desea mostrarse [*si vero adsequitur, ut talis videatur, qualem se videri velit*] –dice Antonio en el *De oratore*– e influye el alma de los oyentes hasta el punto de conducirlos donde le plazca [*et animos eorum ita deficiat apud quos aget, ut eos quocumque velit vel trahere vel rupere possit*], seguro que no necesita ninguna otra cosa para ser un orador [*nihil profecto praetera ad dicendum requireret*]»²⁴.

²¹ *Ibidem*, p. 651 en el original. Traducción propia.

²² *Ibidem*, p. 157. [*Ibidem*, p.110].

²³ Cfr. E. CANTARELLA, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta y diritto*, III ed., Milano, Feltrinelli, 2007, pp. 106-107.

²⁴ M. T. CICERONE, *Dell'oratore*, trad. it. cit., p. 423. Traducción propia.

(II) Cicerón parece compartir o aceptar que la retórica no es un arte en sentido estricto, es decir, una serie organizada de conocimientos. Pero sobre todo, mientras que la verdad es una, el orador depende ora de una tesis (de un interés), ora de otra tesis (de otro interés), siendo este último opuesto e irreconciliable también al primero. La elocuencia, por consiguiente, no se ocupa de la verdad y, en buena medida, se funda sobre la mentira. En el *De oratore*, Antonio es explícito al respecto: «Nosotros hablamos delante de gente que ignora y hablamos de cosas que nosotros mismos ignoramos. De este modo sucede que los que nos escuchan tengan en ocasiones diferentes, sentimientos y opiniones diversas sobre una misma cuestión y que nosotros, a menudo, sostengamos causas contrarias. No sólo puede suceder que Craso hable contra mí, o yo contra él, lo que implica que uno de los dos sostiene una tesis equivocada; sino que ambos, en ocasiones diversas, sostengamos tesis diversas sobre una misma cuestión, mientras que la verdad no puede ser más que una [*cum plus uno verum esse non possit*]»²⁵. Una actividad semejante, así pues, efectuada por y para ignorantes, y que va a la caza de las opiniones y a menudo de los errores de los hombres, resulta estar fundada sobre la mentira; se debe afirmar que es materia impregnada de falsedad, «*quae mendacio mixta sit*»²⁶.

(III) En definitiva, no puede negarse que la retórica sea «artificio» y engaño, teniendo en cuenta –como se ha visto– que el rétor, en cierta medida, se disfraza ante el auditorio y tiende a hacerse ver y percibir como él quiere ser visto y percibido –«*ut talis videtur, qualem se videre velit*». El buen orador es aquel que presenta su discurso «de modo que el auditorio no advierta el artificio»²⁷. Por lo demás, ¿no dice Cicerón en otro lugar que «nada es tan increíble que no se haga probable mediante el decir [*sed nihil est tam incredibile, quod non dicendo fiat probabile*]»?»²⁸

Se puede entonces dudar de que Cicerón es capaz de operar una rehabilitación sin hesitaciones e incongruencias de la actividad retórica y forense. Una tentativa más decidida y orgánica –la última en verdad de la época clásica– es la de Quintiliano, articulada en su poderosa *Institutio oratoria*. Quintiliano cree poder obtener la rehabilitación del rétor mediante dos pasos principales; a) El primero es aquel de subrayar que la retórica se da en el campo de lo verosímil, de manera que el hecho de que haya controversia y de que el mismo sujeto pueda en ocasiones distintas pero similares defender tesis contrapuestas, tiene que ver con la movilidad del grado de verosimilitud de las tesis

²⁵ *Ibidem*, p. 323 en el original. Traducción propia.

²⁶ *Ibidem*, p. 322 en el original. Traducción propia.

²⁷ *Ibidem*, p. 423 en el original. Traducción propia.

²⁸ M. T. CICERONE, *I paradossi degli Stoici*, introducción, traducción y notas de Renato Badali, Milano, Rizzoli, 2003, p. 53 (Proemio, 3). [Trad. cast. de J. Pimentel Álvarez, *Las paradojas de los estoicos*, México D. F., UNAM, 2000].

sostenidas. b) Quintiliano reivindica con fuerza el carácter de «arte» o conocimiento de la retórica. «[...] el arte es la capacidad de llevar a cabo algo con método, es decir con orden [...], y entonces nadie pondrá en duda que hay, en todo caso, un método y un orden en el bien decir [...]»²⁹.

c) Pero la estrategia principal es otra: Quintiliano niega que la oratoria o la retórica tengan como finalidad específica la persuasión. Así que nos ofrece una definición que tiene un inmediato efecto moralizante: la retórica es *la ciencia del hablar bien*. «Huic eius substantiae maxime conveniet finitio “rhetoricen esse bene dicendi scientiam”»³⁰. De modo que el escritor latino se atreve a afirmar incluso que «allá donde la causa no es justa, no hay retórica»³¹.

Sin embargo, también en el caso de Quintiliano, tal como sucede con Cicerón, podemos preguntarnos si la labor de rehabilitación es eficaz y sin grietas. Pues bien, ni siquiera el *Institutio oratoria* escapa a la ambigüedad de la retórica y, en especial modo, de la retórica forense. «Quien hace una arenga quiere vencer la causa pero cuando ha hablado bien, ha realizado, de todos modos, la esencia del arte retórico»³².

Pero, ¿cuándo se ocasiona el «hablar bien» del rétor y cómo se puede excluir que no es el efecto o la eficacia de su conducta lo que nos lo revela? Pues bien, Quintiliano deja en el aire este punto decisivo y la única cosa que sabe decirnos es que «cada orador entenderá cuando habla bien»³³. De hecho, «su arte [...] reside en la acción, no en la realización de algo concreto». Lo cual, pese a todo, significa que –y Quintiliano no evade esta conclusión–, aunque su arte resida en la acción del decir y no en su finalidad, el orador poseerá también, en sí mismo, su arte cuando no hable, de manera que el modo más adecuado para conceptualizar la «*techne*» retórica se convierte –sostiene– en la simple especulación teórica. «Nam et potest aliquando ipse per inspectione esse contenta»³⁴. De este modo, para salvar el carácter virtuoso de la retórica, se transforma de saber práctico en saber teórico e, incluso, en algo muy contiguo a la indagación filosófica, separándola del foro y de las asambleas públicas y aceptando su transformación en estudio y en enseñanza privada³⁵. Es, en cierto sentido, como si la retórica se convirtiera exclusivamente en metarretórica.

²⁹ QUINTILIANO, *La formazione dell'oratore*, traducción y notas de S. Corsi, vol. 1, Milano, Rizzoli, 1997, p. 413 [Trad. cast. de A. Ortega Carmona, *Sobre la formación del orador*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1997, p. 291].

³⁰ *Ibidem*, p. 268.

³¹ *Ibidem*, p. 287.

³² *Ibidem*, p. 286.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 292.

³⁵ *Vid. ibidem*, II, 18, IV.

Dejando de lado este resultado quietista –que refleja la situación política del Principado y, puede que todavía más, la condición existencial misma de Quintiliano, maestro y teórico, más que práctico, de retórica–, el escritor latino, al celebrar el placer del hacer retórica, no puede celar la complacencia propia del rétor y del abogado de ser capaz y de lograr «in quae velit ducere», conducir allá donde se quiere el propio auditorio³⁶. El artificio, la seducción, la manipulación, sobre todo la sensación de poder disponer a su propia voluntad de la opinión y de la voluntad del público, son *el verdadero placer* del orador y del abogado. En esta felicidad propia del «hablar bien», la «causa justa», la moral, no juegan papel alguno.

II.3 Ambigua deontología

La ambigüedad del discurso y de la función del abogado, encuentran, uno a uno, admisión explícita en las reglas y en los códigos deontológicos de la actividad forense. Éstos padecen, permanente y extensamente, contradicciones y, a menudo, verdaderas antinomias. Tómese como ejemplo el caso del *Código de deontología de los abogados de la Comunidad europea* de 1989. En el preámbulo al canon 1. 1. –que lleva por título «la misión de los abogados»–, leemos lo que sigue: «Su misión le impone deberes y obligaciones múltiples, algunas veces con apariencia contradictoria, con respecto a los clientes, los tribunales [...], la profesión en general [...], la sociedad». De modo que nos encontramos frente a un código –un instrumento que en general está pensado y es usado para evitar contradicciones normativas así como antinomias en la regulación de una determinada materia– que asume de manera programática que las disposiciones en éste contenidas prevén «obligaciones en parte contradictorias».

Léase también el preámbulo de *American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct*. Tropezamos de nuevo con una configuración de la abogacía en la que se superponen y se contraponen roles distintos y a la vez difícilmente conciliables. «A lawyer is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having a special responsibility for the quality of justice». Así pues, el abogado es presentado como la suma de tres figuras no precisamente congruentes entre ellas: es el representante de la parte, el mandatario del cliente, es un funcionario del sistema jurídico y es, además, un ciudadano común, aunque investido de una específica responsabilidad para la calidad de la administración judicial. No obstante en el *American Bar Association's Code of Professional Responsibility*, elegido por la *American Bar Association* en agosto de 1969, se afirma sin vacilaciones que las obligaciones del abogado hacia el cliente y hacia el ordenamiento jurídico son las *mismas* y que,

³⁶ Vid. *ibidem* II, 16, XVIII.

por lo tanto, no ha de haber entre ellos posibilidad alguna de contradicción. «The duty of a lawyer to his client and his duty to the legal system are the same: to represent his client zealously within the bounds of law».

En realidad –como se ha visto–, la pluralidad de funciones es constitutiva a la figura del abogado que oscila, esencialmente, entre el polo comunitarista y moralista del órgano de justicia y el polo individualista y amoralista del representante y defensor de los intereses de la parte. Obviamente, mucho depende de la configuración institucional del ordenamiento en cuestión. Dicho en pocas palabras, la alternativa se pone entre sistemas procesales «coordinados» (por usar la terminología de Mirjan Damaska)³⁷ y ordenamientos «jerárquicos», según que el juez se presente tendencialmente como un árbitro entre las partes o como un delegado y un funcionario del soberano encargado de cumplir los fines del Estado y de instruir el proceso. En un caso (que coincide por lo general con los sistemas jurídicos anglosajones), el abogado será más bien un representante de los intereses de la parte; en el otro caso (bien ejemplificado en el derecho europeo continental), la tendencia es, sin embargo, aquella de hacer del abogado un órgano de la administración de la justicia. Este hecho es proclamado, por ejemplo, en el Preámbulo de los *Grundsätze des anwaltlichen Standrechts* de la Alemania Federal que en el primer apartado dice cuanto sigue: «Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Er ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Er übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe». Como se puede ver, tampoco esta disposición esquiva la ambigüedad. De hecho la radicaliza, en cuanto la abogacía es proclamada en un primer momento «Organ der Rechtspflege» –órgano de la administración de la justicia– y más adelante pasa a ser configurada como asistencia y representación de la parte («Berater und Vertreter»), y finalmente, es declarada una «libre profesión», no un oficio («kein Gewerbe»), que se ejerce a sueldo ajeno.

La permanente pluralidad e incongruencia de roles y criterios correspondientes de conducta es también explícita en el *Código deontológico español* de 2002, en el preámbulo del cual se lee que las reglas de la deontología del abogado deben «satisfacer los inalienables derechos del cliente, pero respetando también la defensa y consolidación de los valores superiores en los que se asienta la sociedad y la propia condición humana». Se manifiesta aquí la encrucijada de valores éticos diferentes ante los cuales se pone el abogado en el ejercicio de sus funciones, el cual, de hecho, por un lado es portador o defensor de intereses estrechamente individuales y por el otro, tiene el deber de

³⁷ Vid. M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1986, capítulos I y II.

asegurar el bien colectivo de la vigencia del derecho y del ordenamiento público.

De condición similar es el artículo I, que trata de la esencia del deber profesional, del *Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana*: «El abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente, y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente». Una vez más, el abogado es concebido y tratado al mismo tiempo como un funcionario de justicia y un ejecutor de la ley, y también como el promotor de los intereses del cliente, e incluso se le considera vinculado rígidamente («con estricto apego») a los principios morales, así como a las normas del ordenamiento jurídico positivo. A tal propósito me parece significativa la *Ethical Consideration 9-2* del *Code of Professional Responsibility* estadounidense anteriormente citado. En ésta leemos: «Public confidence in law and lawyers may be eroded by irresponsible or improper conduct of a lawyer. On occasion, ethical conduct of a lawyer may appear to laymen to be unethical». O sea, se afirma que, eventualmente, el respeto de las reglas deontológicas podrá parecer amoral si la conducta en cuestión se mide con el metro de la moral común. El comportamiento lícito del abogado, se advierte, podrá resultar ilícito al hombre de la calle, anticipando por lo tanto la ruta de colisión entre la moral de rol y los principios éticos generalmente adoptados por la ciudadanía.

La literatura tratadista al respecto, no se aleja demasiado de este esquema y del registro de la «doble» de la misión. Leánse por ejemplo las prescripciones deontológicas dictadas por San Alfonso de Ligorio. El abogado peca, dice el Santo, «si revela a la parte adversa los secretos de su patrocinado, siempre que (algunos limitan) de lo contrario la otra parte no sufriera injustamente grave daño; pero esta limitación no es admitida por otros, como Santo Tomás. Peca, [...] si se sirve de excusas o delaciones incompetentes. Dicen no obstante, acerca de esto, Sánchez, Silvio, Armella, Covarruvias, Tabierna, etc., que si su causa es manifiestamente justa, con tal que no alegue ningún hecho falso, bien puede servirse de excusas (mejor decir de imploradas delaciones) para obviar las injustas excusas del adversario; cita también a Santo Tomás, el cual dice así: *Advocato licet prudenter occultare ea quibus impediiri posset processus eius*»³⁸.

Esta página de teología moral barroca no se encuentra, propiamente, tan lejana de las más recientes y laicas consideraciones deontológicas. El abogado, escribe Ettore Randazzo, penalista y Presidente de la

³⁸ A. DE LIGUORI, *Degli obblighi de' giudici, avvocati, accusatori e rei*, edición de N. Fasullo, Palermo, Sellerio, 1999, pp. 47-48. [Trad. cast: *Compendio de la teología moral. I; con notas y disertaciones por José Frassinetti; aumentado con varios apéndices por el Ldo. Ramón María García Abad*, Madrid, Librería Católica de Gregorio del Amo, 1889.]. (Traducción propia).

Unión de las Cámaras Penales Italianas, «tiene el deber de valorar los elementos a él favorables también en el caso de que no marchen en dirección a la verdad de los hechos»³⁹. Aquí se afirma que el abogado no puede dar en un juicio pruebas falsas o «pedir la ejecución en juicio de testimonios de los cuales se conozca la falsedad»⁴⁰. Sin embargo, puede evocar ante la corte una narrativa falsa y asimismo puede, pese a eso, con pruebas no falsas y testigos fiables, representar y sugerir como verdadera, una historia y una versión de los hechos en la cual no cree y que sabe ciertamente falsa. Respecto a la obligación deontológica de verdad, se afirma: «otra cosa es, aún así, el uso de textos o documentos verdaderos (o al menos de los cuales el abogado no conozca la falsedad) en apoyo de una reconstrucción de los hechos que se sabe falsa. El abogado, ciertamente, está obligado a valorizar todos los elementos que el caso judicial ofrece al cliente»⁴¹. De modo que —se podría concluir, no sin una cierta amargura—, la ambigüedad del rol transpira ya en la misma palabra pronunciada en el cumplimiento de éste y las antiguas sospechas hacia el discurso retórico y forense no parecen del todo injustificadas.

III. ABOGACÍA Y MORAL PÚBLICA

III.1 Abogacía y situación moral: rol público y estatus privado

Tal como se ha visto y como emerge de su tratamiento deontológico, la situación del abogado resulta muy intrincada, en particular por lo que se refiere al punto de vista moral. De hecho, no puede afirmarse que la conducta del abogado esté gobernada por completo por la moral privada. Éste recubre, *malgré tout*, un rol público y debe desarrollar una función institucional, una función sin la cual una determinada institución pública no podría funcionar: el proceso. No obstante, su función no es *del todo* pública, en el sentido de que no está directamente orientada a un bien colectivo. El abogado defiende —no los derechos de la *res publica*, considerada abstractamente, o los derechos de la administración de la justicia—, sino solamente los derechos *de su cliente*. (Y si fuese de otro modo, si defendiese derechos e intereses contrapuestos con los del cliente, incurriría no sólo en un grave inconveniente moral, sino también en una violación de sus deberes profesionales).

En este caso, en cualidad de patrono, podría decirse, la moral del abogado no es ya la de un sujeto que ocupa un rol público, sino que es, grosso modo, equivalente a la del sujeto privado que éste defiende.

³⁹ E. RANDAZZO, *L'avvocato e la verità*, Palermo, Sellerio, 2003, p. 76.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

Ahora bien, la característica de la moral pública es individuada a menudo en su insularidad respecto a la moral privada: aquello que nos parece justo o bueno hacer como simples individuos, no nos sugeriría inmediatamente (y puede que ni siquiera mediatamente) lo que nos parece justo o bueno hacer como sujetos públicos. En esta última cualidad, determinadas limitaciones o restricciones de la moral privada parecen ser eludibles o completamente inválidas e impropias; y en cambio, obligaciones de otro tenor, nos serían impuestas. Se suele afirmar que el hombre público, más que el sujeto privado, está guiado por consideraciones consecuencialistas –el *Erfolgsethik* de Max Weber–, por lo que el fin podría justificar los medios, y es por lo tanto eximido del acatamiento de exigentes criterios deontológicos.

Y sin embargo, esa menor responsabilidad deontológica se compensa, se dice, con un requisito de mayor exigencia por lo que se refiere a la imparcialidad: el hombre público debe actuar para satisfacer necesidades públicas, no intereses privados⁴². Las consecuencias respecto a las que es responsable y que le aportan el criterio de conducta, no son aquellas que atañen a sus intereses personales, sino las que responden al bien, a la felicidad y a las preferencias de la colectividad o del mayor número de ciudadanos. Pues bien, el abogado parecería contraponerse frontalmente a semejante configuración del vínculo entre moral privada y moral pública. Tal como hemos dicho, es una especie de «hombre público», incluso de «político» o *statesman* (como lo define generosamente Anthony Kronman)⁴³, porque cumple un deber específico y necesario para el funcionamiento de una institución pública (el proceso, la administración de la justicia) y, más en general, de la comunidad política que como tal no puede prescindir del derecho y de su dialéctica. Pero, al mismo tiempo, es portador de «intereses» (*melius*, derechos) intensamente *privados*: los de un individuo muy concreto, su cliente, por un caso específico, la *causa*. Por lo tanto, para el abogado, por un lado parece valer la reducción del cuadro deontológico de obligaciones respecto a las reglas de la conducta profesional, a favor de consideraciones consecuencialistas que es, por lo general, «debido» al «hombre público». Aquí, con todo, las consideraciones consecuencialistas coinciden en gran medida con el éxito de las solicitudes procesales del cliente; serían completamente privadas, en absoluto vinculadas con el bien colectivo. No se le aplicaría por lo tanto el requisito de apremiante imparcialidad (la orientación al bien público o a la felicidad del mayor número) que en la situación del hombre público, se afirma como resultado de la irresponsabilidad deontológica de éste.

⁴² Vid. T. NAGEL, *Ruthlessness in Public Life*, en Th. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, capítulo VI.

⁴³ Vid. A. KRONMAN, *The Lost Lawyer: Falling Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1995, *passim*.

La conclusión pues, parece paradójica: en el caso del abogado se tiene que ver con un «hombre público» que está sujeto a menores obligaciones que el sujeto privado al cual defiende y que además, respecto al «hombre público», digamos típico o normal (el «político» verdadero), goza de mayores inmunidades deontológicas. De este modo, tendríamos enfrente a un sujeto que dispondría de una irresponsabilidad moral sin igual: un verdadero ser «excepcional», puede que también un «monstruo», desde el punto de vista de la ética, tanto privada como pública. Los únicos criterios aplicables, serían aquellos que derivan del rol que desempeña, el cual, sin embargo, en este punto y en la configuración que nos da la teoría del derecho dominante (el iuspositivismo), se hace tan evanescente que no se deja distinguir deontológicamente de la situación del sujeto privado posiblemente implicado en un procedimiento judicial o en una transacción jurídica. Curiosamente, el supuesto rol público del abogado en esta perspectiva coincide con la extinción del mismo rol público y con la sustitución de éste por un estatus completamente privado.

III.2 Entre derecho y poder. Abogacía y esfera pública

Se podría asimismo sostener que la ambigüedad que padece el rol del abogado se produce cuando la distinción entre derecho y poder no se toma muy en serio y el uno traspasa, demasiado fácilmente, la frontera del otro. Al no existir una verdadera distinción no puede darse una inequívoca diferenciación de los respectivos roles. Sin embargo, aun tomando en serio la distinción entre derecho y poder, la relación entre éstos es todavía poco clara y fundamentalmente equívoca. En tal caso, de hecho (I), el poder es un ejecutor del derecho, o bien (II), el derecho es un controlador del poder⁴⁴. Permanece aquí, de todos modos, una cierta supremacía del derecho sobre el poder que nos lleva a concluir que la distinción y el vínculo entre ambos, sirve para ratificar de modo tendencial, la mayor dignidad de uno –el derecho– sobre el otro –el poder–. Si distinguimos y separamos el derecho del poder es porque creemos que este último no es capaz de encontrar en sí mismo la propia norma y, por lo tanto, necesita un criterio y un límite externo. Por otra parte, si otorgamos valor al derecho como ámbito específico de experiencia, significa que creemos que no puede reconducirse fenomenológicamente a aquello que constituye en cambio la esencia del poder: la fuerza y la decisión también sin razón. El derecho adquiere un sentido propio si logra ser algo diferente a la fuerza y si es capaz de aportar una razón vinculante a la decisión, convirtiéndola, consecuentemente, en una experiencia diferente: la deliberación y el juicio.

⁴⁴ Léase H. ARENDT, «The Great Tradition. I. Law and Power», en *Social Research*, vol. 74, 2007, p. 713.

Desde tal perspectiva, si puede concederse o admitirse que el juez puede todavía, al menos de hecho, manifestarse en la forma del poder (de una decisión «discrecional» o también *sin razón pública*), no puede suponerse que se permita lo mismo al abogado, el cual no emite decisiones sino que debe avanzar siempre y proponer razones, aunque sean «fingidas» (como dice la *Celestina*). Si el juez –haciéndose violencia– puede prescindir del recurso a razones y proceder de manera totalmente discrecional, no se consiente lo mismo al abogado, la causa del cual, para ser legítima y tener probabilidades de éxito, debe siempre presentarse como causa «justa». En este sentido, el abogado no puede atribuirse «discrecionalidad»: sorprendentemente, su actividad resulta así mucho más «pública» que la del juez, pues debe justificarse explícitamente mediante argumentos públicamente aceptables y verosímiles.

Si éste es el cuadro de la dialéctica entre juez y abogado, o si puede tan plausiblemente representarse de este modo, el rol más propio del derecho o la función en la cual el derecho mayormente se expresa, no sería tanto aquella pretendida o aparentemente toda pública del juez, sino más bien, la del abogado, que por lo general se encuentra en tanguillas y a caballo entre lo público y lo privado. Desde esta óptica, el último recupera su valencia pública, es operador *jurídico* por excelencia, es actor que opera con razones plenamente jurídicas, sin renegar, con todo, de su dimensión «privada» (es portador de pretensiones y de derechos de individuos o grupos particulares) y, por otro lado, sin sustraerse al dominio de la regla y de la ética general, garantizada por la dimensión y defendibilidad pública de su argumentación.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

Deontología notarial: corporativismo o regulación jurídica

Por LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN
Universidad de Oviedo

RESUMEN

El concepto de deontología nos introduce en un campo difícil y complejo, y nos trae a la cabeza un remolino de ideas distintas, cuando no contradictorias, acerca de esas normas que se dice regulan la conducta de ciertos profesionales. En este trabajo analizo esta complejidad de la mano de una de las profesiones socialmente más relevantes como es la de notario. Para ello, en primer lugar, delimito con cierta precisión el concepto de deontología y también el concepto de la profesión de notario; en segundo lugar, pongo en relación ambos conceptos destacando el carácter ético de la deontología y el carácter religioso de las profesiones; a continuación analizo el marco jurídico en el que se desenvuelve la profesión de notario, y finalmente reflexiono sobre el carácter jurídico de las normas deontológicas específicas del notariado, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Ley 2/1974 de 13 de febrero de los Colegios Profesionales.

Palabras clave: *Deontología, Derecho, privilegios corporativistas.*

ABSTRACT

The concept of deontology introduces ourselves in a complex, hard and difficult field, and remind us a whirl of different, when not contradictory, notions about that norms which are said regulatories of a kind of professional

conduct. In this work, I analyze that complexity around one of the more socially relevant professions, the profession of the «public notary». In this sense, first, I delimit the two concepts of deontology and public notary profession; second, I put in relation both concepts emphasizing the ethic character of deontology and the religious character of the professions; after that, I analyze the juridic field in which the public notary profession develops; and, finally, I reflect about the juridic character of the deontologic norms of public notary according to the Spanish Constitutional Tribunal jurisprudence and the Ley 2/1974 on Professional Associations.

Key words: *Deontology, Law, corporativistic privileges.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL CONCEPTO DE DEONTOLOGÍA.-3. CARÁCTER RELIGIOSO DE LA PROFESIÓN.-4. LA PROFESIÓN DE NOTARIO.-5. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PROFESIÓN NOTARIAL.-6. REGULACIÓN DEONTOLÓGICA DE LA PROFESIÓN NOTARIAL.-7. CARÁCTER JURÍDICO DE LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL. 8. REFLEXIÓN PERSONAL.

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez que se reflexiona sobre la deontología de determinadas profesiones, uno tiene la impresión de moverse en un campo difícil y complejo en el que nos vienen a la cabeza distintas ideas, cuando no contradictorias, acerca de esas normas que se dice regulan la conducta de ciertos profesionales. Hasta tal punto esto es así que, a veces, da la impresión de que estamos en un ámbito ético o moral, y otras veces tenemos dudas fundadas de que se puede tratar de ciertos privilegios corporativistas o elitistas de los que han venido gozando sólo ciertas profesiones y no otras. La duda parece razonable si tenemos en cuenta el papel jugado por «el trabajo» y sobre todo por la «profesión» dentro de las religiones, y también si examinamos la estrecha relación habida a lo largo de la historia entre representantes de las distintas confesiones religiosas y determinados profesionales socialmente relevantes.

Pero esta complejidad de las normas deontológicas es aún mayor si tenemos en cuenta que, en muchos casos, tenemos la sensación de encontrarnos ante meras «reglas de urbanidad» y, en otras ocasiones, también parecen tener la obligatoriedad propia de las normas jurídicas. Y hablando precisamente del carácter jurídico de las normas deontológicas o de la ayuda que éstas pueden prestar al cumplimiento de la legalidad vigente, uno tiene la tentación de pensar si por el contrario, o más bien, no serán esas normas deontológicas auténticos obstáculos para el cumplimiento de las normas jurídicas, interesadamente orientadas a no renunciar e incluso a reforzar ese corporativismo profesional.

Todas estas dudas suscita ese complejo mundo de los «principios ordenadores» de la deontología que se suelen concretar en: Obra en ciencia y conciencia; probidad; independencia y libertad profesional, dignidad y decoro; corrección y desinterés; información; reserva; lealtad procesal y colegialidad, etc. Y desde los cuales, –según el Código Internacional de Deontología Forense, elaborado por la International Bar Association–, se recoge, nada más y nada menos, que la obligación del profesional de mantener el honor y la dignidad de su profesión; el secreto profesional; el respeto a los tribunales; el no aceptar ningún negocio que hipoteque su independencia; el no tener intereses económicos en los asuntos que dirige, etc.

Casi todos los profesionales que tienen una mayor relevancia social, cuentan con unos códigos deontológicos que regulan el ejercicio de sus profesiones. Principalmente aquellas que están relacionadas con la consecución de determinados valores y con la jerarquización de los mismos, y no tanto aquellas otras de carácter más técnico y en consecuencia más neutro. En teoría así ha sido aunque no veo mucha diferencia entre ejercer correctamente, desde el punto de vista de la deontología, la profesión de abogado, y ejercer bien, desde este mismo punto de vista, la profesión de arquitecto. En cualquier caso se trata siempre de cómo se debe ejercer, desde el punto de vista ético o moral, una determinada profesión cuyo ejercicio tiene un carácter más o menos valorativo o técnico.

Es cierto que este carácter axiológico de determinadas profesiones facilita el desarrollo de la deontología, pero no es menos cierto que hay también otros factores que han ayudado a que esto sea así, por ejemplo, la fuerza corporativista que tradicionalmente han venido teniendo determinadas profesiones, y la mayor o menor relevancia social de las mismas.

La profesión de la medicina, de farmacia, de la abogacía y del notariado sin duda alguna han sido punteras en este campo, y por eso todo lo relacionado con la vida, con la salud y la enfermedad, con la búsqueda y la administración de la justicia, con la fe pública, etc. son campos en los que la llamada Deontología profesional ha venido teniendo una mayor importancia.

En este trabajo me gustaría analizar todas estas cuestiones de la mano de una de las profesiones socialmente más relevantes como es la de notario, haciendo un análisis, me temo que más bien crítico, de sus normas deontológicas.

Para ello me gustaría, primero, delimitar con cierta precisión el concepto de deontología y también el concepto de la profesión de notario. En segundo lugar, poner en relación ambos conceptos destacando el carácter ético de la deontología y el carácter religioso de las profesiones y en concreto de la profesión de notario; en tercer lugar, ver cuáles son las normas que regulan a nivel de legalidad el desarrollo profesional del notario y analizar la influencia buena o mala de la deontología en esa legalidad; y, finalmente, reflexionar sobre el carác-

ter jurídico de las normas deontológicas específicas del notariado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de los colegios profesionales.

2. EL CONCEPTO DE DEONTOLOGÍA

La verdad es que el término «deontología» tiene una serie de connotaciones de carácter muy difuso e impreciso tanto en el aspecto práctico como en el teórico. El mismo término «deontología» que etimológicamente, y en oposición a la «ontología», significa tratado del deber ser, ayuda muy poco a disipar tales ambigüedades. Por eso nada más impreciso que la expresión «deontología profesional». La deontología se desarrolla más bien en el campo filosófico (de lo debido) y en contraste con el carácter descriptivo y explicativo (óntico) de la ciencia, y hay un cierto consenso en entender que se hace referencia al «deber» derivado de unos principios éticos, morales, de honra, de dignidad, etc.

Son muchas las definiciones que se han dado sobre deontología profesional, y sin embargo no parece que se haya resuelto o aclarado mucho la problemática de fondo planteada por la deontología de las profesiones. Hay conceptos tan complejos o tan ricos que no parece conveniente encerrarlos en una simple definición. En consecuencia no creo que sea lo más oportuno añadir a esa larga lista una nueva definición más, parece más útil analizar las notas o características que aparecen en todas esas definiciones, y reflexionar sobre el tipo de obligatoriedad de las mismas.

Yo destacaría dos rasgos que creo que están presentes en todos los conceptos de deontología: Uno el carácter indeterminado, impreciso y abstracto de toda exigencia deontológica; y otro el carácter ético, o si se quiere filosófico y no científico, de las mismas. Dos notas que podemos ver recogidas tanto en el concepto de deontología jurídica que nos da A. Ollero¹ que la entiende como «la suma de todas las exigencias éticas planteables a un jurista con ocasión del ejercicio de su profesión; algo así como un mapa de todos sus imaginables problemas de conciencia»; como en el concepto más general de deontología que nos da Carlo Lega, para quien este concepto «designa el conjunto de reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional»².

¹ OLLERO, A. «Deontología Jurídica y Derechos Humanos», recogido en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología*, T. I. Murcia, Universidad Católica, 2003, p. 55.

² LEGA, C. *Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, Cívitas, 1976 p. 23.

Carácter indeterminado e impreciso que advertimos en ese «mapa de imaginables problemas de conciencia» de A. Ollero, y también en Carlo Lega, pues hay tantas reglas y principios de todo tipo que rigen la conducta del profesional en relación con su profesión, que verdaderamente no hace falta detenerse mucho para advertir lo muy poco que dicha definición nos puede aportar.

Parece que donde Carlo Lega quiere situar lo típico de esas reglas y principios deontológicos es en el hecho de que éstas rigen *determinadas conductas del profesional no técnico*. Pero el problema seguiría estando en pie al no saber, en primer lugar, cuales son esas conductas, y, en segundo lugar, al ser borrosa la distinción, por ser cuestión de grados, entre «profesional técnico» y «profesional no técnico». Pero sobre todo al no estar muy de acuerdo, como es mi caso, con que, por lo menos implícitamente, se hayan venido excluyendo las conductas técnicas del ámbito de la deontología.

Teniendo en cuenta estos dos rasgos, de deber ser y de abstracción, quisiera plantear y, en definitiva, especificar la naturaleza de esas reglas o principios en que consisten las exigencias deontológicas, que para algunos³ se reducen a una «especie de urbanidad del profesional», para la mayoría⁴ son exigencias éticas con fuerza jurídica, y para una minoría, con la que yo me encuentro más cómodo, estas normas deontológicas, que no cuentan con el refrendo de la soberanía nacional, ni responden al principio de libertad, ni respetan el valor del pluralismo, reflejan ideas de moral estamental y en ocasiones son verdaderos obstáculos al cumplimiento de la legalidad vigente⁵.

Yo creo que este es uno de los problemas centrales y de mayor dificultad de la deontología, ya que la naturaleza moral o jurídica de estas reglas o principios es bastante imprecisa. Ello hace que sea uno de esos clásicos temas fronterizos, que aunque principalmente tenga su sede en la filosofía, no obstante parece interferida y disuelta en otros campos del saber como son la moral, la ética, la urbanidad, el derecho, etc. El hecho de pertenecer a tantas familias puede haber sido una de las causas de que la deontología se sienta en el fondo un tanto huérfana y marginada al no encontrar el tratamiento adecuado en ninguna de ellas. Ni siquiera en el ámbito filosófico cuenta con una sólida tradición, si

³ Cfr. LEGA, C. *op. cit.* p. 23, aunque a la hora de abordar el tema concreto de la «naturaleza» nos dice: «que esta compleja situación hace difícil la catalogación de las normas susodichas. Se podrían incluir, continúa, en la muy amplia y elástica categoría de las llamadas reglas sociales o en la igualmente flexible de las normas internas» p. 60.

⁴ Como ejemplo de esta tendencia puede verse a Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE «Aspectos Constitucionales y Jurisprudenciales de la Deontología Profesional», recogido en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología*, T. I., Murcia, Universidad Católica, 2003, pp. 193-219.

⁵ Cfr. IGLESIAS, T. «El discutible valor jurídico de las normas deontológicas», recogido en la Revista *Jueces para la Democracia*, núm. 12, 1991, pp. 53-61, sobre todo la p. 61.

exceptuamos a Benthan, que ha sido el creador del término deontología, con el que designaba, sobre la base de su conocida concepción utilitarista, la ciencia de la moralidad; y a Rosmini quien, sobre presupuestos acatólicos, consideraba como deontología toda ciencia normativa caracterizada por el ideal de la perfección del hombre.

Cuando hablamos de deberes u obligaciones exigibles desde la normatividad deontológica de la profesión no nos estamos refiriendo a deberes fundados y deducidos de un sublime postulado y de cuya transgresión no se deriva ninguna consecuencia de orden práctico, como sería el caso del deber moral puro. Ni tampoco estos deberes «deontológicos» se encuentran positivizados o asumidos por entero en una formulación jurídica completamente normativizada, como sería el caso de los deberes jurídicos. La deontología quedaría en esa zona intermedia, como señala Hernández Gil «donde ni todo son normas absolutas de pleno y exclusivo alcance ético, ni todo son normas jurídicas estrictas»⁶. Esta zona intermedia difícil de determinar creo que está formada por una serie de reglas o de principios que sin ser estrictamente morales o jurídicos, sin embargo la sociedad ha venido en cada momento considerándolos como obligatorios basándose en valores ético-sociales que esa sociedad entiende deben estar presentes en toda actividad relacionada con la profesión.

3. CARÁCTER RELIGIOSO DE LA PROFESIÓN

Este carácter ético de la deontología puede ayudarnos también a explicar esa histórica vinculación de la deontología con la profesión, cuyo significado moral y religioso, por lo menos en sus orígenes terminológicos y conceptuales, es indiscutible.

Nada más hay que advertir que los dos significados, entre otros, que más destacan del término profesión son: «la declaración y observancia pública de una fe religiosa o credo político»; y «el ejercicio habitual y continuado de una actividad laboral desarrollada con la finalidad de sustentarse».

El primero de ellos tiene un significado consustancialmente religioso, pero evidentemente no es el significado normal que hoy asignamos al término «profesión», ni con el que se relaciona la deontología. Pero si nos centramos en el segundo, que es el que nos interesa, hay en él unas reminiscencias religiosas muy claras, al entender la profesión como una misión impuesta por Dios, y al entender el trabajo como algo sagrado y a la vez como consecuencia del pecado: Ganarás el pan con el sudor de tu frente.

⁶ Antonio HERNÁNDEZ GIL en el prólogo al libro de Carlo Lega, *Deontología de la profesión de abogado*, ed. cit.

Según los minuciosos estudios llevados a cabo por Max Weber⁷ sobre el origen de la palabra profesión, ésta, en su sentido actual, surgió de la Biblia y no tanto del sentido del texto original, como de la vivencia del mismo por parte del espíritu del traductor.

Es en la traducción luterana de la Biblia donde parece haber sido utilizado por primera vez el término «profesión» en nuestro sentido actual⁸. Y es a partir de la Reforma cuando el trabajo cotidiano adquiere una serie de connotaciones ético-religiosas especiales que no había tenido en la Antigüedad ni en la Edad Media. En este contexto se considera como el más noble contenido de la propia conducta moral el sentir como un auténtico deber el cumplimiento de las tareas relacionadas con la profesión. Esta fue la consecuencia del sentido sagrado del trabajo y lo que dio lugar al concepto ético religioso. Concepto que, según Max Weber⁹ «traduce el dogma común a todas las confesiones protestantes, opuesto a la distinción que la ética católica hacía de las normas evangélicas en *praecepta* y *consilia*, y que como único modo de vida grato a Dios reconoce, no la superación de la moralidad terrena por medio de la ascesis monástica, sino precisamente el cumplimiento en el mundo de los deberes que a cada cual impone la posición que ocupa en la vida y por lo mismo se convierte para él en “profesión”».

Esta idea de profesión en cuanto misión impuesta, y para lo que Dios ha llamado al hombre se pone claramente de manifiesto en la significación y etimología de los términos alemanes con los que se designa la profesión. Así la palabra «*Beruf*» significa «profesión» y las expresiones «*Ruf*» o «*Berufung*» significan llamada o vocación respectivamente.

Es en este contexto en el que adquiere pleno significado el reproche que Lutero hacía a la vida monástica, a la que entendía como producto de un desamor egoísta y a la que achacaba el querer sustraerse del cumplimiento de los deberes que cada uno ha de cumplir en este mundo.

Como hemos visto, la concepción luterana parece esencial a la hora de poner de manifiesto las connotaciones ético-religiosas del término «profesión». Sin embargo, y sin entrar en matizaciones, su concepto de profesión, en el ámbito de lo religioso, creemos que es bastante tradicionalista, y que viene a reforzar algo tan viejo como el «carácter sagrado del trabajo». Lo que sí creemos que le imprime un sello totalmente nuevo a la actividad profesional y a sus repercusiones éticas fue el pensamiento de Calvino y su característica forma de

⁷ Vid. WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Ediciones Península, 1969.

⁸ Cfr. mi trabajo «Deontología de las Profesiones Técnicas», recogido en el libro colectivo *Profesiones Técnicas y Derecho*, Oviedo, Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas del Principado de Asturias, 1985, pp. 109-147.

⁹ WEBER, M. *op. cit.* p. 90.

entender el dogma de la «predestinación». Según Calvino, Dios ha designado antes de la creación, de forma totalmente libre y a su total arbitrio, a algunos hombres para la salvación. El hecho de ser predestinado no es nunca un premio o recompensa de la perseverancia en la fe, o de realización de buenas obras por parte de los hombres, sino un acto libre de amor y gracia.

Si el quehacer humano, en este sentido, no sirve para nada, parece que la postura más lógica sería la de total abandono del mismo y de absoluto desinterés ante los deberes profesionales, fijándose únicamente como meta el deleite y el placer. Para ello tal vez se necesite de una profesión, pero ejercida de forma totalmente contraria a los principios deontológicos.

Sin embargo, la postura a la que conduce el pensamiento de Calvino es totalmente contraria. Hay que advertir que la incerteza, en cuanto a su elección o predestinación, produce en el hombre un estado de inseguridad y desesperación del que intenta salir con verdadera ansiedad. Y la única forma de salir de ese estado y conocer su destino y, más aún, el único indicio racional de haber sido elegido y predestinado por Dios para la salvación, según el pensamiento de Calvino, es el *triunfo en las distintas actividades o profesiones ejercidas en esta vida*.

El trabajo y la dedicación incesante a los negocios o a la profesión de cada uno adquieren un relieve muy importante y significativo al ser entendida como la mejor terapia contra los más graves problemas psicológicos y religiosos. Así tenemos que esta dedicación incesante es entendida como el único medio para *conseguir la seguridad en sí mismos, ahuyentar la duda religiosa, despertar de la pereza y sobre todo obtener la seguridad del propio estado de gracia*. De aquí que «la advertencia del apóstol de afianzarse en la propia profesión se considera ahora como un deber para conseguir en la lucha diaria la seguridad objetiva de la propia salvación y justificación. En lugar del pecador humilde y abatido al que Lutero otorga la gracia si confía arrepentido en Dios, se cultivan ahora esos “santos” seguros de sí mismos, que vemos personificados en ciertos hombres de negocios de la era heroica del capitalismo»¹⁰.

De Lutero a Calvino se produce un cambio sustancial en la significación y en la forma de concebir la «profesión». Ya no se entiende exclusivamente como una actividad para la que el hombre ha sido llamado vocacionalmente, sino que el desarrollo de la misma va a servir para desvelar el destino trascendental de cada uno. El término «*Berufung*» que veíamos que en Lutero significaba principalmente «llamada» o «vocación», en Calvino significaría más bien «destino»; siendo el «*Beruf*» –la profesión– el único medio de esclarecer ese destino.

¹⁰ WEBER, M. *op. cit.*, p. 138.

Todo esto conduce a que la máxima fundamental en la vida del hombre calvinista sea «*trabaja duramente en tu profesión*», ya que esta máxima, como ya se había apuntado, es entendida como la mejor medicina no sólo contra la duda o angustia religiosa, sino también contra la tentación sexual, el «cotilleo», el lujo, el sueño excesivo, etc.

Los resultados a los que conduce esta concepción son totalmente convergentes, aunque desde planteamientos distintos, con los del espíritu del movimiento capitalista. El calvinista se mueve exclusivamente en un plano ético y moral y sólo en esta dimensión y con esta única finalidad se afana en desarrollar más y mejor su trabajo. Para él «*el tiempo es valioso*», pero entendido esto dentro del contexto apuntado.

Frente a esto, el movimiento capitalista se caracteriza por desarrollarse en un plano y con unas finalidades exclusivamente materiales y terrenas. El capitalista transforma el tiempo no en algo valioso éticamente, sino en riqueza, por eso para él «*el tiempo es dinero*».

Todo esto nos lleva a afirmar, como hace muy bien Fernando Mires hablando de la responsabilidad política, que la palabra profesión tiene un sentido original religioso, que ejercer una profesión significa profesar algo para lo cual uno se siente llamado, es decir, por lo que siente una vocación, y que la vocación viene del propio yo, al sentirse llamado a profesar una actividad, cualquiera que ella sea¹¹.

No obstante estas consideraciones no dan pie para relegar, en la vertiente deontológica, las profesiones técnicas a un segundo plano, pues el concepto sagrado de profesión, tanto de Lutero como de Calvino, abarca toda actividad a la que el hombre dedique su esfuerzo y trabajo. Y este carácter sagrado de todo oficio o profesión es el que explica y justifica su fuerte vinculación con la deontología como deber ser ético o moral.

Sin embargo, no cabe duda que siempre que se habla de deontología consciente o inconscientemente se circunscribe ésta al ámbito de un reducido número de profesiones como pueden ser la de abogado, la de notario, la de médico o la de farmacéutico. Y, sin embargo, en el ámbito de las profesiones más técnicas no se desarrolla la deontología propiamente dicha, sino que más bien se habla ya directamente de «responsabilidad civil o penal». Hay una abundante literatura especializada sobre la responsabilidad civil o penal del ingeniero, del arquitecto o del aparejador, y nada o casi nada sobre la deontología de dichas profesiones. Son escasísimos los cuerpos de profesionales técnicos que, imitando a médicos o abogados, tienen una especie de códigos morales que regulen, desde este punto de vista, su propio trabajo. E incluso en la mayor parte de estos casos, esos códigos son simples reglamentos que se limitan a contemplar las responsabilidades profe-

¹¹ Cfr. MIRES, F. «La pasión política. Aportes para una ética política post-moderna», en *Espacio Abierto*, oct. 2001, vol. 10, núm. 4, pp. 499-549, en concreto la p. 14.

sionales antes citadas, obviando ciertos niveles de normatividad deontológica. Como prueba de todo lo dicho podemos citar una de las primeras reglamentaciones deontológicas, me estoy refiriendo al Reglamento de Normas Deontológicas de Actuación Profesional de los Arquitectos, que precisamente fue aprobado por la Asamblea General de Juntas de Gobierno de los Colegios de Arquitectos el 8 de mayo de 1971, aunque posteriormente haya sido reformado.

4. LA PROFESIÓN DE NOTARIO

El hecho de que históricamente las profesiones más humanitarias, como pueden ser las de notario, abogado o médico, hayan tenido un tratamiento deontológico más importante tal vez pueda deberse a la mayor honorabilidad y dignidad que la sociedad venía concediéndoles, sin duda alguna, por su más directa vinculación con valores tan íntimos e importantes como son la vida, la justicia o la seguridad en las relaciones sociales, y porque el ejercicio de estas profesiones parece que exige por parte del profesional una mayor moralidad y rectitud ética en sentido amplio.

Si esto lo unimos al carácter sagrado de la profesión y a la vinculación que históricamente ha habido entre religión y determinadas profesiones, entre las que sin duda se encuentra la de notario por su importante y destacado papel en la sociedad, no debe extrañarnos esta impronta deontológica.

Pero ¿en qué consiste la profesión de notario? Para contestar a esta pregunta nada mejor que acudir a la Asamblea de Madrid de la CNUE (Conferencia de Notarios de la Unión Europea) que tuvo lugar los días 22 y 23 de marzo de 1990 y en la que se fija el concepto de notario y las características fundamentales de la profesión notarial. Posteriormente todo este complejo concepto será recogido en la regla 1.1 del Código de Deontología de Notarios de la Unión Europea que más adelante tendremos ocasión de analizar.

La definición que nos da la CNUE es la siguiente: «el notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta, y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal, que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas. Su intervención, tanto por el consejo que da de forma imparcial, pero activa, a las partes, como por la redacción del documento auténtico que es su resultado, confiere al usuario del Derecho la seguridad jurídica que éste busca y que está tanto mejor asegurada por cuanto el notario es un jurista de alta cualificación universitaria que accede a su profesión después de diversas

pruebas, exámenes y prácticas y que la ejerce conforme a reglas disciplinarias estrictas, bajo el control permanente de la autoridad pública y gracias a una implantación geográfica que permite sus servicios en todo el territorio de cada nación. En fin, la intervención del notario, que preserva de posibles litigios, es un mecanismo indispensable para la administración de una buena justicia».

La definición es de lo más explícita y minuciosa en la descripción de la profesión de notario. Destaca la gran preparación requerida para poder acceder a dicha profesión y, a la vez, también pone de manifiesto las cualidades éticas y de honorabilidad que se le exigen al profesional de la notaría.

No obstante no comparto ese plus deontológico que se le quiere asignar a la profesión de notario en relación con otras profesiones. Hay quienes entienden que un ingeniero o un médico sí pueden ser excelentes técnicos en medicina o ingeniería y ser inmorales por no observar las normas éticas de su profesión, y sin embargo, dicen, un notario que no observe sus normas deontológicas *nunca será un buen notario*. Quienes así opinan, como es el caso del notario Delgado de Miguel¹², afirman que «el notario es un profesional del Derecho, pero a la vez y unido de modo inescindible a ella, es titular de una función del Estado, la fe pública, que inviste a quien la ejercita de unos poderes tales que la más mínima falta de ética en quien es titular de esa función supondría no solo defraudar la confianza que el Estado pone en aquel en quien deposita la fe pública, sino dejar a la función notarial sin el principal aval que la sostiene: la categoría moral del notario».

Sin entrar para nada en este enmarañado párrafo, sí quería por lo menos poner de manifiesto la total confusión entre ética y moral por un lado y ciencia y técnica por otro, y manifestar que un notario que incumpla las reglas deontológicas puede ser un excelente técnico en derecho notarial, exactamente igual y en la misma medida que un médico que incumpla las exigencias deontológicas de su profesión puede ser un buen técnico en medicina. Defender lo contrario es únicamente fruto del orgullo que los notarios sienten de pertenecer a esta profesión que la sociedad tiene en alta estima¹³, y así lo han plasmado en el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino de la UINL, celebrado en Buenos Aires del 27 de septiembre al 2 de octubre de 1998 que en su 1.ª conclusión dice: «Si bien en otras profesiones la deontología puede ser considerada como un elemento natural de las mismas, otro más de los que la configuran, en el caso de la profesión notarial, la deontología es un elemento esencial, sin cuyo conocimien-

¹² <http://www.fgr.cu/Biblioteca/20Juridica/Derecho/20Notarial/20/20Fac./20Der echo/20Cuba/Principios/20de/20Deontolog/EDa/20Notarial./20DELGADO/20DE/20 MIGUEL.DOC>.

¹³ Cfr. GARCÍA MAS, F. J. «El Código de Deontología de la CNUE (Conferencia de los Notarios de la Unión Europea), recogido en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 48, año 2003, pp. 261-272, en concreto la p. 272.

to es imposible el correcto ejercicio de la función. Ello es consecuencia del elevado contenido ético de la profesión notarial, lo cual no puede ser desconocido a la hora de valorar su importancia y la necesidad de velar por su cumplimiento».

Dicho esto, también debo añadir, de acuerdo con Ángela Aparisi y José Luis López Guzmán¹⁴, pero con carácter general y para todas las profesiones no sólo para la profesión de notario, que «parece indiscutible que un buen profesional es mucho más que un buen técnico, de tal modo que no puede mantenerse que el estricto cumplimiento de la legalidad sea la única y definitiva instancia para calificar la correcta actuación profesional. Por el contrario es evidente la importancia que tiene en una sociedad la existencia de personas íntegras y capaces, conscientes de su responsabilidad y comprometidas con la mejora, desde su situación, de las estructuras sociales». Esto parece algo evidente en el desarrollo de cualquier actividad social.

5. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PROFESIÓN NOTARIAL

En toda sociedad existe siempre una pluralidad de normas –morales, políticas, sociales y jurídicas– que influyen y condicionan de manera más o menos determinante la actuación de cada uno de sus miembros o de sus distintos oficios o profesiones. En relación con esas normas, el ser libre contrae ciertas responsabilidades de las que sólo puede eximirse mediante la justificación correspondiente.

En este sentido, el profesional de la notaría también es objeto de regulación moral, política, social o jurídica. Pero centrándonos en el marco jurídico-positivo¹⁵ vemos que la profesión de notario viene directamente regulada por la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; por el Reglamento Notarial, aprobado por Real Decreto de 2 de junio de 1994, y por el artículo 43 de la Ley de 29 de diciembre de 2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La ley del Notariado define al notario como funcionario público autorizado para dar fe; regula los requisitos para obtener y ejercer la fe pública; regula la función, el protocolo y la inspección de las notarías; y, entre otros muchos aspectos, también regula en su artículo 43 el régimen disciplinario de los notarios, donde dice: «Por faltas de disci-

¹⁴ APARISI MIRALLES, A. y LÓPEZ GUZMÁN, J. «Concepto y Fundamento de la Deontología», recogido en la obra *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología*, T. I, Murcia, Universidad Católica San Antonio, pp. 73-107, en concreto la p. 75.

¹⁵ Sobre la relación entre positivismo y valores o moral, puede verse a SUÁREZ LLANOS, L. en «Positivismo crítico comprensivo (no incluyente, no exclusivo pero excluyente)», recogido en «Legal Theory/ Teoría del Derecho», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 106. Y también su artículo «Iuspositivismo Excluyente VS Positivismo Crítico no inclusivo» en el libro homenaje a José Delgado Pinto *El Positivismo Jurídico a examen*, Salamanca, Ediciones Universidad, 2006.

plina y otras que puedan afectar al decoro de la profesión, podrán las juntas directivas de los Colegios amonestar a los notarios, reprenderlos por escrito y multarlos gubernativamente hasta en cantidad de 25 duros. En caso de reincidencia, darán parte a las Audiencias, las cuales podrán multar hasta en 100 duros, dando conocimiento además al Ministerio de Gracia y Justicia para que se ponga nota en los respectivos expedientes de los notarios, todo sin perjuicio de lo demás que procediere en justicia, y salvas también cualesquiera otras atribuciones disciplinarias de los jueces y Audiencias».

Este precepto es un ejemplo de la impronta negativa que la deontología ha venido dejando en la legalidad positiva. No sólo ha influido de forma negativa en la redacción de las leyes, sino también en los valores que el Derecho se propone lograr, como es el caso de la seguridad jurídica, y sobre todo tampoco su influencia ha sido positiva en cuanto al cumplimiento de esa legalidad, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante.

Este artículo 43 de la Ley del Notariado, que acabamos de transcribir, técnicamente es un ejemplo de lo que no debe ser nunca una norma jurídica: abstracta, indeterminada, imprecisa, y con una falta absoluta de certeza en cuanto a la conducta sancionada y también en cuanto a la sanción que se ha quedado ahí como una especie de reliquia (entre 25 y 100 duros), que nadie se ha preocupado en actualizar, aunque pueda entenderse derogado por el artículo 43 de la Ley de Medidas Fiscales que acabamos de citar. Sinceramente pienso que este precepto adolece de este defecto que es muy común a todas las reglas deontológicas y, en consecuencia, supone un atentado al valor fundamental por el que adquiere sentido la «fe pública» y por el que debe velar el profesional de la notaría, es decir, la seguridad jurídica.

Por su parte el Reglamento Notarial fija el régimen disciplinario de los notarios; clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves; y regula el desarrollo de todo el procedimiento sancionador, y señala qué órganos son los competentes en la imposición de sanciones: Las Juntas Directivas de los Colegios Notariales; la Dirección General de Registros y del Notariado y el Ministro de Justicia.

La Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 29 de diciembre de 2000 no hace más que plagiar algunos de los artículos del Reglamento Notarial: El artículo 43.2.A copia literalmente el artículo 348 del Reglamento; el artículo 43.2.B copia literalmente el artículo 349 del Reglamento; el artículo 43.2.C copia el artículo 350; el artículo 43.3 copia el artículo 351; el artículo 43.4 copia los artículos 352 y 353, y el artículo 43.5 copia el artículo 354 del Reglamento.

Todas estas disposiciones –Leyes y Decretos– regulan con toda la fuerza del Derecho determinados aspectos de la profesión de notario. No hay duda de su exigibilidad y para ello el Estado les presta esa coacción institucionalizada.

Aunque se podrían hacer, desde el punto de vista técnico-jurídico, algunas reflexiones críticas de esta regulación normativa, lo cierto es

que mal o bien esto es lo que figura recogido en la ley o en el decreto, y lo que será exigible con la fuerza que nos proporciona el Derecho. Por cierto que no todas las profesiones, como veremos más adelante, han conseguido que todos estos aspectos se regulen con fuerza de ley o de decreto. Tal vez la explicación esté en la mayor fuerza corporativa y en la mayor importancia social de algunas profesiones en detrimento de otras que no han sido capaces de juridificar los distintos aspectos de su actividad profesional.

6. REGULACIÓN DEONTOLÓGICA DE LA PROFESIÓN NOTARIAL

Siguiendo de nuevo con nuestra profesión de «notario» hay que señalar que además de esos preceptos legales a los que hemos venido haciendo referencia, esta profesión también cuenta, aunque no a nivel nacional, con una serie de principios o reglas propiamente deontológicas. Estas reglas o principios vienen recogidos en el *Código Europeo de Deontología Notarial*, aprobado en distintas Asambleas de la CNUE (Consejo de Notarios de la Unión Europea) en Nápoles los días 3 y 4 de febrero del año 1995; en la Asamblea de Graz el 20 y 21 de octubre del mismo año; en la Asamblea de Bruselas el 17 y 18 de marzo de 2000 y, por último, en la Asamblea de Munich de 9 de noviembre de 2002. Este código ha sido ratificado por España, Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos. Y también en los *Principios de Deontología Notarial de la UINL* (Unión Internacional del Notariado Latino) aprobados en el XXII Congreso Internacional Latino, celebrado en Buenos Aires del 27 de septiembre al 2 de octubre de 1998.

Es curioso que nuestros notarios, que se sienten tan orgullosos de pertenecer a esa profesión, y que son tan exquisitos en el cumplimiento de las reglas deontológicas y del buen hacer profesional, todavía no tengan un Código Deontológico propio de los notarios españoles. Precisamente Francisco Javier García Mas¹⁶, comentando el Código de Deontología de la CNUE, termina su trabajo diciendo: «Sirva este Código Europeo para abrirnos camino, que creo se verá culminado con un Código de Deontología propio para el notariado español, que no puede quedar en letra muerta. Eso es lo que deseo, y por lo que humildemente trabajo». Y exactamente igual Delgado de Miguel¹⁷,

¹⁶ GARCÍA MAS, F. J. «El Código de Deontología de la CNUE (Conferencia de los Notarios de la Unión Europea)», recogido en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 48, 2003, p. 272.

¹⁷ DELGADO DE MIGUEL, J. F., «La aprobación de los Principios Generales de Deontología de la UINL y su consideración como modelo de Código Deontológico Notarial» recogido en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, 2004, p. 72.

comentando los principios deontológicos de la UINL, finaliza su trabajo «insistiendo en la necesidad y urgencia de que estos Principios Generales de Deontología de la UINL, auténtico Código Deontológico del Notariado Internacional, sean plasmados, con las peculiaridades propias de nuestro notariado, en un Código Deontológico del Notariado Español».

Estos principios de deontología notarial son: Los de la preparación profesional; los de la oficina notarial; los de las relaciones con los colegas; los de la competencia; los de la publicidad; los de la designación; los de la intervención personal del notario; los del secreto profesional; los de la imparcialidad e independencia; los de la diligencia y responsabilidad, y sobre todo los de honorabilidad intacta, condiciones de vida ordenadas, buenas costumbres y ser dignos de confianza; pues tal como ha venido insistiendo el notario Vallet de Goytisoló, actual Presidente de Honor de la Unión Internacional del Notariado Latino, «Si le faltara la ciencia al notario, éste podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin moral, sin su buena fe, no sería posible la función». Como vemos Vallet de Goytisoló también es partidario de asignar al notario ese plus deontológico en relación con otras profesiones, discriminación con la que yo no estaba de acuerdo según he manifestado al principio de este trabajo.

7. CARÁCTER JURÍDICO DE LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL

El problema en relación con todos estos principios deontológicos es si son meros principios éticos, morales o de dignidad y educación personal, o si por el contrario son también principios jurídicos. Estoy de acuerdo con la profesora Suárez Llanos¹⁸, en que es fundamental diferenciar las normas deontológicas jurídicas de las que no lo son, y que participarían en todo caso de una coactividad no jurídica. El problema ha sido planteado, entre otros, por el notario Delgado de Miguel, que se cuestiona «la conveniencia o no de que las reglas deontológicas figuren como principios generales abstractos, y por tanto, con la importante misión de influir en las diferentes escalas normativas de los ordenamientos notariales, o bien se manifiesten en textos escritos, concretos y determinados y con el valor normativo que cada ordenamiento estime conveniente»¹⁹.

¹⁸ SUÁREZ LLANOS, M.^a L., «Deontología del Abogado. Descripción normativa y crítica», recogido en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología*, Vol.II, Murcia, Universidad Católica San Antonio, 2003, pp. 1033-1079, en concreto la p. 1037.

¹⁹ DELGADO DE MIGUEL, J. F. «La aprobación de los Principios Generales de la Deontología de la UINL y su consideración como modelo de Código Deontológico Notarial», recogido en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, p. 47.

En definitiva se trata de saber si estas exigencias deontológicas son obligatorias jurídicamente, es decir, si su exigibilidad viene respaldada por la coacción institucionalizada del Estado.

La verdad es que todos los profesionales se han esforzado por conseguir que sus reglas deontológicas sean respaldadas o sancionadas por el Derecho, pero no siempre ni todos lo han logrado. En este sentido es muy expresivo el caso del Código de los Médicos de 1978. En el texto publicado por la Organización Médica Colegial (Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos) se recoge una «presentación» que a grandes rasgos viene a decir lo siguiente: El 17 de noviembre de 1978, el Secretario General del Consejo presenta personalmente al Subsecretario de Salud un ejemplar del Código de Deontología Médica para que se proceda a la sanción oficial correspondiente. Ante la demora de la Administración en atender la solicitud se realizan gestiones y se elevan escritos al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, y por fin el 23 de abril de 1979 se recibe una carta del Ministro que decía: «El Ministro de Sanidad y Seguridad Social ha recibido el texto del Código Deontológico elaborado y aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de médicos de España. El Ministerio expresa su satisfacción y declara la utilidad profesional y pública de las normas éticas y deontológicas que deben presidir el ejercicio profesional de la Medicina, acordando su publicación y difusión para general conocimiento».

No deja de llamar la atención esta forma de recepcionar y sancionar un documento, pero en cualquier caso esto no tiene validez jurídica alguna, y menos si tenemos en cuenta que esa «publicación y difusión para general conocimiento» no llegó a producirse en ningún momento. Tanto es así que el nuevo Código de Ética y Deontología Médica, publicado por la Organización Médica Colegial en 1990 ya no cuenta con ningún tipo de sanción administrativa.

En la profesión notarial, muchas de las cuestiones deontológicas ya han sido recogidas en leyes o decretos, como es el caso del artículo 43 de la Ley del Notariado, pero incluso en relación con el carácter jurídico de las exigencias propiamente deontológicas, el Código de la UINL zanja el tema de forma totalmente afirmativa, y así en la conclusión 8.^a dice: «Se hace preciso reafirmar la naturaleza de norma jurídica de la regla deontológica y su pertenencia al sistema jurídico, caracterizada por su contenido ético, y su dependencia de las leyes, tanto constitucionales como ordinarias de cada Estado».

Pero no sólo la UINL defiende el carácter jurídico de las reglas deontológicas, lo cual hasta cierto punto es lógico, sino que incluso nuestro Tribunal Constitucional así lo afirma en reiterada jurisprudencia –SS de 30 de septiembre de 1980; 14 de octubre de 1980; 14 de mayo de 1982; 28 de septiembre de 1982 y 21 de diciembre de 1989– en las que viene manteniendo y defendiendo el carácter de ley de las normas deontológicas. En este sentido Torres-Dulce Lifante nos dice que los preceptos deontológicos «son la ley para todos los colegios y

se trata de una ley de obligado cumplimiento, sin que puedan ser invocadas simplemente como un marco de referencia moral»²⁰.

La STC 219/1989 de 21 de diciembre en su FJ 5 es muy clara a estos efectos: «... las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional».

Este carácter jurídico de las normas deontológicas lo fundamenta nuestro Tribunal Constitucional, según se recoge en el FJ 3 de esta misma sentencia, «en el artículo 5 i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de los Colegios Profesionales, *que faculta a los mismos para ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial*».

Según esto, todas las normas deontológicas que regulan la profesión de notario, y entre ellas, los principios recogidos en el Código Europeo de Deontología Notarial (CNUE), y los que figuran en el Código Deontológico de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), relativos a la dignidad personal, ética o moral en el desarrollo de la profesión, todos ellos tendrían rango de norma jurídico-positiva.

8. REFLEXIÓN PERSONAL

Este alto Tribunal no ve obstáculo para ello en la garantía material establecida por el artículo 25.1 de la Constitución en atención a los principios de seguridad jurídica y libertad que son esenciales en un Estado de Derecho²¹. Pues a pesar de que la Ley 2/1974 contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido sancionador material propio, y de que «es cierto que los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones, deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables. Sin embargo, según declaró este Tribunal en la STC 69/1989, no vulneran la exigencia de *lex certa* la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud

²⁰ TORRES-DULCE LIFANTE, E. «Aspectos Constitucionales y Jurisprudenciales de la Deontología Profesional», recogido en *Ética de las Profesiones Jurídicas. Estudios sobre Deontología*, T. I. Murcia, Universidad Católica San Antonio, 2003, p. 200.

²¹ Artículo 25.1 de la C.E. «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 219/1989, FJ 5).

Ni tampoco ve este Tribunal ningún tipo de inconveniente en el hecho de que las normas deontológicas no definan expresamente sus infracciones disciplinarias, ni definan las sanciones aplicables, ni siquiera cree necesaria la exigencia de publicidad de esas normas deontológicas. En el FJ 5 de esta misma sentencia dice el Tribunal Constitucional «carece de relieve la circunstancia de que las normas deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las normas deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados».

Creo que esta remisión a la autoridad colegial o corporativa, tal como se recoge en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, vacía de todo tipo de contenido, y en base a la cual se pretende otorgar carácter jurídico a las normas deontológicas, es un claro atentado a los principios más sagrados de un Estado de Derecho: la libertad individual, la seguridad jurídica basada en la existencia de leyes públicas, ciertas, claras, previas; y el principio tan sagrado en el ámbito penal y sancionador como es el «principio de tipicidad», etc.

Y, sin embargo, es curioso como todavía la deontología se quiere tomar como un punto cierto respecto de las demás normas organizativas de la profesión del notario. Efectivamente la abstracción e indeterminación de todas las posibles normas colegiales pretende subsanarse jurisprudencialmente mediante la remisión a las normas deontológicas. De esta forma la STC 219/1989, de 21 de diciembre en el FJ 5 subraya que «en el ámbito específico de las relaciones especiales de sujeción de orden profesional y colegial, la remisión a los acuerdos de la Juntas definidores de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión debe entenderse referida, muy especialmente, a las normas deontológicas que dichas Juntas pueden aprobar y se hallen vigentes en cada momento».

Es curioso el doble papel asignado a la deontología, pero en cualquier caso estoy totalmente de acuerdo con Tomás Iglesias²² cuando nos dice que «es más que discutible que una norma en blanco, cual es la del artículo 5.1 de la Ley de Colegios Profesionales, pueda dar

²² IGLESIAS, T., «El discutible valor jurídico de las normas deontológicas», recogido en la *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 12, año 1991, p. 61.

cobertura legal a elaboraciones normativas sancionadoras colegiales, sin que ello vulnere los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad».

La legalidad vigente –incluyendo dentro de ella la legislación penal, civil, administrativa o mercantil, además, claro está, de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944; la Ley de Colegios profesionales de 13 de febrero de 1974 y el artículo 43 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social– ofrece procedimientos más que suficientes para exigir responsabilidades a los profesionales cuando en el desempeño de su profesión cometan algún tipo de irregularidad. Y en el caso de los notarios, estos son responsables por el incumplimiento de sus obligaciones y deberes profesionales, violando las leyes penales, civiles o administrativas y sus correspondientes reglamentos. Las actuaciones penales deben ser sancionadas aplicando las normas penales, las responsabilidades civiles con las normas civiles, cuando los profesionales trabajen para la Administración Pública o bien lesionen intereses públicos será de aplicación la legislación administrativa, y si los profesionales prestan sus servicios por cuenta ajena se aplicará la legislación laboral correspondiente. De tal manera que nadie debe sentir sensación de vacío ante la falta de valor jurídico de las normas deontológicas²³.

Por otra parte, al analizar estos principios deontológicos echamos en falta determinados requisitos que son esenciales en toda norma jurídica. En este sentido vemos que las normas deontológicas no tienen ni el refrendo de la soberanía nacional, ni respetan el principio de libertad, ni el pluralismo democrático, y, lo que es peor, en la mayoría de los casos pretenden no ayudar al cumplimiento de la legalidad, sino eludir la aplicación del Derecho vigente con la excusa de aplicar los principios de confraternidad, compañerismo y defensa de los intereses corporativos.

Prueba de lo que acabo de señalar es lo recogido en el principio 4.2 del Código de Deontología Notarial de la UINL que indica que: «El notario debe abstenerse de buscar a la clientela con otros medios que no sean sus propias capacidades profesionales, y en todo caso no debe recurrir a *reducciones de honorarios*, servirse de proveedores de clientela o, en general de otros instrumentos no conformes a la dignidad y al prestigio de la profesión».

No entiendo por qué la competencia en la fijación de honorarios puede atentar a la dignidad y al prestigio del notario. Yo creo que más bien favorece a los clientes de la notaría en general, sin disminuir lo más mínimo la dignidad y la categoría ética y moral del notario. Por el contrario creo que es más bien una defensa elitista y corporativista, desde la cual se entiende que el ejercicio de determinadas profesiones

²³ Cfr. IGLESIAS T. *op. cit.* p. 59 y MARTÍN RETORTILLO, L. *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal Editor, 1984, p. 138.

no puede presentarse a bajo precio, pues ello podría implicar una infravaloración social, confundiendo así valor y precio, y creyendo que una profesión económicamente cara es siempre más buena, más digna, y socialmente más meritoria. Resulta extraño que la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) sancione al sector de la industria alimentaria de la panadería por la unificación de precios, y sin embargo en el caso de los notarios esta unificación venga impuesta por sus normas deontológicas.

En esta misma línea el principio 3 de los Principios de Deontología de la UINL trata de las relaciones del notario con sus colegas: dice que el notario debe seguir los principios de corrección, colaboración y solidaridad, y que no debe atentar a la reputación de la profesión o de un colega, etc.

Estos mismos principios de corrección, colaboración y solidaridad con los colegas son los que obligan al abogado que tenga algún encargo contra otro colega por responsabilidades relacionadas con el ejercicio de la profesión, a acudir previamente al Decano del Colegio por si el mismo considera oportuno realizar una labor de mediación²⁴. De la misma forma el artículo 51 de las normas deontológicas de los arquitectos que señala que el arquitecto deberá de abstenerse de hacer manifestaciones perjudiciales para sus compañeros.

Todos estos preceptos implican un claro atentado a la legalidad vigente, pues en caso de conflicto será muy difícil demostrar la responsabilidad de estos profesionales –notarios, médicos, arquitectos, etc.–, sin contar con el asesoramiento técnico de otro profesional, y por ello ha sido declarado inconstitucional y el Defensor del Pueblo ha pedido su modificación²⁵.

Además en los Códigos Deontológicos hay incluso preceptos que pretenden enfrentar directamente las reglas deontológicas con las normas jurídicas, es decir, la deontología con la legalidad, y que establecen una jerarquización en la que la deontología está por encima de la legalidad. El Código Europeo de Deontología Notarial en su principio 3.º de imparcialidad e independencia dice: «el notario debe prestar su ministerio cuando es requerido para ello con arreglo a la ley, *salvo en los casos prohibidos en su reglamento nacional*». Y el artículo 100 del Código Ético Farmacéutico señala: «El profesional debe cumplir con toda exactitud las normas legales dictadas por la administración pública, *siempre y cuando se respeten las deontológicas de este código*» (el subrayado es nuestro).

Esto es solamente muestra de un corporativismo excesivo que se ve que no estaría dispuesto a ceder ni frente a las exigencias del Estado de Derecho, ni frente a uno de sus más sagrados principios como es el principio del imperio de la ley.

²⁴ Artículo 106 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1982.

²⁵ Vid. IGLESIAS, T., *op. cit.* pp. 59 ss.

Abundando en este punto, señalar que la mayoría de los preceptos deontológicos no tienen ni textura ni estructura jurídico-normativa. Iglesias²⁶ señala algunas reglas deontológicas como el artículo 31.1 del Código de Deontología Médica «la confraternidad entre los médicos es un deber primordial», o los artículos 50 y 51 de las de los arquitectos: «Todo arquitecto tiene la obligación de relacionarse con sus compañeros con lealtad o rectitud» y «todo arquitecto deberá ser objetivo en sus críticas a las obras de los colegas» y yo añadiría el apartado 1.2.2 del Código Europeo de Deontología de los notarios, «el notario deberá aconsejar y estipular con total imparcialidad e independencia», y el principio 9 de la UINL «el notario debe comportarse con imparcialidad e independencia en cada manifestación de su profesión».

Estos preceptos son tan vagos y tan indeterminados que uno no tiene la sensación de estar ante una norma jurídica obligatoria y sancionadora que describe un supuesto de hecho y que lo vincula con una determinada prestación. Ni tampoco nos sentimos ante la obligatoriedad de un principio constitucional necesitado de concreción y de ponderación.

Insisto que el Estado de Derecho se rige por el principio de legalidad y que los conceptos de deshonor, desmerecimiento, indignidad y desprestigio corporativo no pueden nunca utilizarse como escudos para impedir el cumplimiento de la legalidad vigente. Además, estos conceptos eran también el núcleo central en torno al cual se configuraban los trasnochados e inconstitucionales Tribunales de Honor regulados por Ley de 17 de octubre de 1941²⁷, –hoy claramente prohibidos por nuestra Constitución–, que en su base primera entendía como perseguibles: «los actos deshonorables cometidos por individuos pertenecientes a colectividades civiles que les haga desmerecedor en el concepto público e indignos de desempeñar las funciones que les están atribuidas y causen el desprestigio del cuerpo u organismo a que pertenecen».

Todo ello no es óbice para seguir afirmando que un buen profesional es mucho más que un buen técnico, y que es evidente la importancia que tiene en una sociedad la existencia de personas íntegras y

²⁶ Vid. IGLESIAS, T., *op. cit.*

²⁷ Los Tribunales de Honor fueron creados en el ámbito militar por Real Decreto de 3 de enero de 1867, posteriormente es aclarado por Orden de 20 de septiembre de 1870 y recordado su cumplimiento por Real Orden de 29 de febrero de 1884, de aquí se expandió a la Administración civil y a los Colegios Profesionales en la legislación de funcionarios civiles de 1918. Desaparecen con la Constitución de 1931 que en su artículo 95.4 dice: «quedan abolidos todos los tribunales de honor, tanto civiles como militares». Durante la guerra española de 1936-39 vuelven a surgir dedicando a este tema una ley especial en el año 1941, y en la actualidad han sido abolidos por la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 que en su artículo 26 dice: «Se prohíben los tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales».

capaces, conscientes de su responsabilidad y comprometidas con la mejora de las estructuras sociales, pero no solo en el ámbito notarial, sino en todos los oficios y profesiones en general.

Todo lo demás no es más que el reflejo de esa tendencia muy habitual en determinados grupos profesionales de defender a capa y espada sus propios intereses en detrimento de los otros grupos o de los intereses generales de la sociedad, en definitiva, no es más que corporativismo.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial

Por LAURA MIRAUT MARTÍN
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

El control ideal de la actividad judicial exigiría que el juez diera cuenta del razonamiento que sigue para llegar a la decisión y de la limitación de medios que le impiden afinar el sentido de la misma. La motivación de la decisión atiende preferentemente a los argumentos. No es una motivación de las condiciones reales de la decisión. La confianza social se preserva ocultando las deficiencias del funcionamiento del sistema judicial. Esto provoca una contradicción entre el modelo de hombre inteligente y virtuoso que toma como referencia el juez para determinar la rectitud de su decisión y el modelo de hombre medio, susceptible de manipulación por falta de información, que toma como referencia a la hora de asegurar la credibilidad del sistema.

Palabras clave: Juez, imperio de la ley, discrecionalidad, credibilidad social, deber moral.

ABSTRACT

The best control over judicial activity would demand that the judge make explicit the line of reasoning used to come to the decision and the limitations encountered, and acting as obstacles to a greater explanation of the sense of the same. The motivation for any decision is dictated, first and foremost, by the arguments presented for the same. It is not a motivation which describes

the real conditions of the decision. Credibility is maintained by hiding the deficiencies in the functioning of the judicial system. This produces a contradiction between the model of the intelligent and virtuous person which is taken as a reference by the judge when determining justice of his/her decision, and the model of the average person who may be susceptible to manipulation due to lack of information, which is taken as a reference when ensuring the credibility of the system.

Key words: *Judge, law's empire, discretion, social credibility, moral duty.*

SUMARIO: I. EL MARCO TEÓRICO DE LA ÉTICA JUDICIAL.—II. LOS BIENES SOCIALES IMPLICADOS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL.—III. EL IMPERIO DE LA LEY EN ENTREDICHO.—IV. CREDIBILIDAD JUDICIAL Y MORALES SUPERPUESTAS.

I. EL MARCO TEÓRICO DE LA ÉTICA JUDICIAL

La doctrina científica muestra en los últimos tiempos un interés indiscutible por las cuestiones de ética judicial. Ese interés se explica en gran parte por el cambio de modelo de juez vigente. Las tesis del silogismo que veían en la función judicial una actividad mecánica de enlazamiento automático entre los hechos sometidos al juez y las consecuencias legales dispuestas para ellos no pueden reflejar el proceso complejo que culmina en la sentencia. En realidad, es un modelo que nunca ha podido realizarse plenamente. La naturaleza humana, los sentimientos, valores y caracteres personales del juez no han dejado de influir nunca en el contenido de sus decisiones. Aunque esa influencia le haya quedado ocultada al mismo juez en un contexto doctrinal de sacralización de la ley positiva como respuesta omnipotente a cualquier problema de la vida social. Lo que ha cambiado no es la función del juez, que siempre ha dejado su huella personal en su actuar profesional, sino la percepción de esa misma función. No es lo que hace el juez sino lo que los juristas en general, y él mismo en particular, entienden que hace el juez. La decadencia de las doctrinas realistas no ha impedido una cierta pervivencia, matizada evidentemente en sus aspectos más radicales, de algunas de las consideraciones expresadas por las tesis del escepticismo de los hechos y de las normas jurídicas.

La insuficiencia del método tradicional resulta particularmente evidente en una sociedad en continua transformación en la que la hiperactividad del legislador no puede ni mucho menos dar una solución *ad hoc* a cada uno de los nuevos problemas planteados. El juez se ve obligado continuamente a justificar su decisión con argumentos que van más allá de la letra de la ley, tomando un protagonismo direc-

to en las distintas respuestas jurídicas. La positivación constitucional de los valores y principios que se entiende que han de dirigir su actuación le ofrece un motivo perfecto para entender ajustada a derecho su decisión, pero no le libra de la necesidad de dotar de significado en su aplicación individualizada a los valores y principios reconocidos. En esa labor resulta particularmente evidente la función creadora del juez. La diversidad social e ideológica de los miembros de la carrera judicial¹ hace tanto más imprevisible el sentido final de la decisión afianzando la necesidad de mecanismos de control que garanticen una cierta seguridad, que sólo puede ser probabilista, a los destinatarios del derecho². Puede decirse que en este sentido la Constitución extiende el «acta de defunción» del modelo de juez tradicional³.

Los planteamientos de ética judicial en el modelo tradicional no tenían prácticamente sentido. El único deber que tenía el juez era aplicar la ley, que se entendía que reflejaba el ideal superior de justicia. Era indiferente el juez que fuera llamado a resolver una cuestión. El carácter despersonalizado de su intervención en el proceso que conduce a la sentencia le convertía en un «sujeto realmente fungible»⁴. Preguntarnos por los rasgos particulares que debiera tener la personalidad del juez para que éste pueda llevar a cabo de mejor manera su función es absurdo si la personalidad no se vierte de ningún modo y en ninguna medida en la sentencia judicial.

Al juez le basta el conocimiento del derecho para asegurar su aplicación a unos casos que se entienden perfectamente contemplados en la ley. No hay excusas para la inaplicación de la ley porque nada hay por encima de ella. Sólo su aplicación puntual garantiza la solución justa del caso. La responsabilidad del juez se agota en el acto mismo de la traslación de la consecuencia prevista en la ley al supuesto que se trata de decidir, sin espacio ninguno a reservas ni reparos de conciencia. La prudencia está de más ante el cumplimiento estricto del deber. Los desajustes del sistema tendrán un carácter excepcional por la misma dificultad de eludir el órgano judicial la aplicación de un ordenamiento jurídico absolutamente transparente y previsible en sus consecuencias.

¹ Frente a la homogeneidad relativa de otros tiempos TOHARIA CORTÉS, J. J., «Las profesiones jurídicas: una aproximación sociológica», en Díez-Picazo, L. M. (coord.), *El oficio de jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006, p. 12, registra en la judicatura actual una diversidad ideológica en proporciones «no muy dispares» a la que se da en la sociedad misma.

² Hemos analizado este tema en «Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho», en ZAPATERO, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 2, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, pp. 253-268.

³ ATIENZA, M., «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 86, 1998, p. 33.

⁴ ANDRÉS IBAÑEZ, P., «Ética de la función de juzgar», en *Jueces para la Democracia*, núm. 40, marzo 2001, p. 19.

La superación del modelo tradicional de juez va a provocar una muy diferente situación. Asumir un inevitable margen de discrecionalidad judicial supone reconocerle también un campo de acción al juez para el posible uso ilegítimo de su poder. La discrecionalidad no tiene por qué degenerar en arbitrariedad, pero es también cierto que «cuando más amplios son los poderes discrecionales mayor es el peligro de arbitrariedades»⁵. Evidentemente, el buen juez tendrá que ejercitar su poder discrecional en el modo que garantice la solución jurídica más adecuada teniendo siempre presente el deber de resolver las cuestiones conforme a derecho. Hay que prevenirse por ello ante la posibilidad de que el juez utilice su propio poder como vía de escape del sometimiento a la ley que ha de regir su solución.

El primer frente que debe abordar la ética judicial es la misma identificación de las conductas corruptas que pueden llevar a cabo los órganos judiciales. Cuando se dispone de un poder de actuación el riesgo de uso indebido del poder en beneficio propio está presente siempre. No es que en la sociedad en la que regía el modelo de juez tradicional no existiera ese riesgo. Todo lo contrario, la representación artificial de la vida jurídica como un mecanismo de aplicación automática de consecuencias previstas de antemano lo que hacía era favorecer la impunidad del juez corrupto. La apariencia de la imposibilidad de escapar a esa misma aplicación automática dificultaba la percepción del uso indebido de lo que siempre era un poder de decisión. Y la impunidad del uso indebido del poder era el mejor estímulo para su realización. Pero la falta de percepción del problema, que se entendía que, por lo transparente que resultaba en caso de producirse, siempre podía resolverse con un uso adecuado de medidas represivas, evitaba su mismo planteamiento. O en el mejor de los casos provocaba un planteamiento simplificador, que no podía atender toda su complejidad. Sólo cuando se toma conciencia del carácter en gran medida abierto de los cuerpos legales a los que ha de someterse el juez se comprende el alcance exacto de la situación. El juez puede hacer un uso indebido en beneficio propio de su poder amparándose en la norma misma que decide conscientemente vulnerar. La discrecionalidad judicial constituye así un presupuesto favorecedor de la corrupción. Como también la conciencia de esa misma discrecionalidad lo es del planteamiento adecuado del problema.

La comprensión del problema exige no obstante tener en cuenta las circunstancias que pueden en la actualidad incentivar o desalentar las prácticas corruptas del juez. Jorge Malem ha identificado en el monopolio del poder judicial y en el carácter corporativo de la profesión incentivos adicionales a lo que significa el mismo poder discrecional

⁵ MALEM SEÑA, J. F., «Función jurisdiccional e incentivo para la corrupción de los jueces», en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 1, cit., p. 185.

que encarna la decisión judicial⁶. Evidentemente, el acaparamiento de la capacidad de decisión en relación a un determinado problema hace que los interesados en él vean al juez como el elemento determinante para la consecución de sus objetivos. La eliminación del mercado de la corrupción no hace sino favorecer la posición de poder del juez a la hora de negociar los beneficios que pudiera obtener por su actuación ilegítima. Y cuanto más elevados sean esos beneficios mayor es el acicate que encuentra el juez para su realización. Por otro lado, es cierto también que una profesión cerrada como es la judicatura, reconocida comúnmente por el prestigio que le da la impartición de la justicia, la capacidad de resolución desde el pedestal del derecho de los conflictos de convivencia, tiende en general a preservar el crédito que le proporciona su posición social. Un crédito al que contribuye además el distanciamiento con que el ciudadano medio observa a quien a la hora de la verdad resuelve sus contiendas y determina los derechos y obligaciones que le corresponden. Los jueces serían entonces los primeros interesados en ocultar las acciones corruptas de sus compañeros. O, por lo menos, en relativizar el alcance real de los supuestos de corrupción judicial. Se trataría de evitar que la imagen de la «manzana podrida» pudiera degenerar en una deslegitimación general del sistema, perjudicando la confianza social depositada en la institución y el prestigio personal de los distintos miembros de la profesión judicial⁷.

Contribuye también a nuestro entender a incentivar la corrupción judicial la misma complejidad de la regulación legal. En el afán de proporcionar una respuesta adecuada a los nuevos problemas y necesidades que genera el ritmo acelerado de los cambios sociales y de los progresos científicos y tecnológicos de nuestro tiempo el legislador ha poblado el ordenamiento jurídico de un sinnúmero de disposiciones que hacen prácticamente inaccesible el conocimiento real de la producción jurídica. Disposiciones que no sólo resultan muchas veces contradictorias en su tenor literal sino también en ocasiones en su espíritu, poniendo en jaque la racionalidad general del sistema. En esa complejidad encuentra el abogado el mejor argumento para hacer valer su pericia profesional, su capacidad para instrumentalizar las piezas legales que benefician a sus intereses. Pero también el juez es consciente de las posibilidades que se le ofrecen para asumir uno u otro punto de vista legal. Puede así fácilmente encontrar amparo legal para decisiones que sin embargo entienda él mismo incorrectas por vulnerar el sentido general del sistema jurídico. La interpretación sistemática del derecho es un imperativo judicial que sin embargo no siempre lleva incorporada la solución de los problemas. La tentación que puede sobrevenir al juez de convertirse en este punto a la hora de dictar la solución en abogado de su propia causa personal no debe pasar inadvertida en un contexto de complejidad normativa que favorece la

⁶ *Ibidem*, pp. 175 ss.

⁷ *Ibidem*, p. 187.

impunidad de los usos ilegítimos de las habilidades técnico jurídicas. Incluso de los usos ilegítimos que se pueden hacer desde la posición institucional de impartición de justicia.

Frente a estos incentivos a la corrupción judicial hay también otras circunstancias que sin duda la desalientan. El mismo prestigio social de la profesión obstaculiza este tipo de prácticas. A diferencia de lo que sucede en otras profesiones en que el prestigio se apoya en el éxito, en la consecución de los objetivos que benefician a la parte para la que se trabaja, clientes, empresas, etc., o al propio patrimonio personal, sin importar tanto los medios que se utilicen, en el caso del juez el éxito es la neutralidad, la no consecución de ningún objetivo que no sea el que marca la ley. Y hay un cierto autocontrol de la profesión judicial para preservar el prestigio que asegura la neutralidad. Al igual que tiende la profesión judicial a ocultar los supuestos de corrupción y a relativizar la importancia de los supuestos conocidos tiende también a evitar que se produzcan de hecho. El prestigio disminuye por el conocimiento público del mal uso del poder que proporciona la administración de justicia, y la mejor manera de que no se produzca el conocimiento público es que no haya nada que conocer, que no exista la corrupción. El control profesional constituye en este punto un importante factor de desaliento de la corrupción judicial. El juez corrupto sufre una desvaloración en el seno de su mismo gremio profesional en general mucho mayor que la que puede sufrir el incompetente o el que no realiza con la debida diligencia su trabajo. Porque con su ilegítima acción está poniendo en entredicho el sentido específico de su profesión que tiene precisamente como un objetivo concreto la lucha contra la corrupción.

La desvaloración se extiende igualmente al conjunto de la sociedad que no puede ver con los mismos ojos a quien vulnera las reglas exponiéndose a una respuesta negativa del juez que a quien las vulnera desde la posición de poder que le da el deber de reprimir jurídicamente las conductas infractoras. Deber cuyo ejercicio sufraga económicamente además el conjunto de la sociedad. La misma estabilidad económica y profesional que proporciona el acceso a la carrera judicial contribuye también a desalentar este tipo de actividades. Es una cierta garantía para el ciudadano de que los intereses en conflicto que se ventilan en los tribunales van a ser valorados desde una posición de neutralidad.

El punto de vista del modelo constitucional de juez obliga a relativizar no obstante esta garantía al comprender a la función judicial en el marco real que hace posible la corrupción. Un marco que el modelo superado tendía a invisibilizar. El fenómeno de la corrupción en los jueces es percibido por el conjunto de la sociedad con una consideración muy diferente ciertamente a la que genera en otras esferas públicas. Aun no le es aplicable al juez la idea de que la denuncia o procesamiento por corrupción «no necesariamente se percibe como un paso adelante en la lucha contra ese fenómeno, sino como la confirmación

de que éste crece en forma incontenible»⁸. Es un juicio que no excluye sin embargo la existencia de supuestos concretos sobre los que recaea la repulsa social y profesional correspondiente, ni nos hace inmunes a una evolución desfavorable de la situación. La atención a los elementos de incentivación y desaliento de la corrupción que genera la organización judicial deja en todo caso abierta la posibilidad de la valoración ética del trabajo del juez que quedaba excluida desde los presupuestos deformantes e irreales del modelo tradicional.

II. LOS BIENES SOCIALES IMPLICADOS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

La problemática de la ética judicial no puede constreñirse únicamente al tema de la corrupción, que además tiene en general una respuesta concreta en el derecho penal y en el derecho orgánico judicial. Interesa ante todo plantear las exigencias éticas que van más allá de los deberes reconocidos y sancionados por el derecho positivo. Estas exigencias tienen su razón de ser en algún bien, en concreto en el bien social que realizan los jueces. El primer bien es, evidentemente, la impartición de justicia. Este es el objetivo que justifica inmediatamente la institución del poder judicial. Pero junto con ella opera también otro bien que necesita la sociedad para poder desarrollarse adecuadamente, y que esperan los individuos obtener del derecho. Si el derecho es un instrumento indispensable para la convivencia y los jueces tienen encomendada su aplicación a las conductas concretas que se dan en ella, la confianza en el ejercicio correcto de la labor judicial constituirá también un bien social de importancia indiscutible. Un bien social inherente en este punto a la función de juzgar⁹, pero que plantea exigencias que pueden distinguirse claramente de las de aquélla.

La realización de estas exigencias no sólo requiere una disposición de ánimo para llevarlas a cabo. Es necesario que se den las condiciones materiales que la hagan posible. Algunas de estas condiciones afectan a la organización misma de la justicia: volumen de trabajo, tiempo para reflexionar sobre los casos, etc. Otras se refieren a la personalidad misma del juez. Se entiende así que éste desarrollará mejor su función si tiene ciertos caracteres que se traducen en hábitos de conducta que le permiten cumplir de la mejor manera con sus deberes

⁸ PICADO, S., «Ética pública y corrupción», en Arismendi, A. Caballero Ortiz, J., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2003, p. 3381.

⁹ Esta idea estaría implícita en general en quienes como HORTAL ALONSO, A., «Planteamiento de una ética profesional», en Fernández Fernández, J. L. – Hortal Alonso, A. (comp.), *Ética de las profesiones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, p. 64, describen el ejercicio profesional del juez como «la administración de justicia conforme a las leyes».

profesionales. Las condiciones del primer tipo escapan a la acción del juez. Este se encuentra inmerso en una organización que no ha diseñado. Lo que ha hecho es mostrar su voluntad de incorporarse a ella. Pero eso no quiere decir que esté de acuerdo con la situación que se encuentra. No hay complicidad de tipo ninguno en el acceso a la carrera judicial con las deficiencias de la misma, porque la organización judicial es una decisión política que no corresponde al juez. De hecho, es normal que el juez acceda a la profesión con el ánimo de paliar con su esfuerzo las deficiencias que se encuentra. Las condiciones de la personalidad dependen en mayor medida del juez porque esa voluntad decidida de acercarse a un modelo virtuoso de profesional le puede permitir avances importantes en la realización de su propósito. Pero en tanto reflejan modos de ser particulares, propios de cada uno, no le es posible tampoco incorporarlas de manera automática a su individualidad. La voluntad ayuda, pero no es determinante de la posesión de tales condiciones. Es evidente que un juez que las posea tendrá una mayor idoneidad para el ejercicio de su profesión. Se explican así los intentos de establecer catálogos de virtudes que se entiende que le van a ayudar al juez a cumplir sus deberes profesionales¹⁰. Pero tiene que quedar claro que lo decisivo no es la posesión de la virtud que le inclina al juez a actuar en un determinado sentido, sino la actuación misma.

La teoría de las virtudes es del mayor interés, por un lado por lo que tiene de relación entre las condiciones personales y el cumplimiento del deber, tanto más cuando la ausencia de alguna de ellas puede hacer inviable en la práctica la realización del objetivo propuesto. Por otro, porque permite la representación de un modelo de juez que estimule la superación personal en el ejercicio de la profesión. Nuestro objetivo no es sin embargo detenernos en el análisis de esa relación y del modelo ideal, sino sólo en los deberes morales exigibles al juez. No entramos pues en si puede el juez realizar esos deberes aun

¹⁰ ATIENZA, M., «Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?», en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo, 2003, p. 44, señala en este punto que las virtudes básicas reciben «una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial», remitiendo al principio de autonomía la autorrestricción, modestia y valentía; al de imparcialidad el sentido de la justicia y honestidad personal, y al de motivación la prudencia, que en «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», cit., p. 39, entiende de relevancia especial, considerándola «una especie de síntesis» de las demás. Recientes ejemplos de catálogos de virtudes judiciales en DE URBANO CASTRILLO, E., «Deontología judicial: el arquetipo de juez, de nuestra época», en De Urbano Castriello, E. (director), *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 395 ss., quien contempla en la figura del juez la conjunción de las virtudes generales y de las «propriadamente judiciales»; VIGO, R. L., «Ética judicial e interpretación jurídica», en *DOXA*, núm. 29, 2006, pp. 273 ss., quien distingue en su enumeración las exigencias universales de las contingentes, específicas de un momento y lugar determinados, y PUJOL CAPILLA, P., *Guía de comportamientos en las actuaciones judiciales*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 139-155.

no provisto de las condiciones personales citadas, por ejemplo, con un notable esfuerzo de superación por su parte, o dejándose llevar en determinadas decisiones por el dictamen de jueces de mayor experiencia o calidad moral, etc. Tampoco en el modelo ideal de juez porque, aunque la ética judicial pueda reclamar «vocación de excelencia o magnanimidad»¹¹, nos moveremos en el ámbito de los deberes cuyo incumplimiento resulte reprochable, aunque no sea ese reproche jurídico. Y tampoco la no realización de la perfección, ni siquiera la voluntad de no alcanzarla, creemos que tiene que ser reprochable necesariamente al juez.

Es muy difícil concretar este tipo de deberes reprochables. En el fondo cualquier listado de ellos sería reinterpretable por la relación que puedan guardar entre sí, resultando en ocasiones subsumibles unos en otros¹². Cabe además que se dé una colisión de deberes que requeriría una respuesta concreta. Más sentido tiene expresar las cuestiones objeto de los deberes del juez y en su caso los principios que deben informar las soluciones respectivas¹³. No pretendemos tampoco en este trabajo entrar en el análisis de estas cuestiones sino, más simplemente, reflejar la posible relación existente entre las exigencias vinculadas a los dos bienes citados, la administración de justicia y la preservación de la confianza social, con vistas al diseño de un tipo determinado de juez.

La distinción de las exigencias a la luz de los dos bienes citados se superpone a su vez a la distinción entre exigencias que se traducen en conductas a realizar en el marco del proceso y otras que se plantean al margen del proceso. Son distinciones que no deben confundirse. No hay una correspondencia exacta entre ellas. Hay, por ejemplo, exigencias que, presentándose en el marco del proceso atienden más a la preservación de la confianza que a la misma justicia de la decisión. Un juez puede considerarse absolutamente imparcial para resolver un asunto a pesar de incurrir en lo que él puede entender como una causa moral de abstención. En este caso estaríamos ante una exigencia moral vinculada a la preservación de la confianza social más que a la justicia de la decisión, aun tratándose de una exigencia moral que se plantea

¹¹ VIGO, R. L., «Ética judicial e interpretación jurídica», cit., p. 281.

¹² Depende lógicamente del significado que se dé a cada valor y a los deberes conectados con él. Así, por ejemplo, TOHARIA, J. J., «¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?», en De Urbano Castrillo, E. (director), *Ética del juez y garantías procesales*, cit., p. 116, o DE URBANO CASTRILLO, E., «Deontología judicial: el arquetipo de juez, de nuestra época», cit., p. 450, atribuyen a la independencia un «carácter instrumental» respecto a la imparcialidad, entendiendo ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez», en Díez-Picazo, L. M. (coord.), *El oficio de jurista*, cit., p. 161, a todas las garantías previstas «preordenadas» al aseguramiento de este último valor.

¹³ ATIENZA, M., «Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?», cit., pp. 45-46, lleva a cabo una referencia de estas cuestiones a partir de los principios de independencia, imparcialidad y motivación de las decisiones, definidos por él como «los tres grandes núcleos de la ética judicial».

en el marco del proceso. De hecho, la determinación legal de las causas de abstención puede tener el doble efecto de evitar el riesgo de parcialidad, que siempre será presunto, y de salvaguardar la confianza social en el buen funcionamiento de la justicia. El primer efecto no tiene por qué darse necesariamente. El juez puede tener la suficiente integridad y fortaleza moral para no ver afectada su imparcialidad pese a encontrarse en la situación contemplada en la ley. El segundo efecto se produce, sin embargo, siempre. Algunas de estas exigencias, tanto las internas como las externas al proceso, están, como vemos, incorporadas a los textos legales. Son exigencias jurídicas. Por ello no dejan de ser exigencias morales, pero en cuanto tienen un reconocimiento legal específico, interesan en menor medida a la ética judicial, que ha de mirar más allá de la estricta exigencia legal, a perfeccionar la figura y la actuación del juez en la búsqueda de la realización de los bienes citados.

III. EL IMPERIO DE LA LEY EN ENTREDICHO

Las exigencias vinculadas directamente a la impartición de justicia tienen como principio guía el sometimiento del juez al imperio de la ley. Este no es un deber exclusivamente jurídico. Tiene también una connotación moral como realización del compromiso que el juez ha adquirido con la sociedad de resolver las cuestiones que se le presentan conforme a la voluntad que la sociedad ha expresado indirectamente en la ley. Cabe, de todos modos, que el juez encuentre en el sometimiento fiel al imperio de la ley un obstáculo a la realización de sus imperativos éticos. Que su configuración moral le exija esquivar la letra e incluso el espíritu de la ley para realizar la justicia concreta del caso.

El problema tiene una solución coherente en el caso de aquellos que ven la presencia del derecho más allá de la letra estricta de la ley. Es el caso, por ejemplo, de Ángela Aparisi, quien encuentra en la distinción entre el «derecho en sentido formal» y el «derecho en sentido real» la razón para proclamar que cuando se da contradicción entre la ley positiva y los principios de justicia han de ser estos últimos los que prevalezcan. Así señala que el oficio del juez, como jurista, «no es declarar lo legal sino lo justo»¹⁴, apelando al significado último de su responsabilidad para resolver la cuestión: «La actitud del jurista llamado a interpretar o aplicar normas injustas... no puede resolverse sosteniendo que el profesional tiene un deber de obedecer siempre y en todo caso al Derecho. Ello implicaría eludir la responsabilidad personal y profesional por los propios actos transfiriéndola al autor de la

¹⁴ APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 370.

ley. Por el contrario, el jurista deberá llevar a cabo un razonamiento práctico que le ayude a dilucidar sobre la justicia y la actitud que debe adoptar frente a una determinada norma»¹⁵. La autora trata de salvar en lo posible la compatibilidad del sometimiento a la ley con la preservación de los principios de justicia, apurando la utilización de los medios legales existentes para ello. La interpretación de la norma conforme a los principios de justicia y la separación del conocimiento del asunto a través de la abstención por interés de conciencia que pueda afectar a su imparcialidad o de la objeción de conciencia constituyen instrumentos razonables en su opinión para eludir la aplicación de la ley injusta con base en el ordenamiento jurídico español.

Pero, con independencia del juicio que se pueda tener acerca de la solución a que conduce su sutil argumentación, es siempre una solución referible a un ordenamiento jurídico concreto. No es una solución de alcance universal. Queda abierta, pues, la posibilidad de la confrontación citada entre la ley y los principios de justicia, que, conforme a sus presupuestos teóricos, sólo puede resolverse a favor de la aplicación de estos últimos. La solución tiene una lógica iusnaturalista indiscutible, pero, claro, supone asumir unos presupuestos teóricos discutibles, porque no todo el mundo acepta la existencia de ese derecho real que encarna «lo recto, lo justo», y que prevalece en último caso sobre el derecho formal. No cabe solución inobjetable para poder determinar cuándo nos encontramos ante lo que ella misma califica como «apreciación subjetiva» o ante una injusticia real de la norma por «lesionar bienes y derechos directamente derivados de la dignidad humana y atentar al bien común»¹⁶. Es pues, en este punto, una propuesta coherente con los presupuestos teóricos, discutibles, de que parte. Su debilidad no está en la coherencia sino en la concepción que le sirve de fundamento. Queda en todo caso claro que el juez estaría anteponiendo al imperio de la ley su sentido particular de la justicia, sacrificando lo que, desde otra óptica, se ha entendido a su vez como «condición necesaria», aunque insuficiente, de la justicia¹⁷. Sus principios morales le pueden llevar a ello, pero son principios no extensibles necesariamente al resto de la sociedad.

El planteamiento de Martín Farrell presenta el problema contrario. No hay nada que objetar a su concepción del derecho porque no tiene necesidad de acudir a un derecho real, encarnación de lo recto o lo justo, que pueda prevalecer sobre la ley. Su justificación de la separación del juez de la ley positiva tiene un fundamento consecuencialista. Curiosamente Farrell comienza afirmando que la ética de la función judicial es necesariamente deontologista porque se impone la restric-

¹⁵ *Ibidem*, pp. 368-369. La idea también en p. 378: «el juez no puede trasladar la responsabilidad de su decisión al legislador, ya que actúa ejercitando su libertad».

¹⁶ *Ibidem*, pp. 372-373.

¹⁷ LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 218.

ción que supone para el juez el respeto a los derechos reconocidos legalmente a cualquier consideración de utilidad: «El sistema judicial no está diseñado precisamente para que el juez obre como un consecuencialista, sino para que el juez se considere un agente moral que está obligado a respetar ciertas restricciones, aun a expensas de la utilidad del estado de cosas resultante. El sistema jurídico, en otras palabras, exige que el juez obre como un deontologista»¹⁸. El mismo trata, sin embargo, de salvar su concepción consecuencialista con esta afirmación cuando dice que la ley misma que ha consagrado los derechos ha tomado en consideración previamente las consecuencias. En este punto el sometimiento del juez al imperio de la ley le colocaría como un deontologista «por motivos consecuencialistas»¹⁹.

Farrell hace notar, sin embargo, que el deontologismo y el consecuencialismo no son teorías que funcionan en toda su pureza ni en los individuos ni en los tribunales: «el consecuencialista acepta restricciones y el deontologista acepta el cálculo de consecuencias». En este punto los jueces cuya función viene diseñada para razonar y actuar como deontologistas han de aceptar razonamientos consecuencialistas cuando el respeto del derecho vaya a ocasionar una catástrofe: «Razonan como deontologistas, y esto es justamente lo que deben hacer. Pero en situaciones periféricas adoptan el consecuencialismo para evitar catástrofes, y esto es también lo que deben hacer»²⁰. Lo único es que se debe expresar claramente el «cálculo consecuencialista» para evitar que lo que es una excepción justificada pueda entenderse como un derecho general del juez a separarse de la ley. Farrell plantea en este punto una excepción por un supuesto concreto, la catástrofe. Pero no nos ofrece una regla clara para saber cuándo nos encontramos ante una situación catastrófica. La valoración de la gravedad de las consecuencias siempre es subjetiva. Y una valoración subjetiva no tendría razones suficientes para imponerse a la valoración general de las consecuencias que ha realizado el legislador como representante del conjunto de la sociedad. Podría decirse que el legislador no podía prever el caso concreto pero quedaría siempre pendiente la legitimidad de la valoración subjetiva. Sólo cuando el respeto estricto a la ley pudiera provocar la desaparición objetiva de las condiciones que hacen posible la existencia de ese mismo sistema jurídico valdría la solución propuesta por Farrell, porque en ese caso quedaría comprometido el fundamento mismo del orden jurídico. Es el argumento utilizado implícitamente en la sentencia de la Corte Suprema argentina del caso Peralta que Farrell entiende justificada²¹. Pero su noción abierta de la

¹⁸ FARRELL, M. D., «La ética de la función judicial», en Malem, J.; Orozco, J. y Vázquez, R., (compiladores), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 155.

¹⁹ *Ibidem*, p. 162.

²⁰ *Ibidem*, p. 158.

²¹ *Ibidem*, pp. 155-156.

idea de catástrofe permite perfectamente englobar el caso en que el legislador no ha realizado el cálculo de consecuencias que debió hacer.

La tesis de Farrell apunta el camino correcto relativizando el sentido de la ley como instrumento para la convivencia que ha de quedar postergado cuando la convivencia, fundamento de la ley, corre el peligro de desaparecer en aplicación de la ley. Pero no fija los límites de una concepción que, por la indeterminación misma del concepto utilizado, permitiría una gran laxitud en la legitimación de la separación del juez del imperio de la ley. Los principios morales particulares del juez le podrían llevar por ejemplo a considerar como catástrofe la institución del divorcio o el matrimonio homosexual. Está claro que este tipo de valoraciones que puede hacer el juez no atienden precisamente a una consecuencia relevante desde el punto de vista de la pervivencia del sistema. No es lo mismo sentir quebrada una regla moral, propia de la moral individual del juez, que provocar con su decisión la desaparición del mismo objeto de la regulación jurídica. Sin convivencia no hay nada que rija el derecho. El derecho, aun formalmente vigente, perdería su sentido por falta de objeto de regulación.

El problema es de todos modos determinar qué se entiende por desaparición de la convivencia, o sea, cuándo se pierde el objeto de la regulación. Aquí nos encontramos con una noción igualmente valorativa, porque en términos objetivos sólo se perdería el objeto de la regulación con la desaparición física de los destinatarios de las normas. En otro caso habría siempre convivencia, aunque no fuera la convivencia idónea que tuviera en la mente el juez. La definición de catástrofe en términos de pérdida de la convivencia resultaría igualmente indeterminada, como la de la justicia o injusticia de las normas, porque también puede el juez considerar como una situación de catástrofe la aplicación misma de la ley injusta. La catástrofe, tanto si atiende al fundamento fáctico del derecho, la pérdida de la convivencia, como al fundamento ideal, la no realización de los principios de justicia, es una noción cuyo significado queda por fijar. Acudir a ella no le permite a Farrell encontrar un motivo preciso para justificar la separación del imperio de la ley por parte del juez. Su justificación de la excepción del imperio de la ley resulta en este punto objetable porque hay que pensar que en la idea misma de los hechos que consagra la ley está la decisión colectiva de no provocar la catástrofe a que alude el profesor argentino.

En el fondo lo que hay es un conflicto entre el deber moral del juez de evitar la catástrofe con su acción y el deber, moral igualmente, de medir las consecuencias de esa acción en lo que tiene de vulneración de los derechos que la colectividad ha decidido reconocer a sus miembros. Un conflicto en el que el juez ha de tener presente en todo caso la función que cumplen los derechos como «cifra de su ética

profesional»²². Está claro, sin embargo, que la atribución de uno u otro significado a la expresión catástrofe puede hacer razonable, al menos a los ojos de algunos, en el supuesto de desaparición del fundamento fáctico del derecho la inaplicación de la ley. Se explica en este punto el papel esencial que cumple el juez al determinar el significado preciso de la misma.

En otros casos la fijación del significado de los términos no se plantea de forma tan dramática porque no está en juego el posible apartamiento del juez del principio básico de su actuación. La indeterminación del significado no afecta entonces a la causa que puede justificar la no aplicación de la ley sino que es una indeterminación situada en el mismo texto de la ley. Una indeterminación que el legislador mismo utiliza a sabiendas para que sea el juez el que concrete en cada caso el significado de la expresión. En este caso el juez completa el significado de la norma administrando justicia conforme a la ley²³. El sometimiento al imperio de la ley no le exime de su compromiso profesional en la determinación del significado mismo de la ley. Tanto la separación como el respeto de la ley requieren esta actuación inexcusable por su parte. Lo relevante del resultado de esa actuación explica la necesidad de disponer de un criterio claro en ese punto. O por lo menos, la necesidad de tener claro cuál es el criterio que está utilizando el juez en cada momento. Sólo la transparencia del criterio usado por el juez podrá permitir el control de su decisión. Un control que tomará como base, lógicamente, un modelo semántico determinado.

IV. CREDIBILIDAD JUDICIAL Y MORALES SUPERPUESTAS

La posición institucional del juez deriva de la necesidad que siente la sociedad de disponer de un poder independiente o imparcial que resuelva los problemas que surjan en ella. La misma sociedad decide cuáles son los criterios vinculantes para los jueces estableciéndolos en la ley. El sometimiento del juez a la ley es el efecto directo de ese poder conferido para aplicar a los casos concretos la voluntad colecti-

²² CRUZ VILLALÓN, P., «El Juez como garante de los Derechos Fundamentales», en AA.VV., *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 32.

²³ El tema adquiere una connotación especial cuando se trata de cláusulas contenidas en los textos constitucionales, porque en ese caso no puede el juez acudir a una norma superior de referencia, incrementándose su responsabilidad decisonal. Recientemente sobre esta cuestión ARA PINILLA, I., «Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXI, 2004, pp. 107-124, y ESCUDERO ALDAY, R., «Metodología jurídica y conceptos morales: una propuesta de análisis», en COURTIS, Ch., *Observar la ley*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 83-103.

va. El beneficio que obtiene la sociedad no es sólo contar con un instrumento idóneo para reflejar en la solución de los problemas cotidianos su voluntad, sino la tranquilidad de saber que las cosas van a suceder así efectivamente. Una buena administración de justicia que no tuviera credibilidad social no cumpliría plenamente la función encomendada. Aunque fuera una administración de justicia respetuosa estrictamente del ordenamiento vigente. El sometimiento al imperio de la ley no colma las características que ha de tener el buen juez. Es necesario también que la sociedad confíe en el trabajo del juez, que piense que funciona adecuadamente la administración de justicia. La concepción misma de la administración de justicia como servicio requiere lo que se ha llamado «*customer satisfaction*»²⁴.

La mayor satisfacción sería que el sistema funcionara de manera exacta, que se cumpliera a la perfección el modelo de juez tradicional. Pero ya hemos visto que esto es imposible. Que el modelo tradicional no refleja la realidad. Que las expectativas de justicia se verían frustradas con un modelo solo «preferible en abstracto»²⁵. Siendo imposible la ejecución de ese modelo ideal hay que mostrar sus limitaciones a la sociedad en su conjunto y hacerle ver el modo en que funciona efectivamente la administración de justicia. O por lo menos no ocultárselo. La exigencia de la motivación de las sentencias cumple este cometido esencial. Es de todos modos una exigencia legal. Ello facilita evidentemente la imposición de su cumplimiento. Pero hay formas muy distintas de cumplir con la exigencia. No se trata sólo de transcribir con claridad, en un lenguaje accesible a los destinatarios, las razones de la decisión judicial²⁶. Se trata también de utilizar la forma lingüística adecuada para que los interesados piensen que las razones expresadas en la motivación reflejan el pensamiento de un juez que se ha tomado en serio la decisión a adoptar y a las personas interesadas en ella²⁷. Y sobre todo que no oculte lo que la sentencia tiene de opción personal del juez en el marco de la discrecionalidad propia del caso y los principios que reflejan esa opción. El interés por convencer al lector de las buenas razones de la decisión no debe satisfacerse a costa de un reflejo inexacto de las dificultades del caso y del proceso argumental que lleva a la solución adoptada.

²⁴ ROPPO, V., «La magistratura come professione legale: per una deontologia del servizio giustizia», en *Politica del Diritto*, núm. 3, settembre 2000, p. 527.

²⁵ ATIENZA, M., «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», cit., p. 36.

²⁶ Como dice BAYO DELGADO, J., «La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial», en Bayo Delgado, J. (director), *Lenguaje judicial*, Consejo Judicial del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 15, el juez «no puede pretender, bajo la excusa de necesidad de tecnicismos, que su lenguaje sea críptico para el no iniciado».

²⁷ Se explica en este punto el rechazo de sentencias pintorescas que, por ejemplo, incluyan argumentos expresados en verso. No basta la solidez del razonamiento. La forma tiene también su importancia.

La exigencia de la motivación de las decisiones deriva de la propia realidad de un proceso en el que no cabe en general una aplicación mecánica de la ley. Con ello no se trata de mostrar un funcionamiento inadecuado de la justicia. Simplemente se ponen de manifiesto las limitaciones de una función que no puede responder a un modelo absolutamente irreal, mostrando la vía seguida efectivamente para alcanzar la decisión. Se hace visible el modo en que el juez ha cumplido con su deber de someterse al imperio de la ley. Al individuo le gustaría que la realidad fuera distinta. Que se pudiera llevar a cabo otro modelo de administración de justicia preferible «en abstracto». Pero ante la imposibilidad de su ejecución lo único que puede hacer el juez es dejar constancia de la naturaleza real del proceso. La motivación no es reflejo de un defecto del sistema. Porque el sistema no puede ser otro diferente.

Esto no quiere decir que no funcione defectuosamente el sistema, que no haya vicios a corregir. El más evidente es la lentitud de la aplicación del derecho, que actúa muchas veces como «elemento autodestructor» de la propia justicia del caso²⁸. La lentitud de la justicia no es un efecto deseado por el legislador, ni por los jueces. Es la consecuencia de una valoración coste-beneficio en el diseño mismo de la organización judicial. La administración ideal, en tiempo y forma, del derecho requeriría unos recursos que el Estado puede dedicar con buenas razones a otros objetivos más urgentes. Se trata así de poner en marcha la mejor justicia posible, contando con que no es éste el único servicio que tiene que prestar el Estado a sus ciudadanos. En todo caso, las razones que pueden explicar la situación no impiden reconocer los efectos devastadores para los intereses de los afectados por este funcionamiento anómalo de la justicia. Aquí sí hay un vicio del sistema que sería ilegítimo ocultar. Lo que ocurre es que no es posible ocultarlo. El juez no ha de llevar a cabo un esfuerzo especial de transparencia, porque el sistema es transparente por sí mismo. La parte que ve reconocidos tardíamente unos derechos ya difícilmente ejercitables o que obtiene una resolución favorable cuando ya no tiene interés en su ejercicio toma conciencia de la lentitud de la justicia y de sus efectos, porque los sufre en su propia carne. No sólo toman conciencia inmediata quienes se enfrentan a una cuestión litigiosa. Los medios de comunicación se hacen eco con frecuencia de una situación que termina afectando directa o indirectamente a gran parte de la población. Lo evidente de la situación hace que los mismos poderes públicos reconozcan en muchos casos la anomalía que supone como una de las cuestiones a mejorar, subrayando la necesidad de dotar de medios humanos y materiales a la judicatura. En este punto es muy poco lo

²⁸ MÚGICA BRUNET, J. I., «La lentitud de la justicia», en Santaella López, M., *Ética de las profesiones jurídicas. Textos y materiales para el debate deontológico*, Universidad Complutense-Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, p. 437.

que puede hacer el juez, porque el sistema es por sí solo suficientemente transparente.

Otras deficiencias del funcionamiento del sistema resultan, en cambio, mucho más opacas. El volumen de trabajo que acumula la administración de justicia puede, por ejemplo, provocar que se desvirtúe la discusión de los tribunales colegiados centrándola en aspectos concretos del problema, por no haber podido dedicar a su examen todos los miembros del tribunal el tiempo requerido para su mejor conocimiento. La representación del tema que se hace el ponente acaba teniendo quizás un peso desproporcionado en el conjunto de la decisión, por defecto de la que hubieran debido hacerse los demás jueces para poder llevar a cabo una discusión racional. Este funcionamiento anómalo de la administración de justicia en este punto no es tan accesible al conocimiento del ciudadano como sucede con la lentitud. Se conoce y se justifica en parte entre los operadores del derecho que, vistas las condiciones en que funcionan los tribunales y para evitar precisamente el efecto devastador que causa la lentitud de la justicia, lo admiten en cierto modo como un mal menor. Pero la información de este funcionamiento manifiestamente mejorable no traspasa normalmente los límites de la profesión jurídica. Es directa expresión de lo que se ha llamado el «*professional mystery of bench and bar*»²⁹.

En otros casos el vicio del sistema puede afectar directamente a la justicia del caso. Basta pensar en la práctica de rechazar en primera instancia la imposición de costas a las partes para no incidir con la tramitación adicional del cobro de los gastos en un colapso mayor del juzgado. Es verdad que la condena en costas en tal instancia puede estar prevista sólo para casos excepcionales en que se dé una manifiesta mala fe de la parte, etc. Pero ese caso excepcional se da de manera muy evidente en ocasiones sin que el sistema reaccione normalmente en los términos previstos por la ley. En este punto el problema es más grave. No nos encontramos con que falte la suficiente discusión para asegurar la mejor decisión posible. La decisión es directamente contraria a derecho porque en un aspecto concreto el juez ha decidido, voluntaria y conscientemente, separarse de lo que dicta la ley. Es una inobservancia de la ley que afecta a un aspecto adjetivo, probablemente poco significativo, en la valoración global del problema. Pero es una inobservancia al fin y al cabo. Inobservancia que, además, para la parte que ha tenido que pagar los honorarios de un abogado para defenderse de una acusación manifiestamente irracional no resulta seguramente tan poco significativa. No se trata de denunciar este uso relativamente frecuente, que tiene también su explicación en la lógica del mal menor. No produce de hecho en general mayor escándalo entre los miembros de la profesión jurídica saber que un juzgado determinado tiene como regla no condenar en costas.

²⁹ MACEDO, S., *Liberal Virtues. Citizenship, Virtue and Community in Liberal Constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 97.

Se acepta incluso sin problemas la explicación de la propia oficina judicial de que no se puede condenar en costas porque el juzgado tiene mucho trabajo. Lo que no resulta ya tan explicable es que la anomalía, justificada o no, que supone su reiteración no sea públicamente conocida, como lo es la lentitud de la justicia. No hay una motivación que explique los motivos reales de la no condena en costas.

El ciudadano tendría que conocer también el nivel de implicación del juez en las operaciones que llevan a la decisión judicial. La sociedad invierte en la formación de los jueces y sufraga el gasto de la judicatura esperando obtener del juez la prestación para la que está formado específicamente. El compromiso del juez no se termina con la responsabilización de la sentencia. Su sentencia no debe ser sólo asumida, sino también configurada en todos los trámites sustanciales que llevan a la decisión por el juez³⁰. La práctica de delegación de determinadas funciones que sirven finalmente de soporte de la decisión puede estar más o menos justificada por el exceso de trabajo del servicio judicial y la necesidad de atender de manera justa y razonable el mayor número de casos evitando retrasos que impidan de hecho la realización de la justicia del caso. Pero el ciudadano tiene que conocer cuál es el desarrollo real del proceso y las razones que hacen que sea éste y no otro.

El conocimiento exacto del modo en que discurre el proceso judicial, más allá de las apariencias, podría provocar una cierta decepción en el ciudadano. Con independencia de lo justificadas que puedan estar las anomalías detectadas. Cuanto mayor sea la decepción mayor será la desconfianza, si no en la actuación personal de cada juez, que se entiende que hace lo que puede con los medios disponibles, sí en el funcionamiento general del sistema. Se podría alegar entonces a favor de la opacidad la necesidad de preservar la confianza social. Puesto que no se puede mejorar la mecánica del sistema ocultemos sus deficiencias, sería el lema. La honestidad de los participantes en el proceso se salvaría haciéndolo transparente a los operadores jurídicos, que son los que pueden verse afectados directamente en el ejercicio de su profesión por un desarrollo irregular. Este es un planteamiento, sin embargo, inaceptable, porque detrás del trabajo de los profesionales están los intereses de los ciudadanos que pagan sus servicios. El ciudadano no pierde nunca su condición de interesado, aunque sea un interesado indirecto, que se tiene que servir de representantes para intervenir en el proceso. Y en este punto debe tener toda la información.

³⁰ Recientemente ha alertado GLENN, P., «Professional Traditions: The Reciprocating Ethics of Jurist and Judge», en Erauw, J.; Tomljenovic, V. y Volken, P. (edited by), *Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, Sellier, München, 2006, p. 647, acerca de la creciente realización de «forms of delegation to clerks» que resultan «incompatibles con la obligación ética de los jueces independientes de realizar por sí mismos el esquema del razonamiento práctico» que conduce a la decisión.

La opacidad puede favorecer la confianza social, pero es en ese caso una confianza falsa que no podría aceptar una persona responsable. El juez al optar por ella está presuponiendo que le conviene más al ciudadano, por lo inamovible que sea la situación, no tener una información mayor. Es un planteamiento paternalista que no le es legítimo ejecutar. Un planteamiento, además, que oculta las más de las veces el interés real de preservar el prestigio social de la judicatura, no el interés de los afectados. La complicidad con la opacidad del sistema no puede ser un deber profesional, porque el compromiso del juez no es con la profesión. Es un compromiso con los usuarios actuales o futuros del servicio, que lo sostienen económicamente y constituyen su auténtica razón de ser. El juez podría siempre alegar que su función principal no es dar transparencia al sistema sino hacer que éste funcione de la mejor manera posible. Que la organización del sistema no es responsabilidad suya y no se le puede exigir que dé cuentas de aquello de lo que no es responsable. El argumento vale sólo en parte. Aunque el juez no diseña el sistema judicial, sí interviene directamente en él, y es consciente de la representación ideal que el conjunto de la sociedad tiene de las condiciones en que lleva a cabo su actividad. En este punto debería contribuir en lo posible a remediar los defectos de información en que los diseñadores de la organización judicial hubieran podido incurrir. Es un deber no exigible, porque va más allá de lo que son sus estrictos deberes profesionales. Pero el ser no exigible no le quita relevancia como elemento constitutivo del arquetipo del buen juez comprometido con su responsabilidad social. El juez ideal debería ser ciertamente transparente en este punto. La visión real del proceso no exige sólo la sustitución del modelo tradicional de juez y la indicación de las razones efectivas de la decisión. También la de las condiciones en que se alcanza y formula, y la de las posibles concesiones que tenga que hacer el juez respecto a la realización integral de la justicia.

Otro problema es la transparencia de la vida privada del juez. La exigibilidad de su conocimiento dependerá primero de su incidencia en el sentido de la decisión. Hay conductas no contempladas en los supuestos legales de abstención que pueden denotar aspectos de la personalidad del juez indicativos de su inclinación a adoptar una cierta postura en el tema. Aquí procedería su apartamiento del caso por estar en juego su imparcialidad. El buen juez debe «ser consciente de los datos que conforman su personalidad»³¹ y obrar en consecuencia. Pero cabe que piense que no está en juego su imparcialidad. Se plantea entonces la fuerza de las apariencias. ¿Queda en entredicho la confianza social por conductas privadas que evidencian simpatías o ideologías del juez? La afectación posible de la confianza social, aun considerada sin fundamento por el juez, ¿justifica su apartamiento de

³¹ MALEM SEÑA, J. F., «La vida privada de los jueces», en *La función judicial. Ética y democracia*, cit., p.177.

la decisión? La respuesta exige considerar qué conductas no debiera llevar a cabo el juez.

Se señala que el juez debe evitar comportamientos impropios. Pero ¿qué es un comportamiento impropio?. Hay dos tipos: los que vulneran la ley y los que vulneran simplemente la moral social, los hábitos que la comunidad entiende que ha de reunir quién imparte justicia. Al margen de las sanciones legales o sociales que realizar estos actos provoca, se alega que los mismos mancillan la figura del buen juez porque afectan a su credibilidad. El juez ha de ser visto como una persona respetable, ponderada también en su vida privada. A mayor razón en el caso del incumplimiento de la ley que él mismo debe aplicar. Sin embargo, dejando aparte lo afectada que pueda quedar la función simbólico-moral de la decisión³², la aplicación de la ley no tiene por qué quedar afectada porque el mismo juez la incumpla. Un juez puede perfectamente saltarse una señal de tráfico, incluso con asiduidad, y ser implacable en su represión legal cuando lo hacen los demás. No hay nada de esquizofrénico en ello³³. Al ciudadano le inspirará más seguridad, no obstante, el juez que observa la ley, al pensar que no existe el riesgo de que se deje llevar en su aplicación a la conducta de los demás del poco respeto que pone de manifiesto su comportamiento privado. El tema es especialmente delicado cuando está en juego el respeto a los valores constitucionales porque la reiterada conducta anticonstitucional pone en cuestión el juramento mismo de lealtad constitucional que supone asumir el cargo institucional.

El tema se relativiza cuando se trata de conductas que, sin ser anti-jurídicas, ponen en entredicho la imagen pública del juez, su autoridad como persona de la que cabe esperar el buen juicio en su quehacer. Es verdad que la conducta del juez contraria a las exigencias de la moral social daña su credibilidad. No se puede esperar que sea buen juez quien no actúa como una persona seria, ponderada y prudente en la vida privada. Pero esto es algo que no es específico del juez. También puede suscitar dudas en su credibilidad profesional un cirujano que tenga la costumbre de embriagarse en los días festivos o que produzca desórdenes públicos con asiduidad. Y, sin embargo, tanto uno como otro pueden ser excelentes profesionales, llevar a cabo escrupulosamente su función técnica. Hay que tener en cuenta además que el que prevalezca socialmente un determinado código de conducta no

³² MALEM SEÑA, J. F., «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», en *DOXA*, núm. 24, 2001, p. 398.

³³ El sentido de lo justo e incluso la asunción de la necesidad de actuar conforme a la ley y al comportamiento correcto en general en el ejercicio de la función judicial no tiene por qué excluir automáticamente una cierta relajación en el actuar del juez fuera de su profesión. En sentido contrario, VIGO, R. L., «Ética judicial e interpretación jurídica», cit., p. 292, y APARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología para juristas*, cit., p. 201, quien subraya la dificultad de mantener una «dualidad de vida». Un análisis de la línea argumental de la idea del juez esquizofrénico en MALEM SEÑA, J. F., «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», cit., pp. 394-395.

significa que éste código sea el mejor. En ocasiones la ley surge como reacción frente a una conducta social asentada que se considera improcedente. Aquí la aplicación de la ley supone la vulneración de la moral social.

Se podría de todos modos decir que el juez tiene la obligación de completar el significado de las nociones jurídicas indeterminadas interpretando la moral social, aunque ésta sea disconforme con su moral individual. Pero es que la capacidad del juez para interpretar la moral social no tiene por qué verse afectada tampoco porque no la comparta. El juez puede interpretar lo que para el conjunto de la sociedad significa, por ejemplo, la diligencia del buen padre de familia tomando la correspondiente distancia con su propia postura. Nada hay tampoco de esquizofrénico en ello. Lo único que quedaría afectado sería nuevamente la credibilidad social, la desconfianza que pueda sentir el ciudadano de que el juez sea capaz de tomar ese distanciamiento respecto de su propia posición personal. La realización por el juez de este tipo de conductas ilegales o contra la moral social no contradice su capacidad para dictar una resolución conforme a derecho ni para interpretar de la mejor manera posible la letra y el espíritu de la ley.

La desconfianza que tales conductas pueden provocar entre los particulares hace aconsejable, no obstante, que el juez se abstenga en lo posible de ellas. El buen juez no debe descuidar su credibilidad social. Pero no conviene exagerar su importancia, porque además la asunción del arquetipo del juez intachable en su conducta social puede también generar una imagen de inhumanidad, incompatible con la idea misma de la impartición de justicia. Por mucho que la moral social imponga al juez abstenerse de tener trato frecuente con delincuentes o con personas de acreditada mala fama, no parece razonable exigirle no mantener ese tipo de relaciones cuando el delincuente es un familiar directísimo, su padre o su hermano, por ejemplo. La implicación de este tipo de exigencias debe también ser ponderada en función de las circunstancias.

Lo que llama la atención es que se insista en particular en el deber del juez de admitir la transparencia de su vida privada y de someterla al patrón social vigente, dando explicaciones de su actitud en caso contrario. Y se desatienda, sin embargo, la exigencia de que el juez dé también explicaciones de las condiciones concretas en que llega a la sentencia. La justificación de las anomalías del sistema se da por sentada en algunos casos, pero eso no excusa el deber de transparencia en este punto. Mucho más interesada debía estar la sociedad en el conocimiento del desempeño anómalo del juez, aunque no le sea imputable a él, en su labor profesional que en su vida privada, aunque en ella vulnere la ley. Y si no lo está es por la opacidad misma del sistema judicial. Porque la profesión tiene cuidado en potenciar su prestigio ocultando las deficiencias de su ejercicio y presentando una imagen inmaculada, también en su vida privada, de la persona del juez. Pero el deber del juez no debe detenerse en dar satisfacción a una opinión

pública mediatizada por la imagen que presenta la misma profesión. Su deber es actuar en el respeto a esa ciudadanía crítica, sensible a las deficiencias reales del sistema, aunque esa ciudadanía no exista a día de hoy o sea aún muy poco representativa.

En un trabajo clásico Benjamín N. Cardozo proponía que la moral social que tuviera en cuenta el juez a la hora de dictar sentencia completando el significado de las nociones indeterminadas fuera la moral crítica, la moral del hombre de mentalidad «inteligente y virtuosa»³⁴. Esta postura cobra una dimensión particular cuando se plantea incluso que el juez pueda separarse de la ley en base a este tipo de nociones, la consecuencia catastrófica, la injusticia notoria, etc. Ese hombre inteligente y virtuoso, aun justificando sus deficiencias, no admitiría que se le escamoteara el conocimiento del funcionamiento real del proceso.

Interesa, desde luego, que el juez pertenezca a la estirpe de ese tipo de hombre dotado de inteligencia y virtud. Pero interesa sobre todo que sepa tomarlo en la debida consideración. Y no se le toma precisamente en consideración cuando se tiene más en cuenta el respeto a un determinado código social que impone la transparencia de ciertas actividades privadas del juez que la exigencia misma de que sepa el ciudadano cómo se gestionan, también en el ámbito judicial, los asuntos que le afectan. El perfeccionamiento del juez pasa por cumplir el compromiso con la sociedad más que por garantizar la credibilidad de una imagen determinada de ciudadano. Sobre todo si ésta es incompatible con la que utiliza para determinar el modo de aplicar e incluso inaplicar la ley. El nivel de excelencia que proyecta la persona inteligente y virtuosa debe vincular al juez. Pero el hombre inteligente y virtuoso no es el que busca la credibilidad ni la tranquilidad social sino el progreso. Y el progreso requiere el respeto de la verdad, aunque la verdad no resulte del todo cómodo ni oírla ni transmitirla.

La realización de este modelo admite evidentemente grados. No se trata de exigir al juez que se adapte por completo al modelo perfeccionista. Pero sí por lo menos que sea consciente de la paradoja que supone insistir en la exigencia de transparencia de su vida privada descuidando la transparencia del funcionamiento de un proceso en el que tiene un inexcusable protagonismo. Esta es la transparencia que en mayor medida interesa al hombre inteligente y virtuoso que toma como referencia en su decisión.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

³⁴ CARDOZO, B. N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 37.

El pacto de *quota litis* en la deontología de los abogados

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El Estatuto General de la Abogacía Española prohíbe el pacto de quota litis por el cual los honorarios del abogado son sólo una porción del resultado del asunto. Pero la validez de este pacto en España es incierta. Por otra parte, la actitud adoptada en diferentes países varía notablemente: en Europa suele rechazarse la quota litis estricta pero no los honorarios condicionados al resultado; mientras que en los EE.UU. y otros países los honorarios contingentes se aceptan con pocas limitaciones. El debate deontológico entre partidarios y detractores de permitir el pacto de quota litis es muy rico en buenos argumentos y por eso poco concluyente. Todos estos datos invitan a repensar qué es la deontología profesional y por qué y hasta qué punto es vinculante; y en particular a reflexionar sobre si debe entenderse como Ética crítica aplicada o como la moralidad social de colectivos profesionales concretos.

Palabras clave: *Deontología profesional-Deontología jurídica - Abogados - Quota litis - Cuota litis.*

ABSTRACT

The General Statute of Spanish Lawyers prohibits the partum de quota litis by which lawyer's fees are only a share of the result of the matter. But the validity of such an agreement in Spain is uncertain. Besides, the approach

adopted in different countries varies conspicuously: in Europe strict quota litis is typically rejected, but fees which are conditional on the outcome are admitted; meanwhile, in USA and other countries contingent fees are accepted with little limitations. The debate in Legal Ethics about whether to allow the pactum de quota litis has plenty of valid points on either side, and therefore is hardly conclusive. All those factors lead us to rethink what is Professional Deontology and why and to what extent it is binding; and specifically to reflect on whether it should be understood as applied critical Ethics or as social morality of particular professional groups.

Key words: *Professional Deontology - Legal Ethics - Lawyers - Quota litis - Contingent fees.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA SITUACIÓN NORMATIVA DEL PACTO DE QUOTA LITIS EN ESPAÑA.-3. LA DISPARIDAD DE CRITERIOS EN LA DEONTOLOGÍA COMPARADA.-4. EL DEBATE DEONTOLÓGICO Y SUS ARGUMENTOS. 4.1 *La contribución del abogado en la Administración de justicia.* 4.2 *Los deberes y derechos profesionales del abogado.* 4.3 *El interés del cliente.* 4.4 *La utilidad pública.*-5. EL PACTO DE QUOTA LITIS COMO PROBLEMA DEONTOLÓGICO.

1. INTRODUCCIÓN

Al tratar sobre los honorarios, el *Estatuto General de la Abogacía Española* (EGAE), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, dice en su artículo 44.3: «Se prohíbe en todo caso la cuota litis en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto». Esta definición del pacto de *quota litis* es similar a la contenida en el *Código deontológico de los abogados europeos*, aprobado en 1988 por el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE, por sus siglas originales en francés), cuya última modificación es de 2006, y que también lo prohíbe¹. Con todo, siendo similares, estas dos definicio-

¹ «By “*pactum de quota litis*” is meant an agreement between a lawyer and the client entered into prior to final conclusion of a matter to which the client is a party, by virtue of which the client undertakes to pay the lawyer a share of the result regardless of whether this is represented by a sum of money or by any other benefit achieved by the client upon the conclusion of the matter» (§ 3.3.2). [Por *pactum de quota litis* se entiende el acuerdo entre el abogado y su cliente concertado antes de la conclusión

nes difieren en un punto importante. La Abogacía Española reprueba que el abogado pacte percibir *únicamente* un porcentaje de lo que el cliente obtenga como resultado del asunto; con lo cual se objeta el pacto de no cobrar si no se gana, pero en principio se admite que los honorarios dependan del resultado siempre que en cualquier caso haya alguna retribución. En cambio, la Abogacía Europea rechaza sólo que los honorarios sean una porción de lo que el cliente obtenga, pero no objeta en principio que se acuerde no cobrar si no se obtiene nada (pacto *no win, no fee* o *no cure, no pay*, común en el Reino Unido), ni tampoco que los honorarios varíen en función de la cuantía del asunto, siempre que no sea en proporción directa de lo obtenido sino según reglas preestablecidas. Lo que en ambos casos se prohíbe, en definitiva, son los pactos de *quota litis* como son habitualmente practicados en los Estados Unidos de América, donde se conocen como honorarios contingentes (*contingent fees*); pero se toleran algunas formas de honorarios condicionales como las vigentes en el Reino Unido (*conditional fees*).

El estatuto deontológico del pacto de *quota litis* es polémico y merece ser estudiado por varias razones. En primer lugar, porque en España es dudosa ya su propia situación legal, y no sólo por la dificultad de precisar qué excluye el «sentido estricto» del pacto prohibido por el EGAE (¿incluye pactar como honorarios una cantidad cierta más un 10 % de lo que el cliente obtenga?). En segundo lugar, porque la consideración que merece el pacto de *quota litis* es muy distinta en unos países y en otros, lo cual invita a reflexionar sobre el carácter de las normas deontológicas: ¿son aplicaciones de una ética universal al ámbito profesional, en cuyo caso no debería haber disparidad de criterios en una misma profesión; o son más bien reglas locales propias de una ética relativista? En tercer lugar, porque la disparidad de pareceres en cuanto a la licitud del pacto de *quota litis* es también interna en cada país; lo cual contraría la apariencia de unidad que desprenden los firmes enunciados de los códigos deontológicos y sugiere que éstos no siempre pueden describirse como la expresión del sentir ético arraigado en la profesión. Y en cuarto lugar, en fin, porque el debate sobre si deben o no prohibirse los pactos de *quota litis* es rico en buenos argumentos y, por tanto, complejo y atractivo.

En este trabajo abordaré estas cuestiones. Examinaré la situación legal del pacto de *quota litis* en España (§ 2); daré cuenta brevemente de cómo se percibe en otros países (§ 3); y repasaré los argumentos

definitiva de un asunto en el que tenga intereses el cliente y en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al abogado una parte del resultado, sea éste una cantidad de dinero o cualquier otro beneficio que obtenga el cliente por la conclusión del asunto]. Según este *Código deontológico* «el abogado no podrá fijar sus honorarios sobre la base de un pacto de *quota litis*» (§ 3.3.1); el cual «no incluye el acuerdo por el cual los honorarios se determinarán en proporción al valor del asunto a cargo del abogado si se hace de conformidad con un baremo de honorarios aprobado oficialmente o con el control de la autoridad competente de la que dependa el abogado» (§ 3.3.3).

que se enfrentan, lo cual dará idea de la diversidad de reacciones que el pacto suscita en la doctrina (§ 4). Por último haré una reflexión sobre las implicaciones de esta polémica en el debate más general sobre la deontología de los abogados (§ 5).

2. LA SITUACIÓN NORMATIVA DEL PACTO DE *QUOTA LITIS* EN ESPAÑA

En España, como en muchos otros países europeos, el pacto de *quota litis* ha sido tradicionalmente objeto de censura profesional y de prohibición legal. Este reproche proviene ya del Derecho romano² y se reafirma en el *Fuero Juzgo*³ y en las *Partidas*⁴. Durante mucho tiempo la doctrina dominante sostuvo la nulidad de este pacto, ya sea por incurrir en el supuesto del artículo 1.459, regla 5.^a del Código Civil (prohibición de la compra de bienes litigiosos por abogado o procurador)⁵; o, sobre todo, por ser contrario a la moral e incumplir así uno de los límites impuestos por el artículo 1.255 del Código Civil a la libertad de pactos.⁶ En época reciente, el *Estatuto General de la*

² Ver *Inst.* 12.7.11 y *D.* 17.1.6.7. Puede verse un breve estudio histórico en AGUDO RUIZ (1997: 204 ss).

³ 2.3.7: «*El danno y el provecho del pleyto deven pertenezzer á aquel que metió el personero*»; es decir al «*sennor del pleyto*» y no a su abogado (*Fuero Juzgo*, edición facsimilar, Madrid, RAE, 1971, p. 31).

⁴ 3.6.14: «*Otrosí defendemos que ningunt abogado non sea osado de facer postura con el dueño del pleyto de resebir cierta parte de aquella cosa sobre que es la contienda*»; porque de otro modo haría cualquier cosa para ganar, «*quier á tuerto quier á derecho*», y porque se haría difícil encontrar abogado que no exigiese ese pacto (*Las Siete Partidas*, ed. de la Real Academia de la Historia, Madrid, Imprenta Real, 1807, II, pp. 440-441).

⁵ Doctrina citada por Alonso Pérez (1997: 393) y Martos Calabrús (1999: 1014). Pero ambas rechazan que este artículo afecte al pacto de *quota litis*, ya porque la cesión se produce en pago de un crédito y queda exceptuada por la propia regla (Alonso); o ya porque ni hay una compra o cesión a cambio de precio, ni suele transferirse el objeto sino sólo su valor (Martos). Se pronuncia en sentido estricto también la STS 811/1998, de 8 de septiembre.

⁶ Así lo estimaron, por ejemplo, las SSTS (Civil) de 12 de noviembre de 1956 y 10 de febrero de 1962. Martos (1999: 1022 ss.) sostiene decididamente que el artículo 1.255 del Código Civil limita el pacto de *quota litis*, «pues la autonomía privada de abogado y cliente no puede alcanzar, en virtud de este precepto, a la posibilidad de acordar una participación económica en el resultado del pleito como compensación al abogado». Según ella este pacto es nulo sobre todo por su inmoralidad, pero también «porque hay imposibilidad de ceder la acción (de hacer aportación de ella, en nuestro caso) cuando ésta es consecuencia de un derecho personalísimo» (*ibidem*: 1024); o porque si se trata de un contrato de sociedad y una de las partes se aprovecha de la otra, falta el interés común exigido por el artículo 1.666 Código Civil (*ibidem*). Veremos cómo la jurisprudencia reciente corrige esta opinión, pero en todo caso es indudable que los pactos de *quota litis* abusivos son nulos en virtud del artículo 1.255 Código Civil. En el mismo sentido, Martínez Megías y Rodríguez Monteys (1998: 36).

Abogacía Española de 1982⁷ conminaba en su artículo 56.1 *in fine*: «Queda expresamente prohibido el pacto de cuota litis». Con base en esta disposición y en los principios aceptados, los colegios de abogados aplicaron sanciones disciplinarias que en general fueron confirmadas por los tribunales⁸. En su mayor parte la jurisprudencia dio por sentado que los pactos de *quota litis* estaban prohibidos, de modo que lo que se discutía era si concurrían y eran relevantes en los casos juzgados⁹. Con todo, alguna sentencia avanzó un criterio distinto, contemporizando con la posibilidad de admitir la validez de algunos pactos de *quota litis*, criterio éste que parece abrirse cada vez más camino¹⁰.

La situación actual es más compleja e incierta. En principio rige lo dispuesto en el ya citado artículo 44.3 del vigente *Estatuto General de la Abogacía Española* (2001), según el cual «se prohíbe en todo caso la cuota litis en sentido estricto»¹¹. Apoyándose en esta norma y recogiendo el sentimiento tradicional de la profesión, el *Código Deontológico de la Abogacía Española*, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, en su versión inicial de 27 de septiembre de 2002 prohibió el pacto de *quota litis* en el artículo 16, que decía así:

⁷ Aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio; y derogado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

⁸ Así, la STS (Cont.-Adm.) de 9 de noviembre de 1988 da la razón al Colegio de Abogados de Barcelona en que el abogado no puede «en general, llevar a cabo acto alguno que implique “cuotas litis” pues siempre se ha entendido que constituye una falta contra la debida ética profesional» (FD 5.º). Más recientemente, la Sentencia del TSJ de Navarra núm. 550/2002 (Cont.-Adm.), de 6 de junio, mantiene la sanción acordada por el Consejo General de la Abogacía a un abogado que había pactado percibir honorarios «únicamente si se obtiene el resultado positivo que se pretende»; y expresa que el pacto de *quota litis* «está totalmente prohibido, no pudiendo confundirse con pactos de participación parcial en el resultado ventajoso del pleito» (FD 2.º). Esta sentencia fue confirmada por STS (Cont.-Adm.) de 18 de octubre de 2006.

⁹ SSTS (Civil) 617/1993, de 10 de junio; 403/1996, de 24 de mayo; 542/1998, de 30 de mayo.

¹⁰ La SAP Alicante 135/1998, de 27 de febrero, estimó válido el pacto de una Caja de Ahorros con un abogado según el cual éste cobraría «en proporción a la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias reclamadas en cada procedimiento», frente al criterio de la sentencia de instancia y del propio abogado, quienes afirmaban que se trataba de un pacto de cuota litis nulo en virtud del artículo 56.1 EGAE. La Audiencia considera que el pacto es válido entre las partes en el orden civil, aunque pueda ser contrario a normas administrativas y conllevar consecuencias en este orden (disciplinarias), porque no hay perjuicio ni para las partes ni para el interés público. Esta sentencia fue confirmada por la STS 357/2004 (Civil), de 13 de mayo, que será comentada más adelante. En sentido similar: SAP Ciudad Real de 25 de octubre de 2000 [FD 3.º: «existe controversia con relación a la licitud de los posibles pactos de honorarios de Letrado (cuota litis) y que son muy corrientes en la práctica, sin embargo no hay que olvidar que nuestro vigente Código Civil y el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico adaptado a la normativa comunitaria permiten la libertad de pacto en todas las relaciones jurídicas»]; SAP Madrid de 18 de diciembre de 2000; SAP Alicante de 25 de octubre de 2001; SAP Madrid de 22 de abril de 2002.

¹¹ Puede interesar que el Consejo de Estado, en sus informes (de 14 de enero de 1999 y 20 de enero de 2000) sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el EGAE no se pronunció sobre la prohibición de la *quota litis*.

Artículo 16. *Cuota litis*

1. Se prohíbe, en todo caso, la cuota litis, en sentido estricto, que no está comprendida en el concepto de honorarios profesionales.

2. Se entiende por cuota litis, en sentido estricto, aquel acuerdo entre el abogado y su cliente, formalizado con anterioridad a terminar el asunto en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al Abogado únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma dinerada o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por el asunto.

3. No es cuota litis el pacto que tenga por objeto fijar unos honorarios alternativos según el resultado del asunto, siempre que se contemple el pago efectivo de alguna cantidad que cubra como mínimo los costes de prestación del servicio jurídico concertado para el supuesto de que el resultado sea totalmente adverso, y dicha cantidad sea tal que, por las circunstancias concurrentes o las cifras contempladas, no pueda inducir razonablemente a estimar que se trata de una mera simulación.

4. La retribución de los servicios profesionales también pueden consistir en la percepción de una cantidad fija, periódica, o por horas, siempre que su importe constituya adecuada, justa y digna compensación de los servicios prestados.

Sin embargo, ambos preceptos del *Estatuto* y del *Código Deontológico* contrarios al pacto de *quota litis* han sido impugnados, con resultados diversos. El primer contratiempo provino de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 26 de septiembre de 2002, ante la denuncia de que el citado artículo 16 del Código Deontológico incurría en las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)¹². El TDC consideró que, efectivamente, aquel artículo «prohíbe que cualquier abogado acuerde con su cliente una remuneración por sus servicios jurídicos que no cubra sus costes», y ello infringe el artículo 1 LDC¹³. Esta Resolución adminis-

¹² La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, prohibía en su artículo 1.1 «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (...)». Esta redacción se conserva en la actual Ley 15/2007, de 3 de julio.

¹³ Lo infringe –señala– «al ser una decisión colectiva que tiene por objeto y efecto la fijación de honorarios mínimos de los abogados, impidiendo la determinación de los mismos mediante el acuerdo libre entre abogado y cliente». Lo cual «perjudica particularmente la entrada en el mercado de abundantes abogados que empiezan su carrera profesional y que, por ello, podrían estar más dispuestos, en general, que los abogados de solvencia profesional acreditada, a cobrar unos honorarios profesionales que no cubrieran sus costes cuando no ganasen los casos a ellos confiados». Por otra parte el TDC advierte que el artículo 16 del Código Deontológico admite en realidad la *quota litis*, «aunque sólo en el supuesto de que el abogado gane el caso, no cuando lo pierda». En contraste, un voto particular defiende la validez de la norma denunciada con el argumento, entre otros, de que trata de evitar pactos que podrían dar lugar «a una

trativa fue anulada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Cont.-Adm., Sec. 1.ª) de 27 de junio de 2005, con el argumento de que el artículo impugnado reproduce el artículo 44.3 del EGAE, que es una regulación de honorarios aprobada por normativa estatal no sujeta a la LDC ni al control del TDC. Sin embargo, la Resolución del TDC causó impacto¹⁴ y dio lugar a que el Consejo General de la Abogacía Española acordase el 10 de diciembre de 2002 suspender de vigencia y eficacia el artículo 16 del Código Deontológico, situación que se mantiene cuando se redactan estas líneas.

Otro momento decisivo lo supuso la Sentencia del Tribunal Supremo (Cont.-Adm.), de 3 de marzo de 2003, que resuelve el recurso interpuesto por varios abogados de Elche contra el Real Decreto que aprobó el EGAE. Entre sus alegaciones estaba la nulidad del artículo 44.3 EGAE por razones de procedimiento y de fondo, entre ellas que infringe el artículo 1 LDC. La Sentencia (FD 9.º) razona que «dentro de nuestro sistema jurídico la actividad del abogado ha sido calificada con uniforme reiteración como un supuesto del contrato de arrendamiento de servicios, con las modulaciones y especialidades derivadas de que esta figura contractual se desarrolla en el delicadísimo ámbito de auxiliar o cooperador esencial de la Administración de Justicia»; lo cual «excluye en nuestro sistema la idea de convertir al abogado en titular de un contrato de obra o de empresa, en el que su papel de prestador de un servicio esencial para el correcto funcionamiento del poder judicial del Estado lo convierta en exclusivo financiador del riesgo que siempre implica la decisión de iniciar un proceso, pudiendo llegar así a comprometer implícitamente su independencia de criterio al asesorar al cliente, al hacer pasar a primer plano no el riesgo de éste, sino el asumido personalmente por él». Y, de acuerdo con esto, concluye que «la mínima restricción a la libre competencia que supone la prohibición del pacto de cuota litis en sentido estricto halla suficiente respaldo legal en que su admisión no es que atentase a la dignidad de la Abogacía, sino que sobre todo desdibujaría el concepto mismo de tal actividad profesional y no respetaría debidamente los derechos de los particulares, que en determinadas circunstancias podrían verse abocados a constituirse en meros instrumentos de la conducta empresarial de los abogados»¹⁵. No obstante, un voto particular de esta sen-

captación irregular de clientes y a actos de competencia desleal» y que alterarían «la naturaleza del servicio que el abogado presta» en la Administración de Justicia.

¹⁴ A favor (obviamente, por ser quien presentó la denuncia que motivó la Resolución del TDC): Mazón Costa (2002); y también Bercovitz Rodríguez-Cano (2002). En contra, con matices: Gómez Amigo y Cañabate Pozo (2002) y Medina Hernández (2003). Radicalmente en contra: CRESPO DE LARA (2003).

¹⁵ El razonamiento de esta Sentencia fue reproducido y aplicado por las SSTS (Cont.-Adm.), de 1 de junio de 2003 y 17 de diciembre de 2003, sobre nuevas impugnaciones del EGAE. También la invoca la SAP Alicante 481/2003, de 18 de septiembre, que confirma la ilegalidad de un pacto de *cuota litis*.

tencia argumenta que el artículo 44.3 EGAE no respeta como debería la LDC y la libertad de pactos¹⁶.

En este contexto polémico, la jurisprudencia se torna dubitativa. Algunas sentencias se pronuncian por la nulidad del pacto de *quota litis*¹⁷, y otras se inclinan por su validez¹⁸. Por la validez se decanta también el Tribunal Supremo en su importante Sentencia 357/2004 (Civil, Sec. 1.ª), de 13 de mayo. El TS razona (FD 4.º) que «la prohibición de los pactos de cuota litis (...) no aparece en texto legal alguno, siendo establecida únicamente en el citado precepto [art. 56.1] del Estatuto de la Abogacía»; de modo que una eventual sanción estatutaria «tendría una trascendencia exclusivamente limitada al ámbito corporativo, circunstancia que impide entender que en el caso que nos ocupa los litigantes hubiesen llegado a establecer una cláusula o condición contraria a las Leyes, a la moral o al orden público»¹⁹. Con esta Sentencia se

¹⁶ En su voto particular, el Magistrado J. E. Peces Morate considera un contrasentido que el EGAE y los Códigos Deontológicos «continúen prohibiendo un modo de retribuir los servicios profesionales de los abogados que es comúnmente admitido y que (...) no sólo no afecta a su independencia, sino que favorece la efectividad del derecho a la tutela judicial y garantiza la libre competencia». Además entiende que el artículo 44.3 EGAE «admite el pacto de cuota litis, si bien no autoriza las últimas consecuencias de tal pacto, con lo que, en definitiva, incurre en la exigencia, cuestionada por los demandantes, de establecer unos honorarios mínimos». Comparte la argumentación del voto particular, y sostiene que el artículo 44.3 EGAE es nulo, Vaquero Pinto (2005: 251).

¹⁷ La SAP Alicante de 18 de septiembre de 2003 declara la nulidad de un pacto de *quota litis* por el cual el abogado «pretendía el cobro desmesurado de honorarios», consistente en «un porcentaje fijo del 20 % del total de la indemnización a percibir en su día por su defendido». La SAP Zaragoza 42/2004, de 27 de enero, sostiene que «será preciso interpretar el acuerdo “abogado-clientes” en el sentido de que como mínimo habrán de cubrirse los gastos o costes fijos de prestación del servicio» (FD 3.º). Del mismo parecer es la SAP Bizcaia 30/2005, de 12 de enero. Según la SAP Asturias 114/2005, de 29 de marzo, el pacto de *quota litis* estricto «pone en riesgo la independencia y la libertad del abogado que deja de ser defensor para convertirse en socio de su cliente en pos de un resultado material, lo que, además de adular la función de la defensa, provoca el desamparo o discriminación de los ciudadanos que han de reivindicar derechos de escasa entidad patrimonial o cuya tutela resulta dificultosa, y además supone perjuicio para los restantes abogados que ven vulnerada la competencia a través de conductas desleales». Este reproche lo repite la SAP Asturias 86/2006, de 2 de marzo; y se reitera la nulidad en SAP Barcelona 496/2005, de 15 de septiembre; y SAP Valencia 207/2006, de 31 de marzo.

¹⁸ La SAP Madrid 460/2004, de 24 de marzo, se pregunta por la validez de un pacto de *quota litis* y observa (FD 5.º) que «en la jurisprudencia civil, al menos en la más moderna, no es posible encontrar pronunciamientos en que apoyar la nulidad pretendida» y que, polémicas aparte, «no hay que olvidar que nuestro vigente Código Civil y el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico permiten la libertad de pacto en todas las relaciones jurídicas, incluidas las de arrendamiento de servicios como las que prestan los profesionales de la abogacía», de modo que dicho pacto será válido, como sostiene que sucede en el caso de autos, si no viola alguna ley ni es contrario a la moral.

¹⁹ Para algunos esta sentencia «ha dado vía libre al pacto de cuota litis» (Bercovitz, 2004) o por lo menos supone su «definitiva y total validez civil» (López de la Peña, 2004). Otros se muestran más cautelosos (Salas 2004) o dudan que la ilicitud sea sólo corporativa (Vaquero, 2005). En todo caso, la sentencia, que confirma la citada SAP Alicante de 27 de febrero de 1998, liga su razonamiento al supuesto de

afianza la línea favorable a la validez en el orden civil de los pactos de *quota litis*, ya iniciada por algunas Audiencias Provinciales²⁰.

Así las cosas, la situación legal del pacto de *quota litis* en España es hoy bastante imprecisa. Seguramente la tesis con más fundamento es que 1) desde el punto de vista Civil el pacto es válido si no es abusivo, pues ya no se considera en sí mismo contrario a la ley ni a la moral en el sentido del artículo 1.255 del Código Civil²¹; 2) desde el punto de vista administrativo el pacto es ilícito y sujeto a sanción disciplinaria, pues infringe el artículo 44.3 EGAE, cuya validez ha sido confirmada; y 3) desde el punto de vista de la interpretación práctica de las normas corporativas, el pacto sólo es perseguible cuando puede suponer que los honorarios sean inexistentes o excesivos, pero no por el hecho de vincularlos al resultado del asunto²². Aunque en teoría la

hecho que estudia –un pacto de *quota litis* entre una Caja de Ahorros y un abogado para una relación continuada–; pues el TS considera que «nadie ignora que este sistema de retribución de los servicios del abogado viene siendo comúnmente admitido en el ámbito de las relaciones entre determinadas entidades (especialmente las financieras) y sus Letrados externos» como fórmula que interesa a ambos, por lo que ni perjudica al cliente ni a otros abogados (FD 4.º).

²⁰ Apoyándose en ella, la SAP Barcelona 275/2006, de 9 de mayo, afirma que el pacto de *quota litis* «constituye una prohibición estatutaria pero no es contrario a la Ley si, como acontece en este juicio, las partes aseguran el pago de los honorarios mediante este sistema. Las partes lo establecen libremente (art. 1.256 del Código Civil)». En sentido similar, SAP Madrid 317/2006, de 6 de junio [FD 7.º: «sólo en el supuesto de apreciarse un vicio de consentimiento en alguna de las dos partes, será posible declarar la nulidad del pacto, situación que no se da en el caso de autos»]; SAP Madrid 413/2006, de 29 de junio; y SAP Madrid 431/2006, de 17 de julio [FD 3.º: «La cuestión se centra en si ese pacto puede o no violar alguna Ley, que es la limitación que en tal sentido impone el artículo 1.255 del Código Civil, y es claro que ninguna se viola»]. Asimismo la SAP Barcelona 693/2006, de 15 de diciembre, declara (FD 2.º): «Si el abogado asume los costes de gestión y no se beneficia torticeramente de su cliente, el pacto es válido así, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, en las relaciones de los abogados con las entidades financieras». Más sorprendente es la SAP de Cáceres 203/2007, de 16 mayo, que reafirma la validez civil del pacto de *quota litis*, pero considera que no lo hubo en el caso porque se pactó que el Letrado «no percibiría honorarios si el recurso no prosperaba, como así sucedió».

²¹ La SAP Guadalajara 232/2004, de 8 de octubre, realiza un ponderado ejercicio de reflexión sobre el problema de la validez del pacto de *quota litis*. Su punto de partida es la STS de 1 de junio de 2003 según la cual la prohibición goza de suficiente respaldo legal. Ahora bien, razona (FD 2.º) que existe una línea jurisprudencial que sostiene que el incumplimiento de normas administrativas, como el EGAE «no vicia de nulidad los contratos civiles que siguen siendo vinculantes sin perjuicio de las consecuencias que se deriven en el orden normativo y disciplinario correspondiente». Con todo –añadiría en algunos casos fundamentar la nulidad del convenio de *quota litis* en su oposición a la moral y buenas costumbres, «en los supuestos en que la aplicación del pacto de cuota litis, válido en principio desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad, dé lugar a unos honorarios notoriamente desproporcionados respecto de los que serían exigibles conforme a las normas orientadoras»; pues «el régimen de libre mercado no significa dar carta blanca para quien ocupe una posición predominante».

²² No obstante, algún pronunciamiento reciente extiende la ilicitud corporativa al ámbito civil. Así, el Auto de la AP de Madrid 153/2007, de 2 de julio, afirma (FD 2.º) que «el inveterado principio de interdicción de la llamada “cuota litis” excluye la

prohibición del pacto de *quota litis* sigue vigente, el alcance y efectos de esta prohibición son cada vez más discutidos y más reducidos²³.

3. LA DISPARIDAD DE CRITERIOS EN LA DEONTOLOGÍA COMPARADA

Hemos visto que la actitud hacia el pacto de *quota litis* y la interpretación de las normas sobre la materia no es ni estable ni uniforme en España. Pues bien, lo es incluso menos en el panorama internacional si comparamos los criterios que rigen en distintos países. En efecto, mientras que en Europa en general se ha venido rechazando y prohibiendo, en Estados Unidos ha sido admitido y es asiduamente practicado desde hace años, y en Hispanoamérica se admite con algunas reticencias. En esta sección recogeré algunos datos al respecto.

En Europa el rechazo del pacto de *quota litis* está extendido, al menos en la teoría y con referencia a una definición estricta del mismo. Su prohibición es expresa en el *Código deontológico de los abogados europeos* ya citado y –según la explicación que lo acompaña– refleja la idea común de que dicho pacto «es contrario a la correcta administración de justicia porque estimula la litigación especulativa y es susceptible de abusos», pero no pretende impedir que los abogados sean pagados «según los resultados o sólo si la acción o el asunto tienen éxito», siempre que se haga con suficiente regulación y control²⁴. El rechazo histórico mayoritario ha venido reflejándose de forma diversa en los distintos países, pero hay muestras de que está quebrando²⁵.

adecuación de la retribución de los abogados al concreto valor de lo reclamado como criterio exclusivo, pues ello conduciría a la inaceptable consecuencia de frustrar el derecho a una retribución digna del trabajo en los asuntos de escasa incidencia económica». Vaquero (2005: 262-265) propone interpretar el artículo 6.3.º Código Civil de modo que la infracción del EGAE no determina automáticamente la nulidad del contrato, el cual debe someterse a las normas del Derecho privado pero evitando que su nulidad aproveche a quien la crea.

²³ La tendencia actual es hacia la permisividad del pacto de *quota litis* (Aparisi, 2006: 312). Las impugnaciones y críticas a la prohibición muestran que hoy el rechazo no es en absoluto unánime (Vaquero, 2005: 249); y la realidad se impone en ámbitos del ejercicio de la abogacía como el laboral, donde este pacto es una práctica habitual (Tárraga Poveda, 2003). Muestras de la actual tendencia son la amplitud de lo que el artículo 16 del Código Deontológico excluía de la modalidad prohibida, y la propia suspensión de vigencia de este artículo.

²⁴ Por tanto este Código admite el pacto de no cobrar si no se gana, prohibido en España por el artículo 44.3 EGAE.

²⁵ La admisión parcial en algunos países como Finlandia o Grecia (Martínez Val, 1999: 252), el permiso expreso en otros de Europa central como Croacia y Eslovenia (Goldstein, 2002: 59), y sobre todo la admisión de honorarios condicionales en los sistemas jurídicos del Reino Unido, son excepciones importantes. En general la actitud está cambiando. En una reunión de abogados auspiciada por el Consejo de Europa en 1997 se concluyó que los pactos de *quota litis* «no son en general aprobados por los Colegios en donde hay un sistema efectivo de asistencia jurídica gratuita»,

En Austria el pacto de *quota litis* está prohibido por el Código Civil; y en Alemania se prohíbe por reglamento y es considerado nulo por la jurisprudencia federal (según Martos, 1999: 1012 y 1013). Lo prohíben también Bélgica y Dinamarca, salvo en los casos que el CCBE autoriza; y Holanda, que lo admite asimismo para el cobro de morosos (según Campagne, 1994: 104, 111 y 183). En Francia está prohibida por ley la *quota litis* entendida como remuneración *únicamente* en función del resultado²⁶. En Italia el Código Civil prohibía todo pacto relativo a los bienes litigiosos, pero una reforma de 2006 dio paso a una prohibición deontológica más matizada²⁷. La situación en el Reino Unido es más original y varía algo según el tipo de abogado (*solicitor, barrister / advocate*) y la jurisdicción (Escocia o Inglaterra y Gales). En líneas generales, para asuntos donde no intervenga tribunal o árbitro se permite el pacto de *quota litis* estricto, por el cual el abogado sólo percibirá un porcentaje de lo que su cliente obtenga. En esta modalidad de honorarios, que se denominan *contingentes* (*contingent fees*), no hay remuneración si no se obtiene nada (*no win, no fee*). Y en algunos casos litigiosos civiles desde 1995 se permite pactar que los honorarios sean *condicionales* (*conditional fees*); que suelen consistir en una retribución de costes o por las horas trabajadas más un suplemento prefijado si el caso prospera.²⁸ En Portugal, en fin,

pero «pueden ser aceptables donde no hay un sistema financiado por el Estado»; y que «debería considerarse la adopción de un sistema de honorarios que pudiera tener en cuenta los resultados de los casos y usar incrementos de honorarios que no suponga que el abogado reciba un porcentaje de la cantidad obtenida». [Ponencia por Mullerat (1997: 55-65); conclusiones citadas en las *Actas* que la recogen, p. 159].

²⁶ El artículo 10 de la Ley 71-1130, de 31 de diciembre de 1971, modificado por la Ley 91-647 de 10 julio de 1991, prohíbe establecer honorarios que sólo guarden relación con el «resultado judicial», pero permite acordar que se remunere la prestación y haya honorarios complementarios «en función del resultado obtenido o del servicio ofrecido». Inicialmente se interpretó que la prohibición afectaba sólo a las actividades *judiciales* del abogado, pero la jurisprudencia posterior la extendió a todas (Tandeu de Marsac, 2007: 13). Sobre honorarios, pero sin referencia directa al pacto de *quota litis*, trata el artículo 10 del Decreto 2005-790, de 12 de julio de 2005, sobre las reglas deontológicas de la profesión de abogado, modificado por Decreto 2007-932, de 15 de mayo de 2007.

²⁷ El artículo 2.333 del Código Civil prohibía al abogado cualquier pacto con su cliente relativo a los bienes objeto de la controversia a su cargo. La Ley de 4 de agosto de 2006, n. 248, dio una nueva redacción a dicho artículo para facilitar la concurrencia, en el sentido de que «son nulos, si no se redactan de forma escrita, los pactos celebrados entre los abogados y los pasantes habilitados con sus clientes que establezcan retribuciones profesionales». Aunque persiste en el artículo 1.261 del Código la prohibición genérica de comprar bienes litigiosos, la modificación del artículo 2.333 despejó el camino para admitir los pactos de *quota litis*. De hecho el *Consiglio Nazionale Forense* aprobó el 14 de diciembre de 2006 una nueva redacción en el artículo 45 del *Código di Deontologia* (1997), que antes prohibía el pacto de *quota litis* (Goldstein 2002: 59) y ahora dice: «Se permite al abogado pactar con el cliente una retribución en función de la consecución de los objetivos perseguidos, sin perjuicio de la prohibición del artículo 1.261 del Código Civil y siempre que la retribución sea proporcionada a la actividad desarrollada».

²⁸ En el ámbito de Inglaterra y Gales, *The Solicitors' Code of Conduct* (2007) establece que no deben pactarse honorarios *contingentes* —«cualquier suma (sea fija o

el pacto de *quota litis* está expresamente prohibido, pero definido de modo muy estricto²⁹.

En los Estados Unidos los pactos de *quota litis* en la forma de honorarios contingentes (*contingent fees*) están plenamente aceptados, con ciertas salvedades, y de hecho son empleados habitualmente por los demandantes de daños personales³⁰. Suelen consistir en un porcentaje de la indemnización que en su caso se obtenga: típicamente un tercio si el asunto se zanja por acuerdo sin juicio, el 40 % si se gana tras un juicio y el 50 % si se gana tras un recurso³¹. Estos pactos están sujetos a condiciones y limitaciones en las normativas deontológicas, que varían de un Estado a otro. Es importante notar que estas

calculada como un porcentaje de lo obtenido o de otro modo) abonable sólo en el caso de éxito— por el trabajo de suscitar o defender asuntos litigiosos (regla 2.04). El abogado siempre debe evitar los conflictos de intereses entre su beneficio personal y lo que beneficia a su cliente (regla 3.01). Además no puede actuar con nadie que pida o reciba honorarios contingentes en relación a una muerte o a daños personales (regla 9.01). Los honorarios *condicionales* —según los cuales en caso de éxito el cliente paga los honorarios normales y un complemento pactado (pero no una parte del resultado), y en otro caso no paga honorarios (aunque pueden pactarse)— no se permiten en los asuntos penales ni en los de familia, pero desde 1998 sí en todos los demás asuntos civiles. Se rigen por la *Courts and Legal Services Act* de 1990 (reformada en este punto en 1999), que exige además que sean acordados por escrito (art. 58); y por los códigos de conducta (sobre todo por el de los *solicitors*, pues el de los *barristers* no dispone nada específico). Éstos prescriben complementos por éxito fijos en los casos de accidentes de tráfico y otros; y limitan los honorarios máximos y los complementos (que no pueden exceder el 100 % de los honorarios normales). En Escocia el pacto de *quota litis* está formalmente prohibido en el artículo 3.3 de las *Solicitors (Scotland) (Cross-Border Code of Conduct) Practice Rules* (2003); pero se permite a *solicitors* y *advocates* recibir honorarios especulativos (*speculative fees*) consistentes en una remuneración por horas sólo si no se pierde el caso (Rickman, 1995). El *Code of Conduct for Scottish Solicitors* (revisado en 2006), exige que los honorarios sean razonables (art. 6).

²⁹ El artículo 101 de la Ley 15/2005, de 26 de enero, que aprueba el *Estatuto de Orden de los Abogados* prohíbe a los abogados celebrar pactos de *quota litis*, entendidos de modo que los honorarios «dependan exclusivamente del resultado obtenido en el asunto» y consistan en una parte del resultado que el cliente obtenga; pero excluye de la noción «el acuerdo que consista en la determinación previa de la cantidad de honorarios, aunque sea en porcentaje, en función del valor del asunto confiado al abogado o por el cual, además de los honorarios calculados en función de otros criterios, se acuerde una mejora en función del resultado obtenido».

³⁰ Crystal (2000: 223). Estos acuerdos eran aceptados en la mayoría de los Estados a fines del siglo XIX y lo son en todos desde 1965 (Wolfram, 1986: 527). La facturación para los demandados es con más frecuencia por horas, pero existen honorarios contingentes inversos (la retribución es un porcentaje de la indemnización que se evita).

³¹ Según Emons (2000: 21). Según Crystal (2000: 224) es habitual una escala 25 %-33 %-50 %. Tan elevados porcentajes y la magnitud de algunas indemnizaciones producen en ocasiones honorarios desmesurados. Un caso llamativo resultó de la demanda planteada por algunos Estados contra empresas tabacaleras, que se zanjó con un acuerdo por el que éstas ofrecían una elevada indemnización. En diciembre de 1998 se dictaminó que a los abogados contratados por los Estados de Florida, Texas y Mississippi les correspondían \$ 8.200.000.000, de ellos \$ 3.300.000.000 para cinco abogados de Texas (*The New York Times*, 12 de diciembre de 1998).

reglas no son recomendaciones éticas –como pudiera dar a entender el nombre de la disciplina que las estudia, *Legal Ethics*–, sino verdaderas normas jurídicas que rigen la conducta de los abogados y son interpretadas y desarrolladas por los tribunales. Muchas normativas estatales se inspiran en las *Model Rules of Professional Conduct*, un código aprobado en 1983 por la *American Bar Association* (ABA), por lo que éstas deben ser el punto de partida para conocer la situación deontológica del pacto de *quota litis* en los EE.UU. Se admite y justifica sobre todo para facilitar el acceso a los servicios jurídicos de las personas sin recursos económicos; pero también cuenta con detractores, que lo relacionan con abusos y prácticas reprobables³². Los principales límites impuestos por las *Model Rules* figuran en la regla 1.5: los honorarios deben ser razonables y pueden ser contingentes respecto del resultado del asunto; pero este acuerdo «será por escrito firmado por el cliente y establecerá el método por el cual se determinarán los honorarios», incluyendo los porcentajes aplicables y los gastos que serán deducidos de la base del cálculo. Además, los honorarios contingentes están prohibidos en la defensa penal y respecto de la obtención de un divorcio o respecto de la compensación o contribución por alimentos que resulte³³. Los Estados suelen imponer estos límites y algunas reglas específicas, que sería prolijo enumerar³⁴.

La aceptación del pacto de *quota litis* es también común en Hispanoamérica, si bien tal vez con más prevenciones³⁵. En México se admite solamente si está «celebrado sobre bases equitativas»³⁶. En

³² En frase elocuente de Wolfram (1986: 528), su dudosa reputación se ganó «mediante una supuesta asociación con la persecución de ambulancias, el embaucamiento de jurados y la fabricación de demandas espurias».

³³ La última restricción se justifica sobre todo para favorecer la reconciliación en los casos de familia; y por tanto no es en principio aplicable a la demanda de contribuciones ya debidas (Wolfram, 1986: 138-541; Crystal, 2000: 230-231). La prohibición en los casos penales se ha defendido por el peligro de que el interés del abogado en el asunto corrompa la justicia; pero WOLFRAM (1986: 535 ss.) objeta que no hay diferencia con los casos civiles.

³⁴ Hay también algunas reglas federales aplicables, como las relativas a las quiebras (Wolfram, 1986: 542). Para conocer la regulación deontológica particular sobre los honorarios de los abogados en distintos Estados es muy útil la *American Legal Ethics Library* de la Universidad de Cornell: <http://www.law.cornell.edu/ethics/>. Con frecuencia se quiere evitar que el abogado perciba elevados ingresos por una gestión simple; y así los tribunales han denegado el tercio acordado respecto de una indemnización por seguro de \$ 26,373 resuelta sin pleito en una semana (Colorado), o han exigido que el abogado asuma un riesgo genuino (Connecticut).

³⁵ El *Código de Ética Profesional de la Abogacía Iberoamericana*, aprobado en 1984 en el VI Congreso de la UIBA, dice en la norma 47.2: «Como criterio general se considera al pacto de *quota litis* como poco digno para el decoro profesional y es inmoral cuando no guarda relación con la importancia del servicio profesional, dificultad del caso, o implique aprovechamiento indebido de la ignorancia, inexperiencia o necesidad del cliente». Ver comentario pormenorizado de Martínez Val (1996), ponente del texto.

³⁶ Artículo 36 del *Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana* (2006): «Solamente es admisible el pacto de cuota litis celebrado sobre bases equitativas,

Chile se afirma que «el pacto de cuota litis no es reprochable en principio»³⁷. Y en Perú se dice que «no es reprochable en principio»³⁸. También se acepta el pacto en otros países, como Japón y Filipinas (Martínez Val, 1999: 252).

4. EL DEBATE DEONTOLÓGICO Y SUS ARGUMENTOS

La discusión deontológica sobre si el pacto de *quota litis* debe permitirse o prohibirse es muy viva, y lógicamente guarda relación con la disparidad que hemos visto en cuanto a su calificación jurídica en España y su regulación en distintos países. En esta sección expondré los principales argumentos que maneja la doctrina a favor o en contra de admitir este acuerdo de honorarios. Los agruparé en cuatro bloques temáticos, que permiten percibir mejor la riqueza del debate. El preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española sirve bien como introducción: «La “cuota litis”, en cuanto asociación y participación con el cliente en el resultado del pleito, pone en riesgo la independencia y la libertad del abogado que deja de ser defensor para convertirse en socio de su cliente en pos de un resultado material, lo que, además de adulterar la función de la defensa, provoca el desamparo o discriminación de los ciudadanos que han de reivindicar derechos de escasa entidad patrimonial o cuya tutela resulta dificultosa»³⁹.

teniendo en cuenta la posibilidad de no percibir los honorarios con sujeción a las siguientes reglas: I). La participación del abogado nunca ha de ser mayor que la del cliente. II). El abogado se reservará la facultad de separarse del patrocinio o mandato, y del mismo modo se establecerá la facultad para el cliente de retirar el asunto al abogado y confiarlo a otro; (). III). Si el asunto se perdiere, el abogado no cobrará, excepto cuando se hubiere estipulado a su favor una suma razonable para cubrir los gastos». En cambio el artículo 3.3. del *Código de Ética del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México* (1997) prohíbe el pacto de *quota litis* en los términos del Código deontológico de los abogados europeos.

³⁷ Artículo 35 del *Código de Ética Profesional* del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile; que añade que «en tanto no lo prohíban las disposiciones locales, es admisible cuando el abogado lo celebra y escritura antes de prestar sus servicios profesionales sobre bases justas, siempre que se observen las siguiente reglas», semejantes a las del Código de la Barra Mexicana (ver nota anterior).

³⁸ Artículo 35 del *Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú* (1997). De no prohibirlo las disposiciones legales, «es admisible cuando el abogado lo celebra por escrito antes de prestar sus servicios profesionales sobre bases justas» y siempre que se observen unas reglas similares a las de México y Chile (notas *supra*).

³⁹ Ya se indicó que en diciembre de 2002 fue suspendido de vigencia el artículo 16 del Código, que prohibía la *quota litis* estricta pero no condicionar al resultado sólo una parte de los honorarios. Esta salvedad supuso sin duda una «suavización de la prohibición» (González Bilbao 2007: 240) y para Torre Díaz (2000: 338) es «deplorable». Pero MARTÍNEZ VAL (1996: 178) piensa que «realmente ningún autor mantiene la inmoralidad intrínseca de la *quota-litis*. Su inmoralidad se hace depender de ciertas circunstancias que, por ellas mismas, se la comunican». En 2003 el *VIII Congreso de la Abogacía Española* insistió en el reproche: «No es

Fuera de esta discusión deontológica quedan algunos elementos relevantes: la tradición histórica de la prohibición⁴⁰; la realidad de su práctica en muchos países y también en España; y, sobre todo, las dudas sobre su legalidad. El debate que nos ocupará ahora no versa sobre qué ocurre u ocurrió con la prohibición, sino sobre qué debe ocurrir.

4.1 La contribución del abogado en la Administración de justicia

El principal argumento a favor de permitir el pacto de *quota litis* es que contribuye a la tutela judicial efectiva, pues hace posible que puedan contratar abogados en defensa de sus intereses personas sin recursos económicos suficientes para proveer fondos por adelantado o para pagarles sus honorarios regulares a no ser que obtengan lo bastante del pleito⁴¹. Frente a este razonamiento se opone que en realidad el

admisibles el pacto puro de cuota litis, por ser una censurable manera de captación de clientela que en nada beneficia a quien lo hace, degrada la profesión y puede comprometer la independencia del abogado». (Ponencia I, conclusión 5.^a); «La independencia del abogado resulta gravemente afectada cuando mezcla sus intereses con los del cliente. Al mismo tiempo, como es propio del contrato de arrendamiento de servicios, el abogado tiene derecho a que éstos sean remunerados en todo caso. La llamada cuota litis quiebra los anteriores principios. De un lado, la independencia del abogado queda mermada al depender su remuneración sólo del éxito y, de otro, existe la posibilidad de una prestación gratuita lo que, desde luego, afecta a la competencia. (...). Cosa bien distinta es la denominada “prima de éxito”, compatible con el cobro de unos honorarios profesionales, que debe ser admitida. La admisión del pacto de cuota litis puro y, por tanto, la posibilidad de trabajar sin contemplar siquiera unos mínimos costes de prestación del servicio, perjudicaría grave y especialmente a los abogados más jóvenes –con ausencia de medios para hacer frente a dicha posibilidad–, beneficiando, sin embargo, a las grandes firmas y empresas de prestación de servicios jurídicos con una importante capacidad económica». (Ponencia IV, conclusión 3.^a). Estas conclusiones figuran como apéndice en GONZÁLEZ BILBAO (2007: 557-573).

⁴⁰ Pero relativizan el valor del juicio histórico BOCCARA (1984: 56), AMORÓS RICA (1984: 352) y TÁRRAGA (2003).

⁴¹ Pese a lo que sugiere el recién citado preámbulo del Código Deontológico español, el argumento tiene fuerza igualmente respecto de derechos de escasa entidad económica. El voto particular a la STS (Cont.-Adm.), de 3 de marzo de 2003, es muy expresivo en este punto: «la cuota litis es la única forma de que los ciudadanos puedan reclamar ante los tribunales de justicia pequeñas cantidades que les son debidas por terceros o que les han sido detraídas por vía de impuestos o de cualquier otra forma recaudatoria por las Administraciones Públicas, realidad que no requiere de más explicaciones por ser tan evidente que nadie promueve un pleito para reclamar una suma que va a resultar absorbida por los honorarios del letrado que le asista, sin que este argumento pueda enervarse con la invocación de los riesgos de incremento de la litigiosidad o de la posibilidad que los ciudadanos tienen de agruparse para ejercitar colectivamente sus acciones, porque ni esto es siempre factible ni los tribunales de justicia están exclusivamente para atender reclamaciones de gran cuantía o de singular trascendencia jurídica o social, dado que el acceso a la justicia no puede quedar condicionado al estatus económico y social de quien pretende el reconocimiento de un derecho, habiendo sido esta circunstancia la determinante del uso generalizado de

pacto beneficia al abogado⁴² y que son preferibles los sistemas de justicia gratuita⁴³; pero la solución no es sencilla. Por una parte, incluso existiendo mecanismos de asistencia jurídica gratuita cabe justificar el pacto de *quota litis* en cuanto permite la elección de abogado⁴⁴. Por otra parte, es posible que la diferencia en los modelos seguidos en Europa y los EE.UU. no sea sólo de instrumentación técnica sino que se deba a diferencias en las culturas jurídicas⁴⁵.

Los detractores del pacto de *quota litis* emplean como un argumento principal la idea de que el abogado cumple una función social en defensa de la justicia y no es sólo un defensor de los intereses de su cliente⁴⁶. Si el abogado somete sus honorarios a lo que resulte del pleito asume un interés propio y directo en éste y «traiciona su función de colaborador del juez en la administración de justicia»⁴⁷. A este

la cuota litis en sentido estricto en determinados y concretos ámbitos de la asistencia jurídica».

⁴² VIGORITI (2003: 37); TORRE DÍAZ (2000: 338).

⁴³ APARISI (2006: 309). MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ (1998: 33) denuncian la incompatibilidad de sistemas.

⁴⁴ Como apunta MAZÓN (2002: 7), «la cuota litis permite al cliente más desfavorecido económicamente el acceso a la justicia, sin tener que acudir al sorteo del turno de oficio». TÁRRAGA (2003) recuerda la práctica común en el proceso laboral —donde los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social cuentan por ley con asistencia jurídica gratuita y ni siquiera precisan letrado, pero es frecuente que contraten abogados con pactos de *quota litis*— y defiende que se acepte de derecho para los abogados de los trabajadores esta realidad de hecho, en aras de la tutela judicial efectiva y de la homogeneidad con los graduados sociales; pero defiende asimismo la necesidad de regular el pacto limitando el porcentaje del abogado en torno al 10%, primando las soluciones conciliadas y admitiendo el cobro de algunas actuaciones aún perdiendo el pleito. Incluso ROSAL (2007: 206), siendo contrario al pacto de *quota litis*, propone eximir de responsabilidad deontológica a los abogados laboristas que lo practican porque suelen hacerlo «con causa en una posición ética fundada en la solidaridad».

⁴⁵ Señala CRYSTAL (2000: 224): «La diferencia en actitud hacia los honorarios contingentes entre los EEUU y otras naciones refleja sistemas institucionales y factores culturales más profundos. En muchos otros países, se percibe la litigiosidad como un mal, mientras que en los EEUU la litigiosidad es a menudo un mecanismo para reclamar derechos importantes». Según GOLDSTEIN (2002:60), el diferente enfoque en los EEUU y Europa «refleja, al menos en parte, la inclinación de los EEUU por utilizar el sector privado para garantizar bienes públicos, y la preferencia tradicional europea por las soluciones basadas en el sector público».

⁴⁶ Así GRANDE YÁÑEZ (2006: 181-188). Como señala la SAP Alicante 135/1998, de 27 de febrero, hay un «interés público en que la actuación profesional del letrado no se vea directamente afectada por móviles económicos»; aunque sea una finalidad «sumamente discutible y más en las actuales circunstancias económicas y jurídicas». Para VIÑAS (1972: 336-337) «el abogado no debe perder de vista que la esencia de la profesión lo constituye en un servidor de la justicia y un colaborador de su administración y que el espíritu de lucro es extraño fundamentalmente a la actividad de la abogacía».

⁴⁷ MARTOS (1999: 1023). BERCOVITZ (2002) subraya este argumento. Según VIGORITI (2003: 31) en Italia con la prohibición del pacto «sobre todo se quiere preservar la función jurisdiccional contra la contaminación que podría derivar de actuaciones defensivas viciadas por un interés personal. Se postula también una precisa

importante argumento se objeta que la función del abogado no es velar por la justicia en abstracto, sino defender a su cliente⁴⁸. El punto de vista que se adopte sobre esta cuestión determinará en gran medida el parecer sobre si el pacto de *quota litis* debe prohibirse o permitirse, y tiene a su vez mucho que ver con la cultura jurídica de cada país: en los EEUU predomina una visión del abogado muy comprometido con su cliente (*zealous advocacy, adversary system*), mientras que en Europa se espera cierta independencia y colaboración con la Administración de justicia⁴⁹.

4.2 Los deberes y derechos profesionales del abogado

Entre los puntos fuertes de quienes atacan la prohibición legal o deontológica del pacto de *quota litis* está que la libertad de fijación de honorarios es una expresión más de la libertad de pactos que no hay razón para sustraer a los abogados y a sus clientes⁵⁰. La libertad para

concepción del rol a desempeñar por el abogado, que si bien en una primera aproximación se vincula con la defensa de los derechos de la persona, ello no excluye que, además, contribuya también a la actuación del ordenamiento jurídico en orden a la impartición de la justicia». A su juicio este pacto «termina por “empañar” las opciones procesales, dando a las mismas la desagradable apariencia de la conveniencia personal» (*ibidem*: 32); pero cree que «la batalla a favor de la prohibición de la cuota litis está destinada a ser perdida», porque «la concepción del abogado como portador ante todo de valores inmateriales, está cediendo a las presiones de las exigencias empresariales de la profesión». (*ibidem*: 37).

⁴⁸ Para TÁRRAGA (2003) «la función de defensa letrada consiste en defender al cliente y no al contrario. Reforzar esta función con un premio no la adultera, sino que la refuerza y mucho más si sólo se cobra cuando se vence». MAZÓN (2002: 6) ironiza que no ve al Consejo General de la Abogacía Española «pidiendo la instauración de una seguridad social de abogados al modo que existe en la medicina».

⁴⁹ RUESSCHEMEYER (1973: 134) cree que está en juego «(1) si debe reforzarse la independencia profesional y el papel “desinteresado” del abogado o puede admitirse cierto debilitamiento; (2) si debe subrayarse, directa y también simbólicamente, el “honor y dignidad” de la profesión, especialmente su particularidad frente al mundo empresarial (...); y (3) si hay alguna alternativa a los honorarios contingentes para proporcionar servicios jurídicos a los pobres y a las personas de escasos recursos». A su juicio, en EEUU el principio acusatorio en el proceso y el *ethos* general «toleran una mayor medida de identificación con la causa del cliente»; se considera esnobismo o incluso peligrosa la defensa del «honor y dignidad» de grupos diferenciados por nacimiento, educación u ocupación; y la *quota litis*, más que en Alemania, hace posible que sean defendidas pretensiones legítimas que de otro modo serían abandonadas debido a la pobreza de sus titulares.

⁵⁰ Para CASADO COCA (1986: 8) la prohibición ataca «el principio básico de la libertad de pactos que no contradigan el orden público, la moral, las buenas costumbres». CAMPAGNE (1994: 440) defiende la «libre competitividad» frente a los límites al pacto de cuota litis. En la libertad de pactos insistió la Resolución del TDC de 26 de septiembre de 2002 citada. TÁRRAGA (2003) señala que en la Ley de Colegios Profesionales «no hay ninguna delegación para prohibir pactos como el de cuota litis, lo que podría violentar la libertad de los contratantes de servicios jurídicos»; y cree que la prohibición puede contravenir el principio de libertad, tanto en su versión constitucional (art. 1.1 y 9.2 CE) como en su versión civil (art. 1255 Código Civil).

fijar los honorarios está reconocida en España por el artículo 44 EGAE, pero choca con la prohibición específica del pacto de *quota litis* en el mismo artículo. Esta prohibición parece ir en contra de los principios del Derecho español y comunitario, que favorecen la libertad contractual y de precios en un mercado abierto a la competencia, aunque también admitan restricciones para evitar los abusos y proteger el interés general⁵¹. En la medida en que no haya abusos ni disfunciones significativas, sino un acuerdo que en principio interesa a ambas partes, no habría razón para prohibir el pacto de *quota litis*. Pero este argumento liberalizador no convence a quienes creen que asume equivocadamente una idea del abogado como un empresario que participa en un mercado regido por la libertad de empresa⁵².

En sentido inverso se argumenta que la renuncia a los honorarios en caso de perder el pleito genera competencia desleal y por tanto debe prohibirse⁵³. Frente a esto se señala que precisamente la prohibi-

⁵¹ La ya citada SAN (Cont.-Adm.) de 27 de junio de 2005 razonó que el CGAE, al prohibir la *quota litis* estricta en el Código Deontológico, estaba autorizado por las normas españolas y comunitarias sobre defensa de la competencia. VÁZQUEZ ALBERT (2002: 208) explica que la justificación económica de regular una actividad profesional restringiendo la competencia es evitar que se reduzca la calidad de los servicios por fallos en el mercado debidos a asimetrías informativas (el cliente no sabe evaluar la calidad del servicio profesional, de modo que lo elige por el precio y así desincentiva que se atienda a la calidad) o a externalidades (la prestación de servicios puede generar efectos sobre terceros, especialmente si es una actividad con trascendencia pública como la abogacía). Según expone (*ibidem*: 212, 216), debe primar el principio *pro libertate*; y las restricciones a la libre competencia deben someterse a una interpretación estricta y ser necesarias y proporcionales para garantizar la calidad de los servicios profesionales, teniendo en cuenta los beneficios de la libre competencia. Sobre la cuestión ver también MORENO LISO (2004) y VAQUERO (2005: 254 ss.), quien recuerda que, según los principios comunitarios, las normas restrictivas de la competencia al regular los servicios profesionales deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad y justificarse por la asimetría informativa, las externalidades, o el carácter de bien público de los servicios. VIGORITI (2003) también destaca la orientación hacia la libre competencia de la jurisprudencia comunitaria.

⁵² Para MEDINA HERNÁNDEZ (2003: 67-68) los profesionales liberales colegiados no pueden ser equiparados a empresarios sujetos a los principios de la competencia, pues son colaboradores de la Administración de Justicia y en su actividad profesional «priman valores no exclusivamente patrimoniales, como la fama, el prestigio, la experiencia y el “buen hacer” profesional». TORRE DÍAZ (2000: 340) alerta contra la mercantilización: «El dilema es si los criterios del mercado deben aceptarse en ciertas esferas de la abogacía mercantilizándola o si debemos seguir la tradición europea de cierto honor y dignidad de la profesión que impide ciertas conductas como el pacto de cuota litis o ciertas formas de publicidad más cercanas a la empresa que al servicio de la justicia. Nosotros nos inclinamos, por las razones antes expuestas, a considerar tal pacto profundamente injusto».

⁵³ MARTOS (1999: 1023). MEDINA (2003: 72) contesta «la obsesión por la liberalización absoluta de precios» y advierte que si un grupo de jóvenes abogados ofertara durante cierto tiempo la gratuidad de sus servicios «terminarían dañando al mercado y a los restantes operadores, pues evidencian comportamientos desleales decididamente contrarios a la libre competencia». MEDINA señala que la rebaja de precios podría llevar a una «infravaloración de los servicios profesionales, e indirectamente, una progresiva pérdida de su calidad» (*ibidem*: 73); y provocar comporta-

ción es un obstáculo a la libre competencia, porque impide abrirse paso a nuevos abogados que estarían dispuestos a condicionar sus honorarios al éxito para competir con firmas ya asentadas⁵⁴.

A favor de prohibir el pacto de *quota litis* se alega con frecuencia su colisión con los deberes de independencia, libertad e integridad nucleares en la deontología del abogado. Se razona que mediante dicho pacto el abogado se asocia con su cliente y asume los intereses de éste como propios, lo cual socava su libertad de actuación.⁵⁵ A esto se objeta que tal acuerdo no tiene por qué comprometer la independencia del abogado.⁵⁶ También se invocan como motivo de prohibi-

mientos restrictivos de la competencia como el abuso de posición de dominio en una pequeña localidad por parte de una firma o bufete que ofrezca precios que sus competidores no pueden asumir (*ibidem*: 76). Ver también las conclusiones del VIII Congreso de la Abogacía Española citadas en nota 39.

⁵⁴ Ver la Resolución del TDC de 26 de septiembre de 2002, citada (FD 6.º). Coinciden con su argumentación BERCOVITZ (2002), TÁRRAGA (2003) y VAQUERO (2004).

⁵⁵ MARTOS (1999: 1019-1020) señala que tras el pacto abogado y cliente comparten el mismo fin y son consortes, lo cual no excluye que también haya contraposición de intereses entre ambos. TORRE DÍAZ (2000: 339) es elocuente: «El pacto hace que el abogado pierda su independencia. El pacto convierte al abogado en un mercader (...). A través del pacto de cuota litis el abogado adquiere interés directo y cierto en el pleito y esto puede hacerle desviarse en los fines y medios del objetivo de la justicia por la posible codicia del letrado». Para GÓMEZ y CAÑABATE (2002) la protección de la ética y la competencia profesional «únicamente son posibles si se impide que el abogado tenga participación en el resultado del pleito, confundiendo sus intereses con los del cliente». Lo cual «debería llevar a prohibir no sólo el pacto de cuota litis en sentido estricto, sino todo pacto de cuota litis». Para MEDINA (2003: 79) la *quota litis* estricta (o se gana o no se cobra) «compromete seriamente (...) la independencia del abogado, y lo hace especialmente en cuanto éste actúa como servidor público de la justicia, sujeto a mandatos éticos, deontológicos, de base histórica y jurisprudencial, que necesariamente debe conjugar con el interés particular de su patrocinado». También se refiere a este argumento APARISI (2006: 310). Y ROSAL (2007: 208) señala que la «industria del pleito», en la que se busca litigar como negocio por medio de pactos de *quota litis* del 30 % ó 50 %, «ya no se trata de una infracción contra la dignidad de la profesión, sino contra el principio general de integridad consagrado en el artículo 4 del CD, destinado a preservar la lealtad con el cliente y con la función de la defensa y su finalidad en relación con la Justicia y su Administración».

⁵⁶ ALONSO PÉREZ (1997: 397) cuestiona que con el pacto el abogado pierda necesariamente su independencia y objetividad, y añade: «Además, las leyes procesales permiten a un abogado postular por sus propios intereses o por los de sus familiares, y en estos casos no se considera ni inmoral, ni contrario al orden público la falta de independencia u objetividad del prestador del servicio jurídico respecto al litigio». Según ella, la objetividad «no la proporciona al abogado la falta de participación económica en el asunto –que indudablemente la tiene aunque no concierte un pacto de cuotalitis–, sino los conocimientos jurídicos específicos sobre los cauces legales por medio de los cuales lograr la pretensión del particular prestatario. Esto es lo que establece la diferencia entre el apasionamiento del particular y la objetividad del profesional. La forma de determinar los honorarios no incide necesariamente en esa independencia. Y, en cualquier caso, esto último sería lo reprochable, no la existencia del pacto». MAZÓN (2002: 6) apunta que el pacto no merma la independencia: «Más bien todo lo contrario, pues al no recibir honorarios del cliente durante el proceso el abogado goza de una más sólida posición de independencia para defender el asunto según

ción los principios deontológicos de corrección y desinterés (Lega 1983: 127). En contraste, hay quien defiende el pacto como un modo de premiar la productividad⁵⁷.

Otra razón frecuentemente aducida para prohibir los pactos de *quota litis* por los cuales el abogado sólo cobrará en caso de éxito (y en función de éste) es que con ellos se desprecia el trabajo del abogado y por tanto la dignidad de la profesión, puesto que no se valora la tarea realizada sino sólo el resultado obtenido. Se reclama, para dignificar la profesión, que sea obligatorio pagar y cobrar honorarios, en la cuantía que corresponda⁵⁸. Desde una perspectiva histórica llama la atención este argumento, pues la noción de *honorarios* sobrevino como un modo de retribuir una labor que se consideraba esencialmente gratuita y no sujeta al *salario* propio del arrendamiento de servicios⁵⁹. Pero lo cierto es que autores partidarios de admitir la *quota litis* acogen este reparo, y consideran que cabe exigir el cobro de honorarios mínimos⁶⁰. Otros, en cambio, ven razonable cobrar sólo en caso de éxito, por la obra y no por el servicio.

mejor crea». PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI (2002: 155 y 138) se muestra escéptico respecto del argumento de la independencia, aunque en general se pronuncia contra la «adquisición de intereses personales en el pleito». TÁRRAGA (2003) señala que «la independencia y la libertad del abogado están al servicio de la pretensión de su defendido, el abogado se debe a su cliente» y «el pacto de cuota litis refuerza la vinculación de la libertad y la independencia del letrado al triunfo de su defensa; porque sólo cobra si gana el pleito». VAQUERO (2004: 255-256) reprocha que «el argumento de la independencia del abogado encierra una “presunción de mezquindad” del profesional que recurre a la forma de retribución prohibida».

⁵⁷ TÁRRAGA (2003) ve razonable que se cobre más cuando se ha ganado el pleito, igual que un trabajador cobra un complemento salarial de productividad si produce más o un vendedor cobra más si vende más.

⁵⁸ ROSAL (2007: 202) escribe sobre la prohibición comentada que «el bien jurídico protegido por la norma es la dignidad de la función de la defensa, que se ve atacada por el pacto de *quota litis* tanto de forma directa como indirecta, pues lo primero que quiebra el abogado cuando propone o acepta el pacto es la propia dignidad personal, y con ella, además, la de su función. Y lo hace porque está aceptando trabajar sin cobrar en el caso de *perder* el pleito, que su trabajo nada vale si no lo gana y, por tanto, que sólo será digno si triunfa en lo pretendido. Pero ataca de forma directa la dignidad de la función de la defensa, porque el pacto implica la aceptación por el abogado de que sólo despojándose de todo interés económico en el fracaso acreditará a su cliente que se entregará de verdad a la defensa encomendada con todo su interés, dedicación y diligencia». (Cfr. nota 45 supra sobre los abogados laboristas). MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ (1988) se remiten a la SAP Granada de 28 de octubre de 1994: «sólo faltaría que los abogados sólo cobraran cuando ganasen los pleitos, los médicos cuando sanaran a los enfermos, los policías si descubriesen a los delincuentes, los jueces cuando se confirmaran sus sentencias». VÁZQUEZ GUERRERO (1996: 95) opina que si el abogado cobra por debajo del mínimo establecido por el Colegio «sufriría el principio de dignidad que debe adornar su actividad».

⁵⁹ RODRÍGUEZ-ENNES (1994: 363-364). El cobro de honorarios se legitimó definitivamente a mediados del s. I d.C.

⁶⁰ BOCCARA (1984: 57) cree que al defender que el abogado perciba honorarios por sus diligencias se mezclan la discusión sobre la validez del pacto de *quota litis* y sobre sus modalidades, pues «basta preguntarse si el abogado que debe percibir una remuneración razonable y apreciable por sus diligencias puede o no fijar con su clien-

De hecho, la modalidad contractual que liga al abogado con su cliente es también una razón invocada a veces para rechazar el pacto de *quota litis*, pues se dice que convertiría en un contrato de obra lo que debe ser un arrendamiento de servicios⁶¹. Frente a ello se aduce o bien que no deja de ser un contrato de servicios, o bien que no importa que lo sea de obra⁶².

te el importe de los honorarios complementarios que percibirá en caso de éxito»; y propone un *pacto complementario de proporcionalidad* con «la posibilidad de exigir el pago previo de una parte de los honorarios». AMORÓS RICA (1984: 354) coincide en que «las diligencias de tramitación no admitirían nunca el pacto de *quota litis*, pero sí podrían, con carácter previo, establecerse unos honorarios especiales dentro de ciertos límites complementarios» en función del resultado. ALONSO (1997: 398) lo ve así: «En mi opinión, la existencia de un pacto de cuotalitis no ha de ser necesariamente inmoral. Y, en cualquier caso, la inmoralidad derivaría del hecho de que supone un agravio para la dignidad de la profesión, en la medida en que el trabajo del profesional quedaría sin remunerar en ciertos casos. Se trataría, por tanto, en todo caso, de principios éticos relacionados con la forma de valoración del trabajo profesional». Por eso, «podría optarse por la validez del pacto de cuotalitis como medio de determinación del precio, siempre que no implique la posibilidad de que el abogado se quede sin retribución». (*ibidem*: 439).

⁶¹ MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ (1998: 37) creen que con la *quota litis* la prestación del abogado sería un arrendamiento de obras sui generis, donde el letrado se obliga a la consecución de un resultado, pero «el profesional, en el orden jurídico, no puede garantizar a su cliente un resultado favorable, sino que sólo adquiere el compromiso de emplear los medios adecuados, toda vez que el resultado es completamente aleatorio y depende de factores extrínsecos»; de modo que hay un arrendamiento de servicios, sin tener en consideración su resultado. MARTOS (1999: 1018-1019) también cree que la *quota litis* «desvirtúa la esencia del contrato de servicios» pues si la condición no se cumple no habrá precio, «siendo de esencia, en el contrato de servicios, que lo haya»; y la contraprestación se establece en función del resultado y no del servicio. Ella lo ve como un contrato de sociedad para obtener lucro partible (*ibidem*: 1023). Según ALONSO (2007: 390-391) el pacto de *quota litis* «supondría convertir en elementos objetivos de la relación cosas que se encuentran fuera del comercio de los hombres, como pueden ser la justicia en las actuaciones judiciales, o la libertad de los individuos en otro tipo de negociaciones, debiendo considerar, entonces, la relación contractual nula de pleno derecho por contravenir lo dispuesto en el artículo 1.271 del Código Civil»; de ahí que la prohibición de este pacto en el EGA «deba interpretarse en el sentido de que no caben contratos de obra el ámbito de los servicios jurídicos». Ahora bien –añade– (*ibidem*: 436), «si se desnaturalizara dicho pacto, asegurando cierta remuneración al profesional para el caso de que no se obtenga el resultado pretendido, el contrato celebrado sería válido (...) al no constituir ya un contrato de obra».

⁶² SERRA RODRÍGUEZ (1999: 87) indica que según la jurisprudencia tanto los contratos de obra como los de servicios pueden retribuirse en atención al tiempo empleado o a la importancia y extensión de la obra; «y así en el contrato de servicios puede pagarse por pieza o a destajo». Para SERRA (1997: 190-191) «el arrendamiento de servicios en cuanto tipo contractual genérico, susceptible de comprender la prestación de servicios de cualquier naturaleza y bajo cualquier forma, constituye el esquema contractual típico a través del cual se articula, por regla general, la relación de servicios con abogados», si bien propone integrarlo con las normas del mandato. Para BERCOVITZ (2002) «que en principio las actuaciones de los abogados se vengán canalizando a través del contrato de servicio no debe ser obstáculo a que los honorarios sean aleatorios»; pero el propio BERCOVITZ (2004) advierte que el pacto de *quota litis* «supone una desnaturalización del contrato de servicios, que pasa a tener un claro componente asociativo», lo cual ha

4.3 El interés del cliente

El debate no resulta más clarificador cuando se discute si el pacto de *quota litis* beneficia o perjudica al cliente. En el primer sentido se apunta que el pacto provoca que el abogado se implique más en el asunto y ello redundará en una mejor defensa de los intereses del cliente⁶³. A esto se objeta que vincular la calidad de la defensa a los honorarios pone bajo sospecha a los abogados, y en especial a los que participan en el turno de oficio⁶⁴. También se aduce que el pacto interesa al cliente en cuanto que no tendrá que pagar si su pretensión no prospera⁶⁵. Y algunos estudios económicos concluyen que en ciertos casos el pacto de *quota litis* favorece a los clientes⁶⁶; aunque otros sugieren lo contrario⁶⁷.

de producir consecuencias. TÁRRAGA (2003) insiste en la libertad para celebrar cualquier tipo de contrato. Para VAQUERO (2005: 259) la relación abogado-cliente no tiene por qué ser siempre un arrendamiento de servicios; y además en éste cabe prestar servicios de forma gratuita o convenir una remuneración aleatoria. También el ya citado voto particular a la STS de 3 de marzo de 2003 afirma que «la libertad de pactos establecida por el artículo 1255 del Código Civil permite configurar la relación entre el abogado y su cliente como un contrato de ejecución de obra, en el que sólo la consecución de un resultado legitima el cobro del precio»; y observa que con la modalidad de *quota litis* permitida por el EGAE y el Código Deontológico –cuando en ningún caso se renuncia a honorarios– «se está configurando el contrato entre abogado y cliente como un arrendamiento de obra, pues salvo ese mínimo coste del servicio, que tendrá que pagar el cliente, el resto de la retribución se puede convenir en atención al resultado de la encomienda, pleito o gestión».

⁶³ El pacto evita lo que los economistas anglosajones denominan *moral hazard*: el riesgo de que el abogado, mejor informado que su cliente, actúe sin su cuidado normal ya que no ha de asumir todas las consecuencias de sus acciones como agente. Este argumento se aplica en menor medida a las grandes firmas de abogados que a los abogados individuales (GAROUPA y GÓMEZ-POMAR 2007). Defiende el argumento TÁRRAGA (2003).

⁶⁴ MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ (1998: 33); TORRE (2000: 338). Inversamente se alega que la renuncia a cobrar si no se gana disminuye la calidad del servicio prestado. Discrepa VAQUERO (2005: 257).

⁶⁵ CASADO (1986: 7-8) resume la ventaja para los clientes «en que, si pierden el litigio, no adeudan nada a sus letrados; que tal es la esencialidad del régimen de *quota litis*. Es decir, nos hallamos ante una de las especies procesales más dignas y éticas en materia de honorarios profesionales». Por eso afirma (1987: 27) que «en la medida en que la *quota litis* constituye una norma favorable y un derecho para los ciudadanos y justiciables, también supondría la prohibición corporativa una restricción de derechos individuales ciudadanos» para defender –denuncia– intereses extracorporativos, como los de las aseguradoras. Por otra parte, que el abogado asuma el riesgo se aporta como justificación de que reciba parte de las ganancias que se produzcan (WOLFRAM 1986: 528).

⁶⁶ DANZON (1983: 219): «Aunque no puede mostrarse que el resarcimiento previsible u obtenido por el demandante reacio al riesgo será necesariamente mayor con honorarios contingentes que con honorarios por horas, su utilidad previsible es indudablemente mayor con honorarios contingentes».

⁶⁷ Según EMONS (2000: 23), el análisis económico muestra que el abogado con honorarios contingentes procurará llevar muchos casos de modo estándar en vez de esforzarse más en algunos, mientras que al abogado que cobra por horas le será indife-

En contra del pacto de *quota litis* se alega que produce un potencial conflicto de intereses entre abogado y cliente, a pesar de asociarlos. En primer lugar, la información de ambas partes es normalmente desigual (asimétrica), y puede dar lugar a conductas abusivas si el abogado se aprovecha del cliente necesitado o que ignora la dificultad y expectativas del caso⁶⁸. A esto se replica que todo abuso es reprobable pero la *quota litis* no es necesariamente una causa⁶⁹. En segundo lugar, al abogado retribuido con *quota litis* puede tentarle plantear demandas con escaso fundamento que eventualmente perjudicarán al cliente, por ejemplo si hay condena en costas⁷⁰. A este reparo se contesta que el

rente, por lo que se concluye que «pagar al abogado por horas es generalmente mejor que aplicar honorarios contingentes», pues «implementa el comportamiento eficiente» (*ibidem*: 30). BAIK y KIM (2007: 358) concluyen asimismo que si el demandante en un proceso por daños puede financiar anticipadamente los servicios de un abogado a un coste razonable, le beneficiaría pagarle por horas; y por tanto a los demandantes les favorecería un sistema de pólizas de seguro para litigios con primas moderadas, como existe en varios países europeos, en lugar del pacto de *quota litis* habitual en los EEUU; pero añaden que este sistema es no obstante preferible sobre el sistema del seguro para reducir el nivel de gastos y esfuerzo del conjunto de los litigantes.

⁶⁸ WOLFRAM (1986: 529) recoge la crítica según la cual los abogados usan su mayor conocimiento de los riesgos y costes para fijar su porcentaje sin apenas relación con el tiempo y dinero que arriesgan. CRYSTAL (2000: 224) menciona algunas propuestas para limitar los conflictos de intereses planteadas sin éxito en los EEUU. Para MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ (1998: 35) «es realmente en el abuso donde debe buscarse la razón de la prohibición»; y debería excluirse «el propósito de lucro excesivo o, cuando menos, el no obtenido de modo correcto y decoroso». La posibilidad de abusos es también motivo de prohibición para MARTOS (1999: 1023). Según TORRE (2000: 340) el pacto hace cobrar más al abogado que lo que merecería por el trabajo realizado; y beneficia más a los abogados que a los clientes. Para VIGORITI (2003: 37) «no es verdad que el abogado arriesgue, sino que lo cierto es todo lo contrario, es decir, quien arriesga es el cliente, contrayente débil y merecedor de tutela». MEDINA (2003: 77) cree que el cliente puede terminar pagando un precio mayor por el mismo servicio.

⁶⁹ Para BOCCARA (1984: 56) «existen menos riesgos de deshonestidad (...) cuando el abogado debe o ha de tender hacia el éxito de su causa que por parte del abogado que, poseedor de un convenio al tanto alzado, puede verse instigado a introducir de forma inconsiderada procedimientos difíciles y aleatorios». Para ALONSO (1997: 398) «es éticamente reprobable que un profesional se aproveche de la situación de inferioridad en que se encuentra su cliente, pero esto no es necesariamente vinculado a la existencia de un pacto de *cuotalitis*». En cualquier caso, la admisión de la *quota litis* suele condicionar a que no sea abusiva; y, por ejemplo, se considera inapropiada si el supuesto carece de incertidumbre y el abogado no asume riesgo alguno (ver WENDEL 2007:78).

⁷⁰ VIÑAS (1972: 350); GÓMEZ y CAÑABATE (2002). Según EMONS (2006: 22) el abogado que perciba honorarios contingentes adoptará una estrategia de riesgo, por lo que habrá un conflicto de intereses potencial con el demandante reacio al riesgo, quien preferirá honorarios condicionales si el coste básico no es muy alto. Sin embargo, puesta al margen la actitud hacia el riesgo, según EMONS y GAROUPA (2006) los honorarios contingentes son más eficientes que los condicionales pues con aquéllos el abogado decidirá cuánto esfuerzo pondrá en el caso teniendo en cuenta la información sobre lo que está en juego. Por otra parte, EMONS (2007) explica que a igual fundamento del caso, cuando el cliente conoce mejor que el abogado los riesgos sobre lo que cabe obtener del asunto, el cliente preferirá honorarios condicionales si el riesgo es alto y contingentes si el riesgo es bajo, de forma que el abogado ofrecerá hono-

abogado más bien evitará los pleitos frívolos sin perspectivas de éxito⁷¹. En tercer lugar, normalmente al abogado le interesará obtener un alto rendimiento de su tiempo y esfuerzo ocupándose de casos rentables y llegando cuanto antes a un acuerdo, mientras que el cliente preferiría más dedicación para obtener el mayor resarcimiento posible; o bien al contrario: en los casos de mayor enjundia y duración el abogado querrá perseverar buscando una elevada remuneración, mientras que el cliente preferiría zanjar el asunto⁷². Pero también esto se pone en duda⁷³.

4.4 La utilidad pública

Un último motivo de discusión sobre si debe o no admitirse el pacto de *quota litis* se refiere a su repercusión desde el punto de vista de la utilidad pública o el bienestar general. Algunos de los razonamientos expuestos revierten aquí, como el que defiende el pacto por

rarios contingentes para evitar atraer sólo a clientes de alto riesgo; por lo cual (en EEUU) tras las demandas de responsabilidad extracontractual suele haber honorarios contingentes.

⁷¹ Para WENDEL (2007:74) los honorarios contingentes desincentivan los pleitos frívolos «porque un pleito frívolo es improbable que resulte en una sentencia o un acuerdo del cual el abogado pueda obtener honorarios». Según DANZON (1983: 220), «algunos pleitos que serían suscitados por un cliente neutral hacia el riesgo y completamente informado serán rechazados por un abogado neutral hacia el riesgo con honorarios contingentes». TÁRRAGA (2003) razona así: «El letrado cuyos honorarios dependen de una sentencia favorable rehusará las demandas bagatela y sin fundamento, que le generan poca retribución y mucho trabajo. Por el contrario, el letrado cuya retribución se fija por el solo hecho de interponer una demanda puede verse tentado fácilmente a introducir de forma interesada procedimientos y recursos sin fin, porque más pleitos (ganados o perdidos) y más actuaciones judiciales aumentan su peculio». En sentido similar VAQUERO (2005: 256).

⁷² WOLFRAM (1986: 529); RHODE (2007: 7). No obstante, GRAVELLE y WATERSON (1993: 1218-1219) sostienen que «a menos de que el abogado ponga de hecho un mayor peso en sus intereses que en los de su cliente, la probabilidad de que sea aceptada una determinada oferta es menor con contratos contingentes que con contratos normales». La búsqueda de rentabilidad del abogado (como obviamente su negligencia o incompetencia, cuando sea el caso) puede producir un daño significativo al cliente, que no obtendrá lo que podría. Según SCHOONBEEK y KOOREMAN (2005), en un contrato óptimo el abogado debería pagar una penalización al cliente si el resultado es malo.

⁷³ KRITZER (1998) explica cómo los abogados proponen a sus clientes acuerdos en los que aquéllos están interesados, pero advierte que la reputación que les conviene es la de agresividad y no la de estar dispuestos a acuerdos rápidos. KRITZER y KRISHNAN (1999: 348-349) insisten en que «hay importantes restricciones económicas sobre los abogados que tienen como efecto evitar que descuiden los intereses de sus clientes», pues han de pensar en sus intereses a largo plazo, en su capacidad para conseguir futuros clientes, para la cual es clave su reputación. POLINSKY y RUBINFELD (2002) advierten que si tomamos en consideración que los abogados no ponen tanto tiempo en preparar los juicios como interesa a sus clientes, hemos de reconsiderar la idea común de que los abogados llegan a acuerdos extrajudiciales antes de lo que conviene a sus clientes.

su utilidad para que tengan tutela jurídica los derechos de personas que de otro modo no podrían permitirse contratar a un abogado⁷⁴. En contra se alega, sobre todo, que la permisividad del pacto aumenta la litigiosidad, ya sea porque el particular tendrá menos reparos para iniciar un pleito si no tiene nada que perder o ya sea porque al abogado le puede interesar plantear demandas con escaso fundamento si espera obtener elevados ingresos en caso de éxito⁷⁵. A este argumento se responde –como vimos– que el abogado que asume un riesgo económico será más cauto a la hora de litigar⁷⁶. Por otra parte tampoco están claras las consecuencias del supuesto incremento de los litigios: habrá un útil efecto disuasorio en las potenciales amenazas de los derechos; pero cabe esperar también prácticas excesivamente proteccionistas en las actividades más expuestas a demandas (como la medicina), tales como la acumulación ineficaz de procedimientos o la cobertura de la responsabilidad civil con seguros sobredimensionados que repercuten en el precio de los servicios⁷⁷.

5. EL PACTO DE *QUOTA LITIS* COMO PROBLEMA DEONTO-LÓGICO

La incertidumbre sobre la situación jurídica del pacto de *quota litis* en España, la disparidad en las actitudes dominantes respecto a su admisión o prohibición en distintos países, así como la vigencia y complejidad del debate argumental sobre su legitimidad, por separado y en conjunto, invitan a preguntarse sobre el sentido e implicaciones de las reglas deontológicas relativas a este polémico pacto, e incluso sobre el de las normas deontológicas en general. Concluiré este trabajo con unas breves reflexiones sobre esta cuestión. Las dudas suscitadas pueden plantearse así: ¿Qué obligación deontológica tienen los abogados españoles respecto al pacto de *quota litis*? ¿Es distinta en

⁷⁴ WOLFRAM (1986: 528) observa que los honorarios contingentes no serían necesarios si hubiese un mercado para comprar y vender causas litigiosas, pero tal mercado está prohibido legalmente.

⁷⁵ MARTOS (1999: 1024); TORRE DÍAZ (2000: 340); GÓMEZ y CAÑABATE (2002); GOLDSTEIN (2002: 51).

⁷⁶ Para GRAVELLE y WATERSON (1993: 1219) «es imposible predecir a priori si habrá más o menos juicios». WENDEL (2007: 78) zanja: «En último término, ésta es una cuestión empírica, y la investigación disponible parece mostrar que la financiación por honorarios contingentes apenas tiene efecto en el número de pleitos civiles suscitados».

⁷⁷ RUBINFELD y SCOTCHMER (1993: 354-355). PECK (1977: 142-143) observa que el precio de los seguros de responsabilidad civil (y con ello el coste de establecerse en profesiones como la médica), crece tanto por el incremento de litigios que resultan en una indemnización como por el incremento de demandas planteadas con el único propósito de lograr un acuerdo, y que suelen resolverse con una cantidad para evitar más molestias.

los abogados de otros países? Por lo demás, ¿cómo se establecen y conocen las obligaciones deontológicas de los abogados? Comencemos por esta última pregunta, que tiene carácter previo.

La conducta de los abogados está gobernada heterónomamente por el Derecho y por una serie de criterios sobre el comportamiento considerado aceptable que forman lo que se conoce como *deontología profesional*. A menudo estos criterios están reforzados por el Derecho y la obligación deontológica es también una obligación jurídica —ya sea porque la conducta debida es también exigida por el Derecho, ya sea porque éste atribuye consecuencias de algún tipo al incumplimiento del deber deontológico⁷⁸—, pero no siempre sucede así. Cuando los deberes o prohibiciones deontológicos no son a su vez jurídicos resulta más acuciante preguntarse por el sentido y procedencia de estas normas. Pues bien, la *deontología profesional*, el conjunto de criterios sobre la conducta apropiada de quienes participan en una determinada profesión como la abogacía, puede entenderse de muy diversos modos, pero entre ellos destacan dos⁷⁹. El primero es considerarla una rama de la Ética normativa o aplicada; el resultado de una investigación filosófica sobre la moral. En esta versión, la deontología de los abogados se determina y conoce por las conclusiones de la Ética crítica sobre la conducta correcta de los abogados. El otro modo destacado de entender la deontología profesional es como un tipo de moral social cuyo ámbito de aplicación es el ejercicio de una profesión en un determinado momento y territorio; y más en concreto, el parecer generalizado o mayoritario de quienes la practican sobre cuáles son sus deberes de conducta específicos como profesionales, más allá de sus deberes jurídicos. En esta segunda versión, la deontología de los abogados la determinan sobre todo los juicios morales de los propios abogados sobre su actividad y se conoce mediante las manifestaciones de tales juicios y su concreción en actitudes, en usos y, particularmente, en códigos deontológicos y normas similares aprobadas colegiadamente⁸⁰. Aunque creo que una comprensión cabal de la deontología

⁷⁸ Como explica GÁLVEZ MONTES (2002: 318), la pertenencia a un Colegio Profesional se configura jurídicamente como una relación de supremacía especial que somete al colegiado a la potestad disciplinaria del Colegio, cuyo ámbito se extiende a las normas deontológicas.

⁷⁹ LEGA (1983: 24-25) lo plantea de un tercer modo: «Las deontologías tienen un carácter preferentemente ético y presentan puntos de contacto con las normas de la costumbre. Tienden a transformarse en normas jurídicas. Su contenido sustancialmente moralista no autoriza, sin embargo, a considerarlas como normas de carácter moral». «De manera general, todo comportamiento del profesional que no tenga un carácter meramente técnico, pero que esté vinculado de cualquier forma al ejercicio de la profesión, entra en el ámbito de la normativa deontológica».

⁸⁰ Se invoca aquí el *ethos* profesional al que alude ANDRUET (2000: 40): «un conjunto de creencias, intereses y valores que aparecen vigentes y comunicables entre los integrantes de la misma comunidad. Se puede hablar legítimamente en consecuencia de un *ethos* profesional del abogado, del médico, etcétera». Según explica (*ibidem*: 42), «la ética profesional no se inspira en la existencia de un código de ética

nos encamina hacia la primera acepción, sin embargo es más común entender la deontología profesional del segundo modo⁸¹.

Si concebimos la deontología profesional como una aplicación de la Ética crítica, la cuestión de por qué obliga tiene una solución relativamente fácil: obliga como la Ética, por definición (porque la Ética proporciona la respuesta última a la pregunta sobre qué debemos hacer). Si, en cambio, concebimos la deontología profesional como la expresión (codificada o no) de los juicios morales típicos de los profesionales sobre su actividad, entonces la cuestión de por qué obliga es más compleja. Como respuesta caben varias estrategias, el escepticismo una de ellas, pero la que estimo más convincente puede exponerse sucintamente así: en tanto en cuanto la respuesta de la Ética a qué debemos hacer es a menudo incierta (por desacuerdo sobre el criterio a seguir o por insuficiente información sobre cómo aplicarlo), y a falta de un juicio personal cuidadosamente informado y meditado, debemos guiarnos por principios de actuación consensuados o acordados democráticamente, y especialmente –si es el caso– por las normas legales y, en el ámbito profesional, por los códigos deontológicos y demás manifestaciones del juicio moral dominante. La idea no es que los códigos deontológicos (o la ley) han de obedecerse porque nacen de un consenso, puesto que lo que merece obediencia es la Ética y no por sí mismo el consenso (ni la ley); la idea es que han de obedecerse porque son normalmente una respuesta más fiable a los dilemas morales que la que podemos alcanzar por nuestra cuenta⁸². Ahora bien, ¿qué sucede cuando, como ocurre respecto al pacto de *quota litis*, ni hay uniformidad entre los códigos deontológicos ni está claro que el código aplicable exprese un consenso? En este caso, el fundamento de la obligación moral sin duda se resiente.

Si algo podemos concluir tras reconocer en el mundo diversas y cambiantes respuestas jurídicas y (en el segundo sentido expuesto) *deontológicas* a la pregunta sobre si es admisible o no el pacto de *quota litis*, es que la deontología profesional (entendida en aquel

profesional, sino que el mencionado cuerpo es el resultado de la existencia de un *ethos* profesional que lo ha conformado o alumbrado».

⁸¹ MARTÍN BERNAL (2007: 222-223) señala que «los profesionales liberales tienen un gran empeño en que su deontología sea el resultado de la voluntad libremente expresada en la profesión de que se trata»; porque el consenso supera las normativas generales y porque la deontología ha de ser particular para cada profesión liberal. Para CAMPAGNE (1994: 407) «lo que se llama “deontología” no es, como indicaría la palabra, una normativa ética basada en la existencia de deberes perfectos e imperfectos, pero concretos y absolutos (la “deontología” kantiana) sino una norma corporativista (que sirve a un grupo determinado) justificada por criterios utilitaristas».

⁸² Con otro enfoque, HORTAL ALONSO (2001: 29) representa la relación entre legitimidad ética, aceptación social y juridicidad como una sucesión de escalones que puede recorrer el Derecho: facticidad natural y social; vigencia formal de las normas jurídicas; vigencia social de los usos e instituciones; legitimación social por la aceptación de hecho; legitimidad moral por la conformidad con los ideales sociales; y aceptabilidad según la Ética crítica.

mismo sentido) tiene carácter local y evolutivo. Siendo así, la cuestión de cuál sea la obligación deontológica de un abogado es relativa al ámbito en el que ejerce, y en particular al contenido específico del código o las prácticas que le son aplicables (las de su Colegio, digamos). Esto, que en una primera impresión pudiera sorprender, no deja de ser lógico. Por una parte, la fuerza vinculante de los códigos deontológicos procede –según lo dicho– de que puedan considerarse una concreción de juicios de valor dominantes o consensuados; y esto está más claro cuanto más próximos (en espacio y tiempo) sean dichos códigos. Por otra parte, si bien la abogacía es una profesión con funciones y características comunes en muchos países, las diferencias son importantes, entre otros motivos porque los sistemas jurídicos son diferentes. Por ejemplo, como vimos, la actitud hacia el pacto de *quota litis* puede depender mucho de cómo se afronte en cada país la asistencia jurídica gratuita. Entonces, la posibilidad de un consenso universal entre abogados sobre sus deberes profesionales, y así de una deontología universal de la abogacía, que inicialmente podría parecer plausible, es en realidad poco razonable. Quizás quepa esperar un cierto consenso o aproximación en algunos asuntos (como el secreto profesional o el trato respetuoso), pero no desde luego en todos, como lo muestra paradigmáticamente la diversidad mundial en torno a la *quota litis*. Por lo demás, incluso si entendemos la deontología profesional en el primer sentido, como Ética crítica aplicada, es de esperar el mismo resultado. En efecto, aunque tomásemos como premisa ética unos principios de validez universal, su aplicación a los abogados estará necesariamente afectada por las condiciones jurídicas y socioeconómicas en que desenvuelven su profesión, de modo que la diversidad en éstas (en los principios del proceso, en los mecanismos de tutela estatal, en la opinión pública...) serán determinantes, y resultará que la deontología de los abogados (ahora en su primer sentido) cambia de un país a otro.

Llegamos por fin a la pregunta más inmediata: ¿cuál es el deber deontológico de los abogados españoles respecto al pacto de *quota litis*? Según argumenté, el punto de partida ha de ser el respeto del Derecho y de la opinión profesional dominante; pero vista la polémica jurídica y doctrinal existente, esos criterios no son aquí claros. Así la cosa, es tentadora la solución de decidir por uno mismo atendiendo a las razones esgrimidas a favor o en contra de la legitimidad del pacto. Sin embargo esta salida es insatisfactoria, precisamente porque es un asunto polémico en el que el abogado no debería actuar por su cuenta sino con fundamento en un juicio de valor asentado. Con reservas, puede mantenerse que en España el juicio hoy prevalente es la prohibición del pacto de *quota litis* en sentido estricto (pero no de los honorarios condicionados al resultado). Así se desprende del preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española (aunque su artículo 16 haya sido dejado en suspenso) y sobre todo del artículo 44.3 EGAE, que por otra parte entroncan con el rechazo del pacto en las normati-

vas deontológicas europeas. Éste debe ser, por tanto, el criterio de referencia al afrontar la pregunta que encabeza este párrafo. Cuestión distinta, aunque aquí inevitablemente relacionada, es qué juicio deontológico merece el pacto de *quota litis*, qué actitud deberían adoptar al respecto el Estatuto General y el Código Deontológico de la Abogacía Española. Es una pregunta muy difícil de responder, porque los argumentos en una y otra dirección no son concluyentes. Mi impresión es que los argumentos que recomiendan la permisividad son en conjunto más convincentes que los que recomiendan la prohibición; pero no es una impresión suficiente para oponer al artículo 44.3 EGAE, por más que la reciente jurisprudencia haya relativizado su vigencia. Ahora bien, parece claro que el pacto de *quota litis* se está abriendo camino; y no es aventurado suponer que a medio plazo será revisado el juicio deontológico que en la actualidad parece ser dominante.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUDO RUIZ, A. (1997): *Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico*, Logroño, Universidad de La Rioja, 1997.
- ALONSO PÉREZ, M.^a T. (1997): *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, Bosch, 1997.
- AMORÓS RICA, N. (1984): «Del contrato de honorarios desde el punto de vista español», epílogo a BOCCARA, B., *Los honorarios del abogado*, Madrid, Edersa, 1984, pp. 323-376.
- ANDRUET, A. S. (2000): *Deontología del derecho, abogacía y abogados*, Córdoba (Argentina), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.
- APARISI MIRALLES, Á. (2006): *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, EUNSA, 2006.
- BAIK, K. H. y KIM, I. G. (2007): «Contingent Fees versus Legal Expenses Insurance», *International Review of Law and Economics*, 27, 2007, pp. 351-361.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002): «Honorarios profesionales de los Abogados», *Aranzadi Civil*, XI /II, 2004, pp. 1990-1993.
- «Vía libre al pacto de cuota litis», *Aranzadi Civil*, XIII /II, 2004, pp. 1940-1942.
- BOCCARA, B. (1984): *Los honorarios del abogado* [1981], Madrid, Edersa, 1984.
- CAMPAGNE VAN WEEZEL, D. M. (1994): *Deontología para abogados en Europa [tesis doctoral en microforma]*, Alicante: Universidad de Alicante, 1994.
- CASADO COCA, P. M. (1986-1987): «La *quota litis* en el sistema procesal español como régimen de honorarios de los operadores jurídicos profesionales. Nomenclatura y notación» (I), *Tapia*, 31, 1986, pp. 5-8; y (II) *Tapia*, 32, 1987, pp. 25-28.
- CRESPO DE LARA, P. (2003): «La Justicia no es un mercado», *Abogacía Española*, 24, 2003, p. 15-16.

- CRYSTAL, N. M. (2000): *Professional Responsibility. Problems of Practice and the Profession*, New York, Aspen Law & Business, 2000 (2.^a ed.).
- DANZON, P. M. (1983): «Contingent Fees for Personal Injury Litigation», *The Bell Journal of Economics*, 14/1, 1983, pp. 213-224.
- EMONS, W y GAROUPA, N. (2006): «US-Style Contingent Fees and UK-Style Conditional F.^o: Agency Problems and the Supply of Legal Services», *Managerial & Decision Economics*, 27/5, 2006, pp. 379-385.
- EMONS, W. (2000): «Expertise, Contingent Fees, and Insufficient Attorney Effort», *International Review of Law and Economics*, 20, 2000, pp. 21-33.
- (2006): «Playing It Safe with Low Conditional Fees versus Being Insured by High Contingent Fees», *American Law and Economics Review*, 8/1, 2006, pp. 20-32.
- (2007): «Conditional versus Contingent Fees», *Oxford Economic Papers*, 59, 2007, pp. 89-101.
- GÁLVEZ MONTES, J. (2002): *La organización de las profesiones tituladas*, Madrid, Consejo de Estado - BOE, 2002.
- GAROUPA, N. y GÓMEZ-POMAR, F. (2007): «Cashing by the Hour: Why Large Law Firms Prefer Hourly Fees over Contingent Fees», *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 6/12/2007.
- GOLDSTEIN BOLOCAN, M. (2002): *Professional Legal Ethics: A Comparative Perspective*, Washington, Central European and Eurasian Law Initiative, 2002. DOI: 10.2139/ssrn.321700
- GÓMEZ AMIGO, L. y CAÑABATE POZO, R. (2002): «Prohibición del pacto de “cuota litis” y Derecho de la competencia», *Aranzadi Social*, XII /III, 2002, pp. 3157-3163.
- GONZÁLEZ BILBAO, E. (2007): *Guía práctica del Abogado*, Madrid, Aranzadi, 2007.
- GRAVELLE, H. y WATERSON, M. (1993): «No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees», *The Economic Journal*, 103, 1993, pp. 1205-1220.
- HORTAL ALONSO, A. (2001): «La justicia entre la ética y el derecho», en Fernández Fernández, J. L. y Hortal Alonso, A. (comps.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2001, pp. 17-32.
- KRITZER, H. M. (1998): «Contingent-Fee Lawyers and Their Clients: Settlement Expectations, Settlement Realities, and Issues of Control in the Lawyer-Client Relationship», *Law & Social Inquiry*, 23, 1988, pp. 795-822.
- KRITZER, H. M. y KRISHNAN, J. K. (1999): «Lawyers Seeking Clients, Clients Seeking Lawyers: Sources of Contingent Fees Cases And Their Implications for Case Handling», *Law and Policy*, 21/4, 1999, pp. 347-375.
- LEGA, C. (1983): *Deontología de la profesión de abogado* (1975), prólogo de A. Hernández Gil, trad. de M. Sánchez Morón, Madrid, Civitas, 1983 (2.^a ed.; 1.^a 1976).
- LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F. (2004): «Validez del pacto de cuota litis». Comentario a la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo núm. 357/2004 de 13 de mayo de 2004, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, 2004, pp. 183-185.
- MARTÍ MINGARRO, L. (2001): *El Abogado en la historia: un defensor de la razón y de la civilización*, Madrid, Civitas, 2001.
- MARTÍN BERNAL, J. M. (2007): *Abogados y procuradores en y ante la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2007.

- MARTÍNEZ MEGÍAS, R. y RODRÍGUEZ MONTEYS, J. M.^a (1988): *La jura de cuentas. Honorarios profesionales de abogados y procuradores*, Barcelona, Atelier, 1998.
- MARTÍNEZ VAL, J. M.^a (1996): *Ética de la abogacía*, Barcelona, Bosch, 1996 (2.^a ed.; 1.^a 1987).
- MARTOS CALABRÚS, M.^a A. (1999): «El pacto de *quota litis*», *Actualidad Civil*, 33, 1999, pp. 1003-1030.
- MAZÓN COSTA, J. L. (2002): «Cuota litis», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 552, 2002, pp. 5-6.
- MEDINA HERNÁNDEZ, O. (2003): «Ejercicio de la abogacía, pacto de “cuota litis” y defensa de la competencia. (Consideraciones en torno a la RTDC –pleno– de 26 de septiembre de 2002)», *Anales de la Facultad de Derecho* (Univ. de La Laguna), 20, 2003, pp. 63-84.
- MORENO LISO, L. (2004): «Las nuevas orientaciones comunitarias a la abogacía en materia de política de la competencia», *Aranzadi Social*, XIV IV, 2004, pp. 905-929.
- MULLERAT, R. (1997): «Professional standards and rules of professional conduct of the profession of lawyer», en *The Role and the Responsibilities of the Lawyer in a Society in Transition*, actas de la reunión multilateral de Budapest, auspiciada por el Consejo de Europa, de 9-11 diciembre de 1997; pp. 33-69. Publicadas en <http://www.coe.int>
- PECK, D. (1977): Intervención del juez D. Peck en el *simposium* sobre responsabilidad profesional en el proceso civil, recogida en Galston, N. M. (ed.), *Professional Responsibility of the Lawyer*, New York, Oceana Publications, 1977, pp. 133-147.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N. (2001): «La formación ética en los profesionales del Derecho», en Fernández Fernández, J. L. y Hortal Alonso, A. (comps.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2001, pp. 123-163.
- POLINSKY, A. M. y RUBINFELD, D. L. (2002): «A note on settlements under the contingent fee method of compensating lawyers», *International Review of Law and Economics*, 22/2, 2002, pp. 217-225.
- RHODE, D. L. (2000): «Ethics in Practice» en Rhode, D. L. (ed.), *Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, Oxford University Press, 2000, pp. 3-26.
- RICKMAN, N. (1999): «Contingent fees and litigation settlement», *International Review of Law and Economics*, 19, 1999, pp. 295-317.
- RODRÍGUEZ-ENNES, L. (1994): «Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los *advocati*», *Studia et documenta historiae et iuris*, LX, 1994, pp. 361-365.
- ROSAL GARCÍA, R. DEL (2007): «Obligaciones deontológicas en relación con los honorarios», en Grande Yáñez, M. (coord.), *Justicia y Ética de la Abogacía*, Madrid, Dykinson-Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-Univ. Pontificia de Comillas, 2007, pp. 191-222.
- RUBINFELD, D. L & SCOTCHMER, S. (1993): «Contingent fees for attorneys: an economic analysis», *The RAND Journal of Economics* 24/3 (1993), pp. 343-356.
- RUSSCHEMEYER, D. (1973): *Lawyers and their society. A comparative study of the legal profession in Germany and in the United States*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1973.
- SALAS CARCELLER, A. (2004): «La legalidad del pacto de “cuota litis” en el orden civil. Comentario de la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo

- de 13 de mayo de 2004», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, 2004, pp. 235-237.
- SCHOONBEEK, L. y KOOREMAN, P. (2005): «No cure, be paid: super-contingent fee contracts» *Applied Economics Letters*, 12/9, 2005, pp. 549-551.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (1999), *La relación de servicios del abogado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- TANDEAU DE MARSAC, S. (2007): «La convention d'honoraires», en *Les honoraires des avocats*, Paris, L'Ordre des Avocats de Paris, 2007, pp. 8-13.
- TÁRRAGA POVEDA, J. (2003): «El pacto de "cuota litis" en el proceso laboral», *Aranzadi Social*, XIII /V, 2003, pp. 1037-1058.
- TORRE DÍAZ, F. J. DE LA (2000): *Ética y Deontología jurídica*, Madrid, Dykinson, 2000.
- VAQUERO PINTO, M.^a J. (2005): «Sentencia de 13 de mayo de 2004: Pacto de cuota litis: repercusiones en la validez del contrato» (Comentario), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 67, 2005, pp. 239-266.
- VÁZQUEZ GUERRERO, F. D. (1996): *Ética, deontología y abogados*, Barcelona, Ediciones Universales Universitarias, 1996.
- VIGORITI, V. (2003): «Pacto de cuota litis y libre competencia», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 15/1, 2003, pp. 31-39.
- VIÑAS, R. H. (1972): *Ética de la abogacía y de la procuración. Deontología jurídica*, Buenos Aires: Pannedille, 1972.
- WENDEL, B. (2007): *Professional responsibility: examples & explanations*, New York: Aspen, 2007 (2.^a ed.; 1.^a 2004).
- WOLFRAM, Ch. W. (1986): *Modern Legal Ethics*, [s.l], West Group, 1986 (reprint 1999).

Recepción: 28/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

Deontología del Ministerio Fiscal. Descripción normativa y crítica. O de ¿para qué necesitan los fiscales ser morales?

Por M.^a LEONOR SUÁREZ LLANOS
Universidad de Oviedo

RESUMEN

En este trabajo se ofrece una visión normativa y crítica de la deontología del Ministerio Fiscal. Para ello propongo una descripción inicial del carácter positivo de las normas deontológicas que, aunque vinculadas a una definición ética y axiológica, deben reconducirse en todo momento al marco jurisdiccional y constitucional legítimo del Estado de Derecho. Esto es lo que justifica romper con la visión dogmática para asistirse de la perspectiva de la Filosofía del Derecho a la hora de concretar las condiciones, características y principios de la deontología de la fiscalía, adquiriendo en este marco una importancia fundamental el análisis de los principios de dependencia, imparcialidad e impulso de la actividad judicial que caracterizan el estatuto orgánico y deontológico del Ministerio Fiscal y la función de justificación de su acción al servicio de la justicia, los derechos y el principio constitucional democrático.

Palabras clave: *Deontología, Ministerio Fiscal, dependencia, imparcialidad, constitucionalismo, jurisdicción.*

ABSTRACT

In this work I present a normative and critical vision of the deontology of Public Ministry. For it, I propose a beginning positive description of deonto-

logical norms cause, if entailed to an axiological and ethical vision, they have to be always reconduced to legitim jurisdictional and constitutional realm of Rule of Law. Is this statement of the question what justify breaking with the dogmatic vision of Law for taking the Law Philosophy perspective to summarize the conditions and characteristics of public fiscal deontology, acquiring in this field a fundamental relevance the analysis of executive dependence, impartiality and impulse of jurisdictional activity principles cause they characterize the organic and deontological statute of Public Prosecutor and the justificative function of its action in favour of justice, rights and constitutional democratic principle.

KEY WORDS: *Deontology, Public (Fiscal) Ministry, dependence, impartiality, constitutionalism.*

1. *¿Qué moral para el deber?* Desde que el término «deontología» designa una «ciencia de la moralidad»¹, este «conocimiento del deber» se somete a un conjunto de presunciones morales que han ido siendo proyectadas sobre ciertas profesiones, también las jurídicas, dando cuenta de algo así como un catálogo de conductas éticas que deberían ser observadas, se supone, por la dignidad y relevancia de la profesión en cuestión. El problema es que en los Estados desarrollados y liberales, de libre opinión y conciencia y escasos fundamentalismos y dogmas, el necesario rigor deontológico y su amplia panoplia de tópicos se diluyen ante una realidad diversa, dinámica y problemática, demostrando que los vericuetos de la moralina corporacionista de los operadores jurídicos son tan insondables como los de otros.

2. *Por un Derecho menos (ético) pero más (fundamentado).* En el marco jurídico la deontología sólo puede referirse al deber ser de las normas del Derecho² y de su puesta en práctica en relación con la realidad de los hechos brutos³. Es verdad que las normas jurídicas están influenciadas, dirigidas, inspiradas, manejadas, etc. por criterios éticos y/o morales y/o axiológicos bastante evidentes⁴. Pero esto no justifica afirmar que por un lado andan las reglas jurídicas y por otro las éticas correctivas de aquéllas, anhelantes de funciones trascendentes a la realidad práctica para alentar un esquema dualista de normatividades, al final, aun menos rechazable por rancio e injustificado que por la peligrosa inseguridad jurídica que alimenta. Por eso, dejar en manos

¹ Populariza Bentham en 1834 el término en este sentido en su *Deontology or the Science of Morality* de 1834.

² Ya lo sostuve respecto de la deontología del abogado (en Suárez Llanos, 2003: 1033-1079).

³ En este sentido interesa, aunque a veces se interpreta confusamente, el reconocimiento del TC del valor jurídico, ordenador y sancionador de los Códigos deontológicos de los Colegios Profesionales, sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes; aunque se proclama en función del reconocimiento de las potestades públicas que la ley delega a favor de los colegios...» (STC 219/1989; fdto. jdco. 5.º).

⁴ Complementariamente Martínez Roldán, 2005: 50-ss.

del operador jurídico y de sus personales criterios éticos la coactividad jurídica es más una burla que un acto de re-construcción en conciencia de la juridicidad⁵.

3. Vayamos, pues, a lo que aquí interesa tras este «desplanteamiento» de principio. Si para eludir los problemas de impertinencia y superficialidad reactivamos la deontología para darle el lugar racionalmente fundamentado que le corresponde en el marco de la normatividad jurídica, entonces, lo que toca plantearse es qué criterios deben guiar la práctica específica de los distintos operadores jurídicos en su constante juego y puesta en marcha de la coacción institucionalizada. Y la propuesta es la siguiente. La relevancia de su actuación en su permanente mediación de los intereses públicos y privados exige centrar los deberes de los operadores jurídicos más allá de confesionalidades y corporativismos garantizando una práctica jurídica depurada por la crítica, las necesidades sociales y el sentido material del ordenamiento constitucional en el que esa práctica se inserta.

Al proyectar tal propuesta sobre la práctica del Ministerio Fiscal (MF) lo que se obtiene es que sus deberes de actuación son los que se concretan explícitamente en las reglas positivas o implícitamente en la interpretación y la determinación de las normas jurídicas (reglas y principios jurídicos) que sirven para definir la naturaleza y función de ese Ministerio sin cartera, que se integra por mandato constitucional en el poder judicial pero careciendo de jurisdicción, que perita y enjuicia los hechos pero sin independencia, que debe actuar con imparcialidad dentro del controvertido imperativo de dependencia del gobierno y unidad de actuación interna, que se propone como el garante público de la legalidad mediada por el principialismo constitucional y la oportunidad política, que protege los derechos individuales pero en función y a condición de los intereses públicos y generales.

4. *Un espacio deontológico creciente, ... pero distinto.* Al proponer como planteamiento que la deontología jurídica se refiere al conjunto de deberes de práctica y conducta positivizados, se activa una formulación que tanto restringe cuanto amplía la tradicional visión de la deontología profesional como un conjunto de deberes ético/morales.

⁵ Por eso, ante la pregunta de Ollero, sobre si el sometimiento del juez a la ley le obliga a olvidar sus convicciones morales en su profesión, la respuesta es afirmativa; de hecho él mismo reconoce cuanto de pintoresco hay en empujar al juez a la insumisión frente a la ley (Ollero, 2003: 55-56). Así, p.ej. cabe recordar las exigencias deontológicas que para algunos deben adornar la vida privada del juez: regularidad en la vida familiar y sexual, no llevar una vida ostentosa, que el apego a las bebidas alcohólicas no sea desmedido, que su afición al juego sea por entretenimiento, etc. (Del Moral, 2003: 851). Y seguramente están bien como pautas de conducta para algunos. Pero mientras que se escapan del marco de lo jurídicamente positivizado, sólo dan cuenta del deporte nacional de interferir en la vida ajena con la jurídicamente impertinente y cuestionable censura ética de lo que contraría nuestra interesada convicción; pues: «(e)n un Estado democrático, la validez jurídica y la obligatoriedad nacen de la existencia de normas legales o del libre acuerdo de los ciudadanos. (Y) (l)as normas deontológicas no son normas legales, ni responden a una voluntaria convergencia de voluntades» (Iglesias, 1991: 53).

La limita porque tal planteamiento deontológico expulsa tanto las consideraciones propias de creencias y valoraciones tradicionales que no se apoyan en una regla de Derecho, cuanto aquéllas a las que puede oponerse el administrado o el operador jurídico legítimamente aunque se ofenda el corporacionismo del alma togada del cuerpo profesional en cuestión.

Pero, como decía, el planteamiento iuspositivo, aunque restringe, también expande en un sentido importante las posibilidades cualitativas y cuantitativas de la normación deontológica. Primero, porque referir la deontología profesional, en este caso del MF, al conjunto de normas –reglas y principios– operativas y contenidas –explícita o implícitamente– en el ordenamiento jurídico, más que cerrar el análisis sobre la reglamentación positiva explícita, recomienda mantenerlo abierto a la determinación de los criterios de racionalidad práctica –corrección de medios orientada a unos fines justificados– y al conjunto de consideraciones crítico-normativas que sirvan para depurar esa reglamentación que debe presidir la conducta y actuación del MF. Segundo, porque arrima la determinación de las normas deontológicas del MF al planteamiento sustantivo y axiológico democrático-constitucional que, en cuestiones de moralidad jurídica es el único legítimo. Y, tercero, porque ya no se trata de proteger conservadoramente el pétreo halo de misticismo que adornaba lo que se creía una buena programación de la conducta fiscal, sino de recoger el conjunto de aportaciones e instrumentos crítico-legitimadores que limitan y configuran el sentido y la justificación de la praxis del MF para adecuarla a las necesidades y exigencias legítimas de la sociedad real y de un planteamiento democrático depurado y exigente.

5. *El encuadre constitucional de la deontología fiscal.* El espacio constitucional de juego del MF es el de la justicia que da sentido a la legalidad. Lo que le exige ir más allá de la defensa literalista de la ley para, sin rebasarla, materializar los valores que definen el patrón sustantivo de justicia constitucional, del interés público y social y de la de protección de los derechos de los ciudadanos ante los tribunales⁶. Esta promoción de la moralidad de la justicia constitucional dentro de los lindes de la legalidad establecida reclama, a su vez, una especial atención al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y sus modificaciones, a las instrucciones interpretativas al respecto, a los principios de «unidad de actuación» y «dependencia» y a las decisiones jurisdiccionales y constitucionales referidas a las obligaciones de actuación del MF.

6. *Principios y criterios deontológicos fundamentales –de actuación, conducta y decisión– del MF.* Centraré críticamente las claves deontológicas del MF en torno a los siguientes ocho principios fundamentales de ordenación de su práctica e intervención.

⁶ Al respecto, artículo 124.1 CE y artículo 1 EOMF.

1.º Principios de unidad de actuación, dependencia y subordinación jerárquica.

Los miembros del MF actúan siempre de forma subordinada a un superior jerárquico del que dependen para sus promociones, sustituciones, instrucciones, imposición de sanciones, etc.

Tal es la consecuencia de que el MF se presente con una estructura piramidal coronada por un Fiscal General del Estado (FGE) nombrado a propuesta del Gobierno (art. 29.1 EOMF). A partir de aquí se va desdoblando una cascada jerárquica en la que cada fiscalía de los órganos correspondientes es dirigida por un Fiscal Jefe al que se subordinan todos los miembros del órgano fiscal en cuestión, lo que permite establecer un sistema de órdenes e instrucciones (art. 27 EOMF) y de responsabilidades y sanciones (arts. 62-67 EOMF) perfectamente jerarquizado.

Esta estructura piramidal del MF inyecta sentido y posibilidad a los principios de *unidad de actuación* (art. 2 EOMF), *dependencia (idem)* y *subordinación jerárquica* (arts. 23 y 27).

Estos tres principios deontológicos del MF definen tres dimensiones complementarias de una misma realidad institucional incuestionablemente engarzada en torno a la dinámica del ejecutivo⁷ –a pesar de las manifestaciones doctrinales, legales, gubernamentales, etc. a favor de su independencia–. Dependencia/independencia gubernamental que se articula de distintas (y cuestionables) formas en los Estados desarrollados de nuestro entorno⁸.

⁷ A modo de ejemplo, Fernández Bermejo, como fiscal de Sala, proclamaba antes de su nombramiento como Ministro de Justicia del gobierno del PSOE, que él era de izquierdas y que «las ideologías existen, pese a quien pese». No obstante lo cual creía en la neutralidad de una reforma del MF orientada a «asegurar el respeto y el reconocimiento de la institución a través del fortalecimiento de su autonomía» (Fernández Bermejo, 2006: 9).

⁸ Así, en Alemania, la fiscalía tiene una estructura descentralizada al ser competencia de los *Länder*; y haber fiscales federales sólo en los tribunales de más alto nivel y de competencia federal. El Fiscal General Federal es nombrado de por vida por el Presidente Federal a propuesta del Ministro de Justicia y con el consentimiento del *Bundesrat*. No pertenece al Poder Judicial, es independiente de los Tribunales y actúa, igual que los Fiscales Federales, bajo la supervisión del Ministro de Justicia que puede darle instrucciones, aunque en la práctica no ocurra. En Italia el Procurador General de la República es uno de los componentes del Consejo Superior de la Magistratura. Al MF le están encomendadas las investigaciones preliminares que le permitirán solicitar el archivo o la apertura del juicio oral. El fiscal es un Magistrado que se diferencia por su función y goza de independencia e inamovilidad, estando muy desdibujado el principio de dependencia jerárquica. De hecho la única facultad efectiva de que dispone el Ministro de Justicia respecto de los fiscales es disciplinaria, lo que sirve para controlar, pero no para dirigir. Y en Francia el MF se integra junto con los jueces en el Cuerpo Judicial; de hecho ambas carreras tienen el mismo sistema de acceso y su formación se desarrolla en la misma Escuela Nacional de la Magistratura, siendo posible la comunicación entre una carrera y otra. La diferencia con los jueces es que los fiscales tienen su propio estatuto, se rigen por el principio de dependencia jerárquica –si bien pueden ejercitar o no acciones contra el parecer de sus superiores

El *principio de unidad de actuación* da cuenta de que, como se deben acatar las instrucciones de los fiscales superiores hasta llegar a un órgano fiscal unipersonal –a su vez dependiente del Gobierno–, los criterios sustantivos de actuación del conjunto del MF se integran en una cadena piramidal que se ensancha, pero no se diversifica⁹, al depender siempre de un principio de delegación material o de contenidos¹⁰.

Como apuntaba, ese principio de unidad de actuación se complementa y proyecta como un *principio de dependencia jerárquica*, ya no material sino estructural, que impone que los miembros del MF «(a)ctuarán siempre en representación de la Institución y por delegación de su jefe respectivo» (art. 23 EOMF). De esta forma se clarifica que la dependencia de las órdenes e instrucciones dadas por los fiscales superiores tiene sentido y es posible porque los fiscales actúan en función de una autoridad delegada por el órgano inmediatamente superior y así sucesivamente hasta llegar al FGE y al Gobierno. Así la anterior delegación de contenidos que alimentaba la unidad material de actuación se perfecciona ahora a través de una cadena o principio de delegaciones de autoridad.

La tercera dimensión de la estructura piramidal del MF se concreta en el *deber de subordinación jerárquica*, que ultima las anteriores previsiones de jerarquización de contenidos para la unidad de actuación y de delegaciones de autoridad.

En efecto, el principio de subordinación jerárquica, tanto impone que los fiscales inferiores no se puedan apartar de los contenidos dictados por los superiores¹¹, cuanto permite que el fiscal inferior pueda ser sustituido por otro, en cualquier momento del proceso o de la actividad que realice, por decisión de su superior si éste cree poseer razones fundadas al efecto (art. 23 EOMF). Y, además, cimienta la estructura piramidal obturando cualquier posible vía de escape al establecer un sistema promocional y sancionador que se despliega jerárquica-

y hacer en sus informes orales las apreciaciones que consideren pertinentes en bien de la justicia, aunque se someten en su actuación escrita a las órdenes que reciban–, y los Procuradores Generales pueden recibir órdenes del Ministro de Justicia, aunque sólo en los casos legalmente previstos.

⁹ Así, el FGE puede impartir órdenes e instrucciones vinculantes generales o sobre asuntos específicos, y análoga facultad tienen los Fiscales Jefes de cada órgano respectivo (art. 25 EOMF). Aunque si un fiscal recibe una orden que cree impropia o contraria a la legalidad puede hacérselo saber a su Fiscal Jefe. En caso de que la orden proviniese del FGE éste resolverá definitivamente oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 27.1.2 EOMF).

¹⁰ Y se refuerza esta unidad sustantiva con la previsión de que cada Fiscalía celebre periódicamente Juntas de todos sus componentes que adoptarán acuerdos por mayoría que se concebirán como informes (art. 24 EOMF).

¹¹ Tal como se establece en el artículo 22.2.3.4 EOMF.

mente desde el órgano unipersonal último y primero del FGE y del Gobierno de quien depende¹².

El MF: ¿institución parcialmente independiente, dependiente parcialmente, unitariamente autónoma o autónomamente parcial?

Los tres principios apuntados de unidad de actuación, jerarquización y subordinación que rigen la definición orgánica y deontológica del MF ventilan hoy la misma controversia que les sirvió para definir la institución fiscal como representante del Gobierno, luego para definir su Estatuto Orgánico de 1981 y sucesivamente para evidenciar sus presupuestos ideológicos y partidistas por mor del bien del proceso judicial, del interés general y de la Constitución. Basten al respecto algunas de las «perlas ministerio-fiscales» de nuestra cotidianidad político-judicial.

En mayo de 1997 el CGPJ emitió el preceptivo, pero no vinculante, informe de idoneidad del candidato del Gobierno a FGE Jesús Cardenal (art. 29.1 EOMF). Y en él no salía bien parado dadas sus críticas al pluralismo, el aborto y la homosexualidad y su falta de respeto a los principios constitucionales¹³. Pero, al final, y a pesar de sus planteamientos anticonstitucionales, Cardenal llegó a ser FGE a propuesta del Gobierno conservador del PP –en este sentido el TS alertaba sobre el debilitamiento de las funciones de los órganos colegiados (STS 4616/1988)–. Antes de Cardenal, Ortiz Úrculo había ocupado la Fiscalía General del Estado dejando traslucir sobre el ejercicio de su cargo una conciencia, a decir de algunos, más que radicalmente conservadora y que daba cuenta de sus dependencias con el ejecutivo del PP y con el *Opus Dei*¹⁴. Por su parte Fungairiño que sucedió al Fiscal

¹² Pues al FGE «corresponde... la dirección e inspección del Ministerio Fiscal» (art. 22.1 EOMF). Lo que se complementa con una previsión sancionadora jerarquizada: las sanciones correspondientes a las faltas se imponen por los superiores jerárquicos. En concreto –art. 67 EOMF interpretado conforme a STS 6834/1999–, las sanciones de advertencia (faltas leves) las impone el Fiscal Jefe correspondiente y son recurribles ante el Consejo Fiscal; para las de multa (faltas leves y graves), traslado y suspensión (graves y muy graves) es competente el FGE, y son recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia, y la de separación del servicio compete al Ministro de Justicia a propuesta del FGE y previo informe favorable del Consejo Fiscal. A su vez, las resoluciones del Consejo Fiscal y del Ministro de Justicia que agoten la vía administrativa serán susceptibles del recurso contencioso administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional –la Ley 14/3003 traslada la presentación del recurso contencioso administrativo del Tribunal Supremo a la Audiencia Nacional–.

¹³ Aún así se informó positivamente acerca de su cumplimiento de los dos requisitos legales para acceder al puesto –aunque, en realidad, el primer requisito (ser un jurista de reconocido prestigio) se satisface siempre por todo licenciado en Derecho para cualquier plaza o posición (por eso el CGPJ no lo cuestiona); y el segundo (llevar más que quince años de ejercicio efectivo de su profesión) es al final una mera exigencia de menor juventud de entre la ingente masa de licenciados en Derecho–. Y esto permite buscar «más a la persona de partido, dócil a las instrucciones políticas, que al jurista de reconocida competencia» (Del Moral, 2002: 25) para el cargo de FGE.

¹⁴ Y no se trataba sólo de que algunos se quejaron públicamente del perjuicio que tal condición conllevaba para su caso (como Ruiz Mateos en una «carta desde mi celda» publicada en *El Mundo*), sino también de recordar las polémicas de un recorri-

Jefe de la Audiencia Nacional cesado por Ortiz Úrculo –que enfadó a muchos cuando sostuvo la falta de competencia de la jurisdicción española sobre los crímenes cometidos en Argentina y Chile y cuya llegada a la jefatura de la Audiencia Nacional fue polémica y criticada por las asociaciones de fiscales– fue nombrado por Jesús Cardenal como FGE a propuesta del PP, pero luego fue objeto de la depuración gubernamental que impulsó Conde-Pumpido forzando su dimisión por sus graves discrepancias en materia de la política antiterrorista sostenida por el Gobierno, esta vez del PSOE.

Frente a esta realidad que evidencia las dependencias gubernamentales del MF y que explica por qué los principios de unidad de actuación, jerarquización y subordinación permanecen en el centro de una controversia doctrinal y jurisprudencial y legislativa, el legislador ha optado por reformar y retocar en distintas ocasiones el EOMF de 1981, aunque a veces no parece saber muy bien cómo conseguir lo que pretende, ni siquiera si eso que pretende lo quiere seriamente, no obstante lo cual proclama con constancia en sus Exposiciones de Motivos que «persigue... reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal como órgano de relevancia constitucional... (y) dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuya a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación» (Exp. Mot. Ley 24/2007 que modifica el EOMF).

Y es verdad que se ha avanzado desde aquella Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 que atribuía al MF la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial; algo que mantiene el EOMF de 1926 hasta que la Ley Orgánica del Estado sustituyó el término «representación» por el de «comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de justicia». Desde ahí, pasando por el RgtoMF de 1969, conforme al que el Ministerio de Justicia puede dirigir al Fiscal del TS (el actual FGE) orden verbal o escrita que debe cumplir (art. 86 RgtoMF/1969), hasta la situación actual, en la que el Gobierno nombra al FGE y le puede dar Instrucciones que éste puede rechazar, previa audiencia de la Junta de Fiscales de Sala, si las cree infundadas o contrarias a la legalidad¹⁵, la cuestión de la dependencia se ha transformado.

do. P.ej., cuando Úrculo cesa al fiscal de la Audiencia Nacional alegando que existe una «razón motivada» y «causas fundadas para el traslado», aunque no sin decir cuáles excepto que le faltaba autoridad sobre sus subordinados. Y como fondo de escenario, de nuevo, el trasunto ideológico partidista que caracteriza a la institución fiscal: la decisión es apoyada por la conservadora AF y criticada por la UPF y por dos miembros del Consejo Fiscal, el único elegido democráticamente, que pertenecía a la UPF, y el jefe de la inspección fiscal.

¹⁵ Sucedió, p.ej., cuando el Gobierno (27 de enero de 1995) solicitó al FGE que se ejercitaran acciones penales por unas manifestaciones injuriosas contra el Presidente del Gobierno. Pero, tras oír a la Junta de Fiscales de Sala, el FGE desatendió la petición por provenir de un diputado en lo que se entendió su libertad de expresión.

Sin embargo, que se haya conseguido dotar al MF, y en particular al FGE, de la suficiente autonomía frente al ejecutivo es asunto bien dudoso (*vid infra*) a pesar que se van imprimiendo ciertos retoques sobre los principios de dependencia, unidad de actuación y subordinación, destacadamente: de un lado, la modificación del régimen de nombramiento del FGE, de tal forma que ahora impone una comparecencia obligatoria del candidato a FGE ante una Comisión del Congreso de los Diputados antes de ser nombrado¹⁶. De otro lado, la duración limitada a cuatro años del mandato del FGE y la previsión de ciertas causas «objetivas» para su cese –a petición propia, por incompatibilidad o prohibición legal, por incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo, por incumplimiento grave de sus funciones o por cese del Gobierno que lo hubiese nombrado– desapareciendo la libre decisión de cese sin causa por parte del Ejecutivo (art. 31 EOMF/2007). Y, también, la obligación de intervención de la Junta de Fiscales de Sala siempre que el FGE vaya a impartir órdenes a sus subordinados en cualquier asunto que afecte a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos.

2.º *Principio de legalidad, de fidelidad a la Constitución, de promoción de la tutela judicial efectiva y de garantía de la independencia de los jueces y tribunales.*

El principio de legalidad se integra de forma compleja a partir del desarrollo de las previsiones constitucionales y legal-estatutarias hasta concretar un paquete de deberes de conducta y principios deontológicos que se sustentan mutuamente al jugar conjuntamente los artículos 9.3 CE, 2 EOMF –principio de legalidad y jerarquía normativa– y 24 CE –que garantiza la tutela judicial efectiva de todas las personas ante los jueces y tribunales–, el 3.1.2 EOMF –función de garantía de la legalidad e independencia jurisdiccional–, y los artículos 45.2 y 62.1 EOMF –deber de guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y sanción por el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución–.

Ahora bien, precisamente por esa complejidad del principio de legalidad y por la constante aparición de nuevas necesidades fruto de la evolución y la rápida transformación social –lo demuestra la creación de la Fiscalía anticorrupción, la remodelación y ampliación de la función del MF en la protección de los derechos del menor, etc.–, lo que la realidad demuestra es que la legalidad vigente deja abierto un amplio margen interpretativo que, respecto del MF se ensancha con, y

¹⁶ Reforma ésta que se queda corta frente a la ya generalizada exigencia de un mayor protagonismo parlamentario respecto de su elección –favoreciendo así la representatividad democrática exigible cuando se trata de proteger el interés social y general (p.ej., Martín Ostos, 2006: 196-197) y que, para algunos, a su vez, debería complementarse con una participación más activa del CGPJ (p.ej., Del Moral, 2002: 24 ss.).

se enfrenta al, conjunto de controvertidos principios formales de dependencia y subordinación jerárquica, unidad de actuación, legalidad y, a la par, imparcialidad, independencia, defensa de los derechos de los ciudadanos y promoción y protección de la justicia constitucional, y todo ello bajo la rúbrica de la defensa del interés general.

Un principio de legalidad de mínimos para el MF. El principio de legalidad es, junto con los de división de poderes e interdicción de la arbitrariedad de la administración, uno de los tres pilares formales básicos del Estado de Derecho constitucional. Por eso el MF no está facultado para sorprendernos con pretensiones inauditas y justicieras no previstas positivamente en el marco del sistema jurídico de la legalidad. Aunque esto no debería enturbiar el prisma dinámico, interpretativo, vivo y circular con que la Constitución impone contemplar el ordenamiento en su conjunto y materializar sus exigencias de justicia¹⁷ en relación con la dinámica jurisdiccional, el conjunto interpretativo de las normas que manejan positivamente los operadores jurídicos y, sobre manera, las especificaciones interpretativas que anima el orden neoconstitucional. Y es que, a pesar de los principios de subordinación, dependencia y unidad de actuación, el MF debe ajustarse a la legalidad en favor de la acción de la justicia constitucional (arts. 124.1 CE y arts. 1, 6, 45 y 62 EOMF), colaborar en el Poder Judicial (art. 2 EOMF; *vid infra*), y velar por las instituciones constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 3.3).

Pero, qué sucede si el MF no es consecuente, por acción u omisión, con la legalidad. Problema éste que se vuelve especialmente controvertido, y que hace que el «imperio de la ley» que somete al MF sea distinto del que vincula a los jueces (art. 117.1 CE), a la vista ya no sólo de la porosidad y ductilidad interpretativa, la jerarquización y vinculación gubernamental del MF, y su función de proteger algo tan sutil y prolífico como el interés general. Vayamos por partes.

El principio de legalidad judicial implica que los jueces se someten a la ley y sólo a la propia ley, protegiendo los derechos individuales conforme al límite máximo de la legalidad. Y es en esa sumisión a la aplicación de la legalidad, en su propia acción, donde el juez encuentra su legitimación al emanar la ley de un poder democrático. Pero las cosas son distintas cuando de la Administración y el MF se trata. Pues éste no aplica la ley; insta su aplicación atendiendo a los intereses generales, de tal forma que la ley sólo condiciona la acción del fiscal porque no puede transgredirla. Esto hace que el principio de legalidad que vincula al MF (art. 103 CE), y que le obliga a perseguir los intereses generales y los público-estatales (art. 124.1 CE), no se materialice como el fin, sino más bien sólo como su principio de acción¹⁸; una

¹⁷ Profundizo en esta visión institucional del Derecho, p.ej., en Suárez Llanos, 2005: 350 ss., 2007: 162 ss.

¹⁸ En este sentido y complementariamente, Montero Aroca, 2007: 52-53.

acción y actuación en la que se servirá de todos los recursos, quiebras, oscuridades y vacíos legales.

Más allá de reconocer que la legalidad es mil veces y legítimamente reinterpretable –aunque exista un mínimo de claves interpretativas fácticas y normativas obvias que deben atenderse para no burlar el principio de legalidad ni provocar indefensión–, la posibilidad de exigir responsabilidad al MF por no someterse al principio de legalidad es controvertida. De principio hay que diferenciar una actuación negligente y/o de desconocimiento del Derecho, de una actuación dolosa. El caso de falta de diligencia en el conocimiento del Derecho se verá enseguida. Pero, si de lo que se trata es de un apartamiento consciente y doloso del ordenamiento determinar la responsabilidad es difícil. Porque aunque sería susceptible de ser calificado como una falta muy grave por violación de su deber de respetar la Constitución y violación intencionada de los deberes inherentes a la condición de fiscal (arts. 62.1, 63.11 EOMF), de un lado, regresa la evidencia de que la interpretación y manejo de la legalidad es dúctil, además de que las sanciones correspondientes las impondría o el Fiscal Jefe respectivo o el FGE definiéndose una realidad proclive al corporativismo; y, de otro, no son perseguibles las actuaciones fiscales que vulnerando el principio de legalidad fueran ordenadas o secundadas por los superiores¹⁹, y como tendría que ser el fiscal superior el que ordene la conducta contraria a la seguida para hablar de infracción del MF, llegado el caso, la sanción ya no será por infringir el principio de legalidad, sino por desatender las órdenes recibidas –infracción muy grave–.

3.º Principios de imparcialidad e independencia.

A pesar de los principios de unidad de actuación, dependencia y subordinación jerárquica, el MF debe actuar «con sujeción, en todo caso», al *principio de imparcialidad* (art. 2 EOMF), que le exige actuar «con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados» (art. 7).

El problema es concretar esta exigencia de principio toda vez que el fiscal: es parte en el proceso (art. 3); desconoce de antemano la «verdad judicial»; debe acatar las órdenes de sus superiores (arts. 25, 26, 27); está legalmente bajo la presión del ejecutivo (arts. 8, 9, 29, 41, 67); y no puede ser recusado (art. 28), aunque existe un régimen de incompatibilidades (arts. 57, 58 EOMF) y abstenciones (art. 28 EOMF-arts. 219 y 220 LOPJ). Veamos esto más cercanamente.

Al sostener que el fiscal debe ser imparcial cuando es parte en el proceso, desconoce la «verdad judicial» probada, se somete a sus superiores y daña los derechos de unos a favor de «otros», se plantean dos alternativas. Para una, la imparcialidad del MF es una contradic-

¹⁹ Pues si ante un escrito razonado de un fiscal a seguir una instrucción el fiscal superior se ratifica en su orden, se exonera de responsabilidad por el cumplimiento de la misma al subordinado (art. 27 EOMF).

ción en los términos, y proponerlo como un principio de conducta una burla²⁰. Para la otra, el principio de imparcialidad es imprescindible en la actuación del MF y, además, es posible materializarlo.

Y la elección es complicada. Entre otras cosas porque los dos planteamientos aciertan, aunque parcialmente. Y es que, pensar en una intervención procesal del fiscal no imparcial ni objetiva evoca un error judicial. Pero pensar que el fiscal maneja los mismos criterios de independencia, imparcialidad y motivación jurisdiccional es una equivocación. Se trata pues de sopesar y aquilatar realidad, virtudes, obstáculos e inconvenientes de una función controvertida como es la de proteger los derechos conforme a criterios de interés general que adquieran legitimidad democrática a partir de la intervención directiva del ejecutivo.

En este sentido, y como punto de partida, diría que se facilita la comprobación de la objetividad y la imparcialidad fiscal en algunas de sus funciones, mientras que se dificulta en otras. Se facilita, p.ej., cuando el fiscal promueve la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establecen y forma parte de otros orientados a proteger y defender a menores y desvalidos (art. 3.7 EOMF). Sin embargo, el elemento valorativo se amplía –y se acrecientan ciertos parámetros «visionarios» que dependen mucho de la valoración fiscal particular de los hechos, las normas y su relevancia coyuntural– y se oscurece el canon de imparcialidad, p.ej., cuando se trata de velar por el respeto de las instituciones constitucionales (art. 3.3); de intervenir en los procesos de que conoce el TC en amparo y en defensa de la legalidad (art. 3.11.12) dada la frecuente implicación de intereses del ejecutivo²¹; o de «(e)jercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros» (art. 3.4) cuando sobrevuela la oportunidad política²².

²⁰ Porque el MF lidia con intereses generales y no con derechos individuales, y porque la «independencia» del fiscal es «una mera palabra vacía de contenido jurídico, pues ni el Ministerio Fiscal ni los fiscales concretos actúan con independencia en defensa de los intereses que le están encomendados» (Montero Aroca, 2007, 51).

²¹ Así, p.ej., es difícil e intrigante comprender la imparcialidad fiscal en relación con el recurso del PP en contra de la tramitación de la reforma del Estatuto de Cataluña ¿Y qué pasó? Pues que la mayoría de la Fiscalía del TC contando con Ortiz Úrculo (que fue FGE con el PP) como Fiscal jefe se mostró partidaria de admitir a trámite el recurso del PP, en cambio sobre la mayoría de los miembros de la Junta de Fiscales se impuso el criterio del FGE, propuesto por el PSOE, de informar contra el recurso de inconstitucionalidad del PP al Estatuto catalán.

²² Se observa bien, p.ej., con la querrela que la Fiscalía del País Vasco presenta (15-03-2003 a instancias del FGE –Cardenal, elegido por el PP– contra el coordinador general de IU, Madrazo Lavín, por un delito de injurias al entonces presidente del gobierno Aznar –se trataba de expresiones tipo «Aznar es un terrorista... porque tan terrorista es aquel que asesina en Euskadi como el que promueve y orienta políticamente una guerra terrorista en Iraq»; el fiscal entiende que con tales expresiones se está imputando la comisión de delitos terroristas y que Madrazo podría haber manifestado su oposición a la guerra en términos menos ofensivos.

A este planteamiento acerca de las dificultades en la comprobación de su imparcialidad e independencia hay que sumar el argumento importante de que el MF no es una institución integrada en el Poder Judicial, a pesar de la oscura fórmula del artículo 2 EOMF²³. Pues la otra opción es insostenible, igual que lo sería la idea de que «(e)l hecho de que el Ministerio Fiscal no esté representado como tal, en el Consejo General del Poder Judicial, no es un obstáculo para que se le considere integrado en el Poder Judicial, ya que su integración no es orgánica, sino funcional, a través de funciones no jurisdiccionales...»²⁴; porque el legislador ha ideado una institución fiscal dependiente, jerarquizada y carente de función jurisdiccional²⁵; porque el MF es una persona a cuyos criterios otros representan y obedecen necesariamente con lealtad; y, además, porque esa persona institucional es dependiente de los criterios coyunturales de definición del interés público y general, pero no tiene como misión la defensa de los derechos de los ciudadanos excepto de los que el FGE especifique como tales.

Ahora bien, aceptadas estas dificultades, también hay que reconocer, como exigía el segundo planteamiento, la necesidad de la actuación del MF o de una contraparte que actúe en el esclarecimiento de los hechos y en su calificación normativa con una pretensión seria de objetividad e imparcialidad y de diligencia en la búsqueda de las mismas.

Esta propuesta materialmente se concretaría en el deber del fiscal en cuestión de: conocer y atender al conjunto del ordenamiento para la valoración de los hechos y de las normas; no atender a presiones o intereses personales²⁶; y mostrar un alto grado de diligencia en la adopción de las medidas de investigación y esclarecimiento de los hechos y en la valoración de los mismos²⁷. Aspecto éste que se reforzaría impulsando el deber fiscal de motivación razonada de sus actuaciones a la vista de los hechos y del principio de legalidad.

²³ Complementariamente, Montero Aroca, 2007: 50-51, Moreno Catena, 2007: 75-76.

²⁴ Explicación-justificación de la Enmienda (núm. 109 del grupo Minoría Catalana) que sirve para la redacción definitiva del artículo 2 EOMF/1981 y conforme a la que el MF se integra «con autonomía funcional en el Poder Judicial».

²⁵ En este mismo sentido y complementariamente, Sanchis Crespo, 1995: 40-44.

²⁶ La reforma del 2007 del EOMF se sensibiliza con esta exigencia al caracterizar como falta grave la acción fiscal de «(d)irigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de fiscal, o sirviéndose de esa condición» (art. 63.12 EOMF/2007). Lo que se une a la sancionabilidad, aunque como falta leve, de «(l)a simple recomendación de cualesquiera actos de que conozcan los juzgados» (art. 64.5 EOMF).

²⁷ Planteamiento éste que ratifica el TS al entender que la imparcialidad que le exige la ley no impide que el MF puede impulsar una investigación y la práctica de todas las actuaciones y diligencias que considere necesarias y luego sostener una posición acusadora o interesar la absolución si así lo considera pertinente (STS 764/2007).

La imprescindible independencia del fiscal y del MF y sus trabas orgánico-institucionales. Señalaba que la condición de imparcialidad de la actuación fiscal se concreta en un deber de actuación independiente y objetiva (art. 2 EOMF). Pero los problemas al respecto son fuertes dada la dependencia orgánica y funcional que caracteriza la institución del MF.

Pues bien, frente a tan problemática concreción caben dos actitudes crítico-normativas. Una, abogar por una modificación sustancial del MF que garantice su independencia –tanto del FGE como de cada fiscal–. Esto contribuiría a «judicializar» a la fiscalía y evitaría algunos problemas endogámicos y de parcialidad de las actuaciones. La otra alternativa, la más valiosa como luego explicaré, consiste en rearticular la dependencia jerárquica y del ejecutivo, entre otras cosas, garantizando el conocimiento y el control público de la misma. Para ello, además de exigírsele al MF una exposición razonada y pública de sus motivaciones de actuación, sería imprescindible, también, regular legalmente la extensión material y de contenidos de las posibilidades de dirección del gobierno y de los fiscales superiores –estableciendo por ley, p.ej., si la oportunidad política, el interés electoral o la afinidad ideológica pueden ser criterios de actuación y sanción y motivando después escrita y públicamente cada decisión de actuación–. Igualmente sanearía la relación de dependencia a favor de la imparcialidad modificar el sistema de ascensos y nombramientos, impidiendo que sea la satisfacción de los órganos superiores o del Gobierno con el servilismo del fiscal lo que marque la categoría profesional (arts. 32-41 EOMF). Complementariamente, debe establecerse un programa de responsabilidades y sanciones por conductas manifiestamente prejuzgadas²⁸ y/o interesadamente parciales, sean ordenadas o de *motu proprio*, y también por actuaciones poco diligentes, ya se refieran al esclarecimiento de los hechos, al impulso de actuaciones policiales y judiciales, a la exigencia de responsabilidad por las acciones de los secretarios y personal auxiliar subordinado²⁹, etc., o al conocimiento de la normatividad y sus claves jurídico-interpretativas.

También es verdad que insistir en la depuración de los principios de imparcialidad e independencia del MF no es ninguna originalidad, y así se propone como un objetivo preferente de las reformas

²⁸ Así en el conflictivo caso Nevenka no se consideró constitutivo de falta muy grave la manifiesta falta de objetividad del fiscal encargado del asunto; simplemente se entendió que como sus prejuicios disociaban la visión de la sociedad y la fiscalía en materia tan sensible como los delitos contra la libertad sexual e impedían una conducta objetiva por parte del fiscal que diera sentido a los principios de legalidad e imparcialidad, lo más apropiado era sustituir al fiscal por «razones fundadas» al amparo del artículo 23 EOMF.

²⁹ En este sentido, ya es falta muy grave «(d)ejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieran o debieran conocer el incumplimiento grave por aquellos de los deberes que les correspondan» (art. 63.4 EOMF).

del EOMF del 2007 y del 2003. Sin embargo, las mismas aún son insuficientes. Pues, de un lado, la facultad de los fiscales para dirigir, dar instrucciones generales y particulares obligatorias y controlar a los fiscales subordinados se mantiene³⁰, a lo que se agrega que el FGE podrá llamar a cualquier fiscal ante él para recibir sus informes igual que podrá nombrar a cualquier fiscal para intervenir en un asunto determinado³¹. Y, de otro lado, la capacidad de presión del Gobierno sobre el MF queda indemne pues: puede interesar del FGE que promueva ante los Tribunales las acciones que estime a favor del interés público (art. 8 EOMF); anualmente o cuando se lo pida, el FGE le emitirá un informe de su actividad (art. 9), el Gobierno propone al FGE, (art. 29), aunque haya de comparecer ante una Comisión del Congreso (Ley 24/2007); puede remover a los Fiscales Jefes a propuesta del FGE; y los Fiscales Jefes, el FGE y el Ministro de Justicia son los competentes para imponer las sanciones leves, graves y muy graves respectivamente (art. 67 EOMF).

*La obligación de abstención del fiscal tocado de parcialidad*³². Evidentemente, una de las condiciones de una actuación imparcial, objetiva e independiente del fiscal es que no tenga intereses o vínculos con el caso de que se trate. Para ello se impone el deber deontológico de abstención de actuación, algo que las partes intervinientes pueden reclamar al superior jerárquico del fiscal³³, por las mismas causas que afectan a los Jueces y Magistrados³⁴, aunque no cabe recusar a los fiscales (art. 28 EOMF). Y, aunque es cierto que el elenco de esas causas de abstención es amplio también adolece de dos representativos problemas. Uno es el problema endogámico de la institución. Básicamente porque la decisión de la procedencia de un reclamo de abstención, frente a la que no cabe recurso, queda en manos del superior jerárquico al fiscal, del que depende y con el que puede haber participado de intereses y criterios en anteriores pleitos y circunstancias, incluso en aquellos que motivan la abstención. El otro problema es que, aunque es una garantía para las partes que puedan reclamar la abstención del fiscal, también puede suponerles un perjuicio, sobremanera si el fiscal superior no la acepta.

³⁰ Conforme a los artículos 25, 26 y 27 EOMF.

³¹ Lo único que se reforma (Ley 24/2007) es que se priva de esa última facultad a los Fiscales Jefe.

³² *Incompatibilidades y prohibiciones*. Junto con las causas de abstención, se procura garantizar la imparcialidad del fiscal con un sistema de incompatibilidades y prohibiciones (arts. 57 y 58 EOMF) –básicamente el mismo que adorna a la función jurisdiccional (arts. 389 ss. LOPJ)– que, bajo sanción, tratan de disuadir al fiscal de la tentación de mejorar su situación profesional, personal, familiar o mercantil a cuenta de su cargo.

³³ Decidiendo, en caso del FGE, la Junta de Fiscales de Sala presidida por el Teniente Fiscal del TS, y ya no, tras una modificación de la Ley 24/2007 orientada a preservar la autonomía del MF, el Ministro de Justicia.

³⁴ Recogidas en los artículos 218 y 220 de la LOPJ.

En este marco, creo que los problemas se suavizarían mixturando la abstención con un catálogo de causas de recusación. También, insisto, abriendo un sistema de recursos frente a la decisión del fiscal superior que avale su neutralidad aun dependiendo de una institución jerarquizada. Y, además, materializando, como hace bien la Ley 14/2003 de reforma del EOMF, como una verdadera obligación deontológica, con sanción, que el fiscal se aparte de intervenir en el proceso cuando medie causa de abstención³⁵.

4.º *Deber de impulsar el proceso en favor del esclarecimiento de los hechos y del interés general.* Es una obligación de conducta del MF instar en el proceso penal a la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares y las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Y, en el caso de la responsabilidad penal de menores, instruir directamente el proceso, pudiendo ordenar a la Policía Judicial las diligencias que a tales efectos considere oportunas (art. 3.5 EOMF/2007). Tales funciones, orientadas al interés general, abocan la controvertida cuestión del sentido y alcance de la acción del MF como un «juez instructor» y, en su caso, como director de la acción de la Policía Judicial incluso cuando ya se esté ocupando de la investigación un juez de instrucción en el marco del proceso penal. Empiezo por esto último.

El MF como director de la Policía Judicial. El MF puede, y se ratifica tras la reforma del 2007, ordenar a la Policía Judicial las diligencias que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos. La cuestión al respecto es cuánto de amplio y de bueno tiene tal facultad, y por qué la Policía Judicial se pone al servicio del MF y no del orden jurisdiccional. Cuestión que se complicó aún más con una muy controvertida instrucción del FGE, Conde Pumpido, que permite a los jefes de las fiscalías impartir directrices sobre «criterios y prioridades» de la acción policial.

En efecto, la Instrucción 1/2008 «Sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial» concreta el ámbito competencial y material de las directrices de los fiscales adjudicándoles la potestad de ordenar investigaciones a la Policía Judicial aunque el juez ya tenga abierto un procedimiento por el mismo caso y lleve la dirección de su instrucción. Esas órdenes pueden ser de generales, referidas a asuntos aún no judicializados y en fase de investigación preprocesal³⁶. O pueden ser órdenes referidas a una investigación

³⁵ Con esta reforma del 2003, preocupada por la actualización del sistema de sanciones al MF, por acercarse (Exp. Mot.) a los criterios de la carrera judicial, y por impulsar la efectividad de los valores constitucionales comprometidos en todo proceso jurisdiccional, se considera falta muy grave «(l)a inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas» (art. 62.8 EOMF/2003).

³⁶ Y exige «que la Policía le haya informado suficientemente de los hechos más graves o complejos y de sus circunstancias, así como de las diligencias practicadas y del resultado de las mismas».

concreta y relacionada con «aspectos puntuales» de la instrucción. Debiendo aportarse sus resultados, sean cuales sean, al proceso para garantizar los principios de imparcialidad³⁷ y contradicción.

Pues bien, seguramente porque la Instrucción ahonda en la vieja pero actual polémica sobre la figura del MF como juez instructor, la reacción judicial fue inmediata e inmoderada.

En efecto, tras aparecer la citada Instrucción, los jueces de la Audiencia Nacional decidieron convocar a la Junta de Jueces y denunciar los hechos al CGPJ, porque se estaría autorizando al fiscal a impulsar un «instrucción paralela y fuera del control judicial y fuera del control de las partes personadas en el procedimiento»³⁸; se trataría, destacan los jueces³⁹, de una inaceptable «patente de corso» a las investigaciones paralelas, que vulnera el principio de legalidad y sustrae a las partes del conocimiento y posibilidad de contradicción de las diligencias practicadas por el MF que, por tanto, estarían afectadas de nulidad.

Sin embargo, el órdago judicial, lejos de arredrar al FGE, le animó a insistir en la anterior con una segunda instrucción, eso sí, reclamando prudencia a los fiscales y justificación para sus actuaciones, y matizando que las diligencias practicadas «en ningún caso pueden desembocar en una investigación paralela a la instrucción judicial...». A su vez, esta indolencia del FGE a la reacción judicial es secundada por los fiscales. Pues, para la UPF, la Instrucción no absorbe ninguna facultad judicial, ni rompe el principio de contradicción, ni desequilibra la posición de las partes, sobre todo teniendo en cuenta que el MF no es una parte cualquiera. Y la conservadora AF considera acalorada la respuesta de los jueces y no acepta que se consideren nulas las pruebas que presenten los fiscales pues legalmente el fiscal debe impulsar y agilizar los procesos judiciales y la Instrucción garantiza la inclusión de todos los resultados al proceso.

³⁷ No lo vieron así en su momento ni Fungairiño –como Fiscal Jefe en funciones de la Audiencia Nacional– ni su subordinada la fiscal Márquez de Prado, pues en el proceso contra el etarra Azurmendi la fiscal encargó un informe pericial balístico sobre el atentado de ETA contra Aznar, y tras obtener un informe negativo decidió no incorporarlo al sumario. Así desatendió un indicio que apoyaba la absolución del etarra y siguió con la acusación.

³⁸ Algo que contraría la LOPJ y la LECrim. que establece que «(c)esará el fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos» (art. 773 LECrim.), y tampoco el EOMF autoriza al fiscal en ninguno de los apartados de su artículo 5, modificado por la Ley 24/2007, a realizar pesquisas cuando el procedimiento penal ya estuviera en marcha.

³⁹ Que aquí sí parecen de acuerdo, pues todas las Asociaciones Judiciales –la mayoritaria Asociación Profesional de la Magistratura, para la que la Instrucción está hecha «de forma alocada, sin un mínimo de reflexión y sensatez» y genera «un conflicto innecesario y gratuito»; la independiente Francisco de Vitoria, que la considera «inaceptable e inaplicable», y Jueces para la Democracia, para la que la Instrucción puede dar lugar a una inútil confusión– se enfrentan a la Instrucción, igual que el tercer sindicato policial, la Unión Federal de Policía.

Esta cuestión de las posibilidades directivas de la Policía Judicial por parte del MF se relaciona estrechamente con el controvertido asunto, que reviso muy resumidamente, de la posibilidad y oportunidad de la figura del fiscal instructor penal

El MF como «juez instructor de lo penal». Al introducirse en 1988 el nuevo procedimiento abreviado, el legislador se planteó seriamente la posibilidad de poner al MF al frente de la fase de instrucción por su naturaleza mayormente administrativa y no enjuiciadora. Pero la respuesta crítica desde todos los frentes fue tan dura que el Gobierno frenó su iniciativa⁴⁰. Sin embargo, el debate se reforzó y la semilla sembrada en el procedimiento abreviado comenzó a dar sus frutos.

En efecto, la modificación (LO 4/1992) de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores –que exigió el TC– aumenta el protagonismo del MF en ese ámbito del Derecho penal al establecer que, en la tramitación de los expedientes, el MF «dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos» a fin de preservar la imparcialidad del juzgador (Exp. Mot.). Así y desde entonces la instrucción en el ámbito penal de menores corresponde al MF, limitándose el juez a adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, a enjuiciar y a fallar⁴¹.

En consecuencia, el planteamiento legal concreta básicamente: que en la instrucción del proceso penal de mayores el MF puede instar al juez la adopción de medidas cautelares y diligencias para esclarecer los hechos y dirigir a la Policía Judicial, pero que en el ámbito del proceso por responsabilidad penal de menores, el MF actúa como un verdadero juez instructor.

Sobre tales bases, actualmente la discusión se plantea enfrentando a quienes entienden que las actuaciones del MF deben estar bajo la autorización y dirección judicial si ya está abierto el proceso, con

⁴⁰ Aun así, la figura del fiscal se reforzó en alguna medida respecto de la instrucción en el procedimiento abreviado al autorizársele a practicar y/u ordenar a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime a efectos de la comprobación de los hechos o de la responsabilidad de los particulares en los mismos –luego archivará las actuaciones o solicitará al juez la incoación del procedimiento con remisión de lo actuado–.

⁴¹ Y el mismo criterio se sigue tras la promulgación de la Ley 5/2000 sobre Responsabilidad Penal de los Menores, que «encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal» (Exp. Mot.), la instrucción de los procedimientos, y practicar las diligencias de esclarecimiento de los hechos y responsabilidad (art. 16.1.2 LRPM). Tras la promulgación de dicha ley hubo que reformar el EOMF para adaptarlo al nuevo marco penal del menor y a unos principios orientados a su reeducación y protección de sus garantías y derechos constitucionales (Exp. Mot. Ley 12/2000 que modifica el EOMF). Así se impulsó una reforma del artículo 5.3 EOMF que añade la función del MF de instruir directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la LO 5/2000, pudiendo ordenar a la Policía Judicial las diligencias que considere oportunas (y así se mantiene tras la reforma del EOMF por la Ley 24/2007).

quienes abogan para que el MF absorba muchas de las facultades de la instrucción penal del juez⁴². Este reclamo de la instrucción del MF pretende que el fiscal que tenga noticia de la posible comisión de los hechos delictivos pueda decidir con imparcialidad qué diligencias deben practicarse para sostener una acusación y pedir la apertura del juicio oral o el sobreseimiento –pero preservando la autoridad judicial la facultad de acordar o no diligencias de investigación que conlleven restricciones de derechos y medidas cautelares–.

Esta dialéctica que enfrenta a partidarios y detractores de la instrucción fiscal se enmarca en la constatación por el TC⁴³ de que el juez instructor no puede enjuiciar el caso al verse infectado y perjudicado por la instrucción encaminada al esclarecimiento de los hechos, lo que le invalida para resolver la causa al partir de un «enjuiciamiento sospechoso»⁴⁴. Así, la STC 145/1988 establece la doctrina, ratificada en resoluciones posteriores⁴⁵, de que producen efectos contaminantes los actos que supongan actividad de investigación y reunión de los materiales para la celebración del juicio y la toma de decisiones correspondientes. Sin embargo, a partir de la STC 136/1992 se establece que para apreciar la contaminación juzgadora no basta que se den actos procesales de naturaleza instructora, hay que acreditar, aun indiciariamente, que la actividad instructora pudo provocar prejuicios e impresiones en el juzgador, esto es, «(d)eben existir... razones justificadas que confirmen la sospecha de parcialidad»⁴⁶ (Rodríguez Fernández, 1999: 27). Lo difícil es determinar qué actos de instrucción provocan prejuicios partidistas.

Y si es poco claro qué tipo de instrucción contamina al juez recomendando la instrucción del MF, oscuro es también concretar si la reforma es recomendable, como se comprueba revisando los argumentos que la secundan y el alcance de sus debilidades:

Primer argumento, quizá el más fuerte al jugar con el criterio del TC de la contaminación del juez instructor; la instrucción fiscal refuerza la imparcialidad del juez de instrucción que pasaría a convertirse en un «juez de garantías penales»⁴⁷. Claro que la cuestión entonces es si

⁴² De este escenario cabe excluir por minoritaria la idea de la suplantación total de la instrucción judicial por la de un fiscal que pueda adoptar medidas cautelares como la prisión provisional, o restrictivas de derechos como la entrada y registro domiciliarios, entre otras cosas, porque tal pretensión es inconstitucional (art. 117.3.4 CE) y vulnera las garantías esenciales del Estado de Derecho.

⁴³ Así la doctrina del TC sigue, con matizaciones, la línea de la STC 145/1988 que motivó la desaparición del inconstitucional «juez instructor-decisor» y el reconocimiento del derecho fundamental al «juez imparcial».

⁴⁴ En De Urbano Castrillo, 1999: 15; complementariamente al respecto, Rodríguez Fernández, 1999: 23 ss.

⁴⁵ Pej., STC164/1988, STC 151/1991, STC 372/1993.

⁴⁶ En el mismo sentido, De Urbano Castrillo, 1999: 15.

⁴⁷ Pues el juez instructor adolecería de dos importantes defectos: «(l)a calidad sólo formal, nominal, de la connotación jurisdiccional... una suerte de coartada para

sustituyendo al juez contaminado por un fiscal contaminado se da algún avance representativo. Y me parece que la respuesta es negativa. De un lado, porque la imparcialidad del fiscal ya viene afectada por su dependencia orgánica y funcional del Ejecutivo⁴⁸. Y es que, la vinculación de las funciones de investigación y acusación posibilita una acumulación de poder –por «la eliminación de frenos y contrapesos internos que permitan conjurar el... riesgo de actuar con lenidad y, más en general, de manera arbitraria» (Díez-Picazo, 2007, 37)– arriesgada en una institución jerarquizada y dependiente, pues puede dar de forma «más o menos encubierta, inmunidad a ciertas personas o en determinados casos». Y, de otro lado, porque se pone un mal parche a un problema que se puede solucionar estableciendo que la adopción de las medidas cautelares y de sobreseimiento o apertura del juicio oral las fije un juez distinto al que instruye la causa⁴⁹.

Segundo argumento, la instrucción por el MF permite responder más eficazmente a la realidad cotidiana del delito organizado, fundamentalmente el económico, de corrupción y de tráfico de droga, pues por sus especiales características condicen mal con una instrucción encargada a un cuerpo difuso de jueces independientes y absolutamente desconectados pero enfrentados a complejos entramados delictivos referidos. De hecho, las Memorias Fiscales ya demuestran que en la práctica la instrucción en estos delitos viene siendo realizada por el MF.

Ahora bien, y por práctico, real y atractivo que resulte este argumento hay que tener en cuenta que las garantías procesales no pueden sacrificarse por la eficacia de los resultados, y que siendo cierto que determinados entramados delictivos requerirían un cuerpo de instrucción coordinado, esa coordinación bien puede alcanzarse entre jueces de instrucción especializados.

Tercero, se aceleraría la fase instructora descongestionándose la administración de justicia en beneficio de los derechos de los implicados en el proceso penal. Pues el MF se limitaría a determinar si se dan las condiciones de sobreseimiento o apertura del juicio oral sin necesidad de ser tan exhaustivo como el juez de Instrucción que agota las diligencias de investigación posibles para evitar que le revoquen el sumario.

Pero también este argumento adolece de vicios⁵⁰. Porque apelar al fortalecimiento de la imparcialidad para luego alegar la celeridad del

atribuir tal calidad a sus aportaciones e introducirlas, como de contrabando, en el juicio», y que el juez instructor se vuelve «unilateral administrador de la prisión provisional, (pero) ejercida con la objetiva inevitable parcialidad del implicado en la investigación» (Andrés Ibáñez, 2007: 18).

⁴⁸ En esta línea y complementariamente, Andrés Ibáñez, 2007: 20.

⁴⁹ En este sentido, Garberí Llobregat, 2007. También cree necesario que la prisión provisional dependa de un sujeto institucional no contaminado, el «juez de garantías», «encargado de conocer de los incidentes probatorios...», entre otros, Andrés Ibáñez, 2007: 20.

⁵⁰ Complementariamente Garberí Llobregat, 2007.

fiscal por ser menos exhaustivo es contradictorio. Y porque la celeridad en la instrucción también se logra con medidas menos problemáticas, como el aumento de los recursos materiales y humanos, o el establecimiento de unos plazos legales de instrucción tras los que se dicte el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

Cuarto, si la investigación queda en las mismas manos de la acusación se limita la de efectividad de la acción popular, pues sin un órgano independiente e imparcial que dirija la investigación, se obstaculiza la obtención de los datos necesarios para ejercer la acción penal.

Quinto argumento, se fortalece el principio acusatorio pues, como el MF no genera actos de prueba, ya que no es independiente, terminarían los procesos penales que actualmente basan la condena en pruebas sumariales reproducidas en la vista oral.

Sin embargo, el argumento tampoco ahora vale del todo pues, como destaca Garberí Llobregat, en la instrucción del MF no tendría porqué desaparecer la prueba sumarial anticipada, al menos en aquellos casos en los que, como hoy sucede, «las fuentes de prueba corren el riesgo de perderse si se demora su utilización hasta el comienzo de las sesiones del juicio oral».

Finalmente⁵¹, sexto argumento en favor del fiscal instructor; el juez tiene expresamente limitadas en la Constitución sus funciones a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁵² (art. 117.4 CE).

Pero tampoco ahora tiene por qué valer este argumento. Básicamente porque llevamos más de cien años confiando en la instrucción judicial; porque tras casi treinta años el TC no se ha cuestionado la atribución de la instrucción a los jueces; y porque una interpretación de sentido del artículo 117. 4 CE permitiría dar cabida a la instrucción en la actividad de enjuiciamiento⁵³.

Por último, y completando las consideraciones críticas sobre el fiscal instructor, es bueno recordar que «en una lógica garantista, la separación entre investigación y acusación es valiosa» (Díez-Picazo, 2007: 35). Al mantener la figura del juez en la instrucción, aunque el fiscal pueda pedir actuaciones y diligencias de investigación⁵⁴, medi-

⁵¹ Aunque cabe apuntar un séptimo argumento; a saber, que la instrucción fiscal acerca la justicia a los ciudadanos, pues, con ella los actuales juzgados de instrucción ya no estarían contaminados y podrían enjuiciar, evitándose «que los testigos se tengan que desplazar decenas o cientos de kilómetros para asistir a juicios orales, que no se pueden celebrar en el lugar de comisión del delito porque los órganos penales existentes en él están contaminados al ser meramente instructores» (complementariamente, Espina Ramos, 2002). Sin embargo, la medida parece desproporcionada respecto de sus objetivos, pues bastaría con garantizar que un juez distinto al que ha de enjuiciar se ocupara de la instrucción.

⁵² En esta línea y complementariamente, Lorca Navarrete, 2008.

⁵³ En el mismo sentido, Garberí Llobregat, 2007.

⁵⁴ Pues no se está diciendo que el fiscal no deba investigar, diversamente, hay que reconocer que, a pesar de la oscuridad del artículo 124 CE sobre las funciones del MF, su deber de proteger la justicia y el principio de legalidad no se opone, sino que más bien reclama realizar las actividades que diligentemente sirvan para el esclarecimiento

das provisionales, etc., la decisión es del juez, evitándose un activismo fiscal que enturbia la objetiva imparcialidad de su actuación procesal acusatoria posterior y acerca la imagen del MF a la del abogado buscavictorias.

5.º *Principio de diligencia, conocimiento, ciencia y conciencia.*

Resultaba desalentador que el EOMF de 1981 concretara el deber de diligencia del MF en términos «casi-cronográficos» relacionados con la «prontitud y eficacia» (art. 48 EOMF) de sus actuaciones. Deficiencia ésta que no resolvían las sanciones previstas para los casos de «abandono... retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función fiscal», ausencia del destino o inasistencia a juicio injustificadas⁵⁵. Y es que, tales previsiones parecen contentarse con concretar el deber de diligencia del MF en un: que haga lo que sea, o que lo deje de hacer, o que haga lo que le manden si le mandan algo, pero que lo haga rápido, no importa mucho qué.

Sin embargo, y frente a tan parca concepción de la diligencia, el legislador va asumiendo el importante papel del MF en asuntos tan relevantes como la promoción de los derechos o la persecución, p.ej., de la verdad procesal penal. Y así introduce con la Ley 24/2007 ciertas modificaciones en el EOMF destinadas a reforzar, concretar y sancionar ese principio de diligencia. En concreto, ahora la diligencia debida exige al fiscal⁵⁶ no ausentarse de su destino ni desatender los asuntos⁵⁷, conocer sus deberes y no demostrar ignorancia en su cumplimiento, motivar los informes y dictámenes que lo precisen y exigir responsabilidad a los secretarios y personal auxiliar subordinado. Aunque, y aun reconociendo el avance, éste es insuficiente.

En efecto, la actual relevancia de la actuación del MF recomienda una reinterpretación del deber de diligencia que lo densifique exigiendo una conducta fiscal bien informada en ciencia y conciencia, siendo inexcusables, en favor del interés general y la protección de los derechos de los ciudadanos, los errores por desconocimiento del Derecho⁵⁸, en todas sus versiones, y de los hechos o circunstancias atinentes al caso⁵⁹.

de los hechos en relación con el Derecho. A lo que debe añadirse el reconocimiento expreso del artículo 126 CE de que la Policía judicial está al servicio de los jueces, tribunales y también del MF en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (en este sentido, Díez-Picazo, 2007: 35-36).

⁵⁵ Al respecto, artículos 62.4.5, 63.5 y 64.3.4.5 EOMF/1981.

⁵⁶ Se catalogan las conductas poco diligentes y sus correspondientes sanciones en los artículos 62.9.10.15.16 EOMF.

⁵⁷ Suaviza el TS la exigencia de diligencia fiscal atendiendo al principio de conservación de los actos procesales con la STS 307/2002 –en la misma línea SSTS 5319/1992; 2376/1990; 336/1996–.

⁵⁸ Complementa y limita la STS 1848/2002.

⁵⁹ Principio deontológico de diligencia cuya inobservancia implicaría sanción de suspensión, traslado forzoso o separación susceptible de alzada ante el Ministro de Justicia, y la resolución de éste de recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional (arts. 66 y 67 EOMF/2003).

6.º Principio de secreto y discreción.

Los funcionarios públicos, y destacadamente los de la administración de justicia, tienen un deber de sigilo que, en el caso del MF, exige guardar el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo (art. 50 EOMF). Este deber de secreto recuerda al que caracteriza la actuación del abogado (arts. 42.1 y 32.1 EstGral-AbogEsp/2001), pero sólo aparentemente, pues el secreto del abogado es una obligación y un derecho orientados a proteger y favorecer al cliente y sus allegados; sin embargo, el beneficiario y la finalidad del secreto del MF son más difusos teniendo en cuenta que: «(l)as actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento» (art. 120.1 CE); que «todos tienen derecho... a un proceso público» (art. 24.2 CE); que la actuación del MF persigue el esclarecimiento de la verdad procesal, no la acusación o la defensa del interés de una de las partes; y que «(e)l Ministerio Fiscal para el ejercicio de sus funciones podrá: (i) nformar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados...» (art. 4.5 EOMF/2007).

Entre el secretismo y la libre-información. Para entender y ubicar correctamente el deber de secreto y discreción del MF en relación con el deber de publicidad de sus actuaciones es bueno tener presentes ciertas consideraciones de entre las que destaco las tres siguientes:

Primera, el derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente (art. 18.1 CE). Lo que supone un reconocimiento público del interés privado de proteger ciertos derechos (reputación, fama, el honor, etc.) fácilmente vulnerables ya no por la resolución judicial sino por el conocimiento público del inicio de las actuaciones procesales o de las medidas adoptadas por el fiscal.

Así planteado, y ya que el proceso y las actuaciones judiciales deben ser públicos y la opinión pública tiene derecho a ser informada de las actuaciones del MF, la cuestión es cuándo la publicidad vulnera los derechos a la intimidad y la propia imagen. Y responder no es sencillo.

En efecto, la dialéctica entre la exigencia fundamental de publicidad y ciertos derechos fundamentales termina resolviéndose casuísticamente sopesando consideraciones axiológicas. Así, p.ej., entiende el TS que: no existe «intromisión ilegítima» por parte del MF cuando éste realice una «estricta actuación profesional ajustada a derecho y razonablemente fundada» (STS 536/1995). O que no hay quebrantamiento del deber de secreto cuando el FGE dicta un Decreto por el que se atribuye a la Fiscalía anticorrupción la investigación de una denuncia presentada por dos concejales socialistas contra ciertos representantes del Partido Popular pues, en este caso, el TS decide

priorizar los principios de diligencia debida y el deber del MF de informar a la opinión pública... (art. 5.4 EOMF) frente al deber de secreto y sigilo⁶⁰.

En segundo lugar, en el marco penal la obligación del MF de guardar el secreto se refuerza por el interés público de la eficaz persecución del delito que se fortalece en la fase sumarial⁶¹, que puede extenderse a las partes y que, además de recaer directamente sobre el fiscal, imponiéndole una responsabilidad penal, le obliga a garantizar su cumplimiento por las partes en el proceso y por terceros que intervengan en el mismo⁶².

Y, en tercer lugar, es un derecho constitucional fundamental el derecho «(a) comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [art. 20.1 d) CE].

Conformado en torno a estos tres ejes el deber deontológico del secreto –intimidad y honor-eficacia penal-libre información– el escollo es cómo sopesar y valorar la tensión entre ellos en busca de un equilibrio razonable. Pero al menos debe tenerse en cuenta que: cuando se trata del proceso penal, el deber de sigilo y secreto es un deber reforzado cuya extensión depende de los intereses procesales, pues el interés público en la persecución eficaz del delito, si es razonado y fundamentado, se antepone a las consideraciones personales. Y que, cuando no se trate de un proceso penal, el MF debe ser buen conocedor de los criterios establecidos jurisdiccionalmente y, destacadamente, por el TC para resolver la pugna entre los derechos fundamentales a la privacidad y el honor y la libre información. Aunque siempre sin perder de vista el carácter reforzado que adquiere el derecho a la intimidad desde el momento en que se inicia un proceso en el que se ventilan aspectos personales y familiares íntimos sin haberse probado y motivado judicialmente las razones por las que tales datos salen a la luz, lo que nuevamente exige insistir en un deber del MF por motivar razonadamente su decisión de dar publicidad a sus actuaciones –exigencia de motivación de la razonabilidad de la publicidad que refuerza la consideración del principio de sigilo y secreto por la Ley 14/2003

⁶⁰ Pues habiendo sido la tramitación procedente, en este caso, el representante del PP se querrela contra la portavoz del PSOE como «difusora de la noticia», lo que ya aclara quién tiene realmente para el PP la responsabilidad de tal difusión (Auto TS 88031/2005).

⁶¹ Así, «(l)as diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley...» (art. 301 LECrim.). «Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. (S)i el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas...» (art. 302 LECrim.).

⁶² Al respecto, artículo 3.1.3.4.5 EOMF.

como un deber inexcusable por parte del fiscal cuyo incumplimiento es constitutivo de una falta muy grave⁶³—.

De lo que el fiscal conoce al margen del interés del proceso. La cuestión ahora es si el deber de secreto y sigilo en sus actuaciones se proyecta también sobre el posible conocimiento por parte del fiscal en el ejercicio de sus funciones pero al margen del oportuno procedimiento de datos propios a la intimidad de la persona que podrían ser constitutivos de delito o falta.

Y aunque el asunto es controvertido parece razonable mantener el principio de secreto, a no ser que lo que el MF conozca por «azar» procesal sean hechos constitutivos de delito que afectan al interés público tutelado por la ley, los derechos del ciudadano o la independencia de los jueces y tribunales, pues entonces el fiscal tiene el deber de sacar a la luz procesal tales hechos en su marco deontológico constitucional de actuación (art. 124 CE), eso sí siempre que no se obtuvieran ilícitamente⁶⁴ y/o vulnerando los derechos constitucionalmente protegidos⁶⁵.

7.º *Prohibición de afiliación a partidos políticos.*

En aras de la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, la CE prohíbe a los jueces, magistrados y fiscales en activo pertenecer a partidos políticos, a sindicatos o desempeñar otros cargos públicos⁶⁶. La *ratio* de estas prohibiciones es clara y se justifica en la función del MF de proteger el interés general y los derechos en términos de imparcialidad.

Pero, sí que se reconoce el derecho del MF de crear y pertenecer a asociaciones (arts. 127.1 y 22 CE y 54 EOMF) —con personalidad jurídica, capacidad para lograr sus fines (lícitos), de libre ingreso y salida, ajenas a connotaciones políticas, y de estructura democrática—.

El problema es que hoy el juego asociativo de la fiscalía da para mucho pensar, algo de sonrojar y, quizá, sobre todo si uno está en el lado equivocado, para un tanto que temer. En efecto, por más que las previsiones estatutarias impidan las connotaciones políticas de las

⁶³ Así, es susceptible de traslado, suspensión o separación «(l)a revelación por el fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona» (art. 62.12 EOMF/2003).

⁶⁴ Porque lo que ahora está en juego es el mismo sistema público institucional de protección de los derechos, por lo que no cabe anteponer el interés público de la persecución del delito o falta o de la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos al interés público y general de protección del sistema de garantías institucionales del Estado democrático del Derecho. En este marco y sobre la prueba ilícita son representativos Añón Roig, 1985; Arozamena Laso, 1999 y 2000; Asensio Mellado, 1986 y 1989; Bayarri García, 1993; Del Moral, 2001; Miranda Estrampes, 1999; De Urbano Castriello, Torres Morato, 2000; Díaz Cabiale, Martín Morales, 2001.

⁶⁵ En este mismo sentido, Beneytez Merino, 2003: 892.

⁶⁶ Artículos. 58 EOMF y 62.3 EOMF.

asociaciones para que se pongan al servicio de los intereses funcionales de la fiscalía y generales de la sociedad y no de un ideario político, lo cierto es que las dos asociaciones fiscales, la Asociación de Fiscales (AF) y la Unión Progresista de Fiscales (UPF) han adoptado unos posicionamientos vinculados a los intereses de los dos partidos mayoritarios en España⁶⁷.

8.º *Principio de respeto y prohibición de abuso de autoridad y falta de consideración.*

Principio éste fundamental para la buena dirección de la conducta del fiscal y que no habría sido contemplado por el EOMF en 1981 pero que se introduce sucesivamente con las reformas estatutarias que animan la Ley 24/2007 y la Ley 14/2003 de modificación del EOMF.

Pero no se trata ahora del deber de obediencia a sus superiores que tiene el fiscal, sino de la exigencia de que no se sirva de su posición privilegiada en el proceso y en el ejercicio de sus funciones para: uno, faltar al respeto a sus superiores⁶⁸. Dos, demostrar abuso de autoridad o falta de consideración frente a los iguales o inferiores jerárquicos, los ciudadanos, instituciones, jueces, magistrados, secretarios, médicos forenses, funcionarios, abogados, procuradores y demás personal al servicio de la Administración de justicia o que preste sus servicios en la oficina del fiscal (arts. 63.3 y 64.2 EOMF/2003-2007). Tres, dirigir censuras por sus actos a los poderes, autoridades y funcionarios invocando o sirviéndose de su condición de fiscal (art. 63.12 EOMF/2003-2007). Cuatro, provocar, por motivos ajenos a su función, enfrentamientos graves con autoridades de la circunscripción en que el fiscal desempeña su cargo. Y, cinco, no respetar la diversidad lingüística, lo que le obliga, cuando acredite un conocimiento adecuado y suficiente de una lengua como mérito, a atender la petición de los ciudadanos, instituciones, jueces y magistrados para que intervenga en una lengua cooficial (art. 64.7 EOMF/2007)

7. Conclusiones.

De entre los dos modelos de definición de la institución del MF –independiente y judicializado, a la italiana, o dependiente del ejecutivo, tipo francés– en España se ha optado por un modelo dependiente

⁶⁷ No hace mucho (21 de febrero de 2008) se daba una interesante polémica. La conservadora AF tenía previsto apoyar para la fiscalía de Madrid a un candidato que retira su candidatura al recibir una llamada de la Fiscalía General que le informa de que no apoya su nombramiento, lo que provocó la «profunda indignación» de la AF, pues su candidato ocupaba el puesto 21 del escalafón y quien le adelantó el 505. Sin embargo la UPF reacciona calificando de «surrealista» la propuesta de la AF y criticando duramente sus ataques contra el FGE Conde-Pumpido –recordando su presidenta a la AF que cuando el PP colocó a Cardenal como FGE no se nombró ningún fiscal de la UPF–.

⁶⁸ En su presencia, por escrito que se les dirija o con publicidad (art. 63.1 EOMF/2003-2007) o sin que concurran estas circunstancias (art. 64. 1 EOMF/2003-2007).

y vinculado por la unidad de actuación. Y aunque éste haya centrado permanentemente la crítica, creo que no procede posicionarse radicalmente a favor o en contra de uno u otro. Pues cada uno de esos modelos tiene ventajas constitucionales y jurisdiccionales pero también inconvenientes⁶⁹, y cada país define una experiencia y unas necesidades a las que responde con sus instrumentos de política judicial, entre los que ocupa un lugar básico el del fiscal.

Aquí, por razones de espacio, no me interesan tanto las virtudes y defectos del fiscal independiente⁷⁰, cuanto los créditos y descritos de nuestro MF dependiente y jerarquizado.

A destacar, de entre sus ventajas, su capacidad para impulsar criterios dinámicos y homogéneos de interpretación normativa y de respuesta conforme a las líneas de actuación marcadas por un ejecutivo que, al menos formalmente, es el portavoz democrático del interés general. Ventaja que, sin embargo, se enfrenta a desventajas representativas; y estoy pensando ahora en el serio riesgo que tal modelo corre de caer en un fuerte corporativismo, en una lealtad interesada y partidista frente al ejecutivo de turno, en una visión fílmica del fiscal como acusador implacable y no como defensor de los derechos y, en definitiva, en una dinámica de intervención en el proceso ajena a los criterios de imparcialidad, independencia, búsqueda de la justicia constitucional, protección de los derechos y garantía de la tutela judicial efectiva.

A partir de aquí, y para terminar diría que la deontología del MF reclama plantearse sería e imaginativamente las claves más saludables de armonización de los principios de dependencia y unidad de actos con los de imparcialidad y valoración objetiva de las circunstancias del caso. Sobre tal consideración, y como propuesta, sintetizo algunas de las que considero exigencias deontológicas básicas del MF a partir de las consecuencias de los planteamientos revisados acerca de la conducta de los fiscales.

Primero, *legalización de la dirección ejecutiva*. La ley debe precisar la naturaleza y extensión de la dirección del MF, de forma que sea el legislativo el que medie en las funciones de control de su actividad (Recomendación 19 del Consejo de Europa). Se trata de regular la amplitud de dirección del gobierno y de los fiscales superiores, clarificando, p.ej., si la oportunidad política o la afinidad ideológica son criterios y en qué sentido de dirección del MF.

⁶⁹ En realidad, la construcción de un verdadero espacio de libertad, de seguridad y de justicia no depende en bruto del modelo fiscal que se escoja (al respecto Llopes de Mota, 2001, 27 y Rec. 19 Consejo de Europa) sino del sistema de contrapesos que se introduzca para equilibrar los riesgos con las ventajas de cada modelo específico.

⁷⁰ Virtud es su autonomía frente a las presiones político-gubernamentales, lo que, p.ej., en Italia ha impulsado «la investigación de la corrupción» (Maia Costa, 1999: 8). Y marcado defecto su tendencia a crear «un cuarto poder»; poco responsable, corporativo y de interpretaciones jurídicas heterogéneas (Fernández Aparicio, 2004: 221).

Segundo, *publicidad y control de las órdenes e instrucciones*. Que deberían ser siempre escritas, públicas y motivadas en favor del control legislativo, social y judicial (Rec. 19/2000).

Tercero, *responsabilidad por parcialidad*; habría que establecer una programación rigurosa, y cumplirla, de responsabilidades y sanciones por conductas manifiestamente perjudicadas y/o interesadamente parciales, ya sean ordenadas o de *motu proprio*.

Cuarto, *inaceptabilidad de la negligencia, falta de ciencia y escasa conciencia*, ya se refieran al esclarecimiento de los hechos, adopción de medidas cautelares, impulso de actuaciones policiales y judiciales, exigencia de responsabilidad, etc., o al conocimiento de la normatividad y las claves jurídico-interpretativas.

Quinto, para *apartar a los fiscales*, y favorecer la imparcialidad de su actuación, sería bueno introducir un sistema de recusaciones junto al de causas de abstención y mejorar el sistema de recursos frente a la decisión por el superior de la no procedencia de la abstención.

Sexto, sobre «*extrañezas*» *de la independencia del MF*. Para transitar por el camino de la transparencia y el control de la actuación fiscal es más recomendable remodelar, para sanear, los principios de imparcialidad, dependencia y unidad que abogar por un trasplante de un modelo «*extraño*» de independencia (como el estadounidense) que nos enfrentaría a unas realidades difíciles de manejar. Y es que, si se anima un modelo de independencia total –del FGE del ejecutivo y de todos y cada uno de los fiscales– entonces hay que plantearse, además de una reforma constitucional, qué función pasa a tener la fiscalía. Pues si se trata de inventarle una función judicial a favor de la independencia e imparcialidad, la cuestión es para qué queremos duplicar la figura del juez con otro juez que haga lo mismo pero que se llame de otra manera⁷¹. Aunque también puede buscársele una función instructora y acusatoria propias a fin de lograr una política criminal activa. Pero, entonces, habremos de saber en nombre de qué o quién acusa el fiscal, porque si es en el suyo propio carece de legitimación; si es en función del interés general se enfrenta a la diversidad de planteamientos fiscales al respecto y a la posible oposición ejecutiva a su definición; y, si lo hace en nombre de la imparcialidad, entonces no podrá ni instruir ni juzgar a favor de esa imparcialidad. Aunque cabe otra posibilidad, pensar que cada fiscal, ahora ya independiente, atesora los criterios de legitimidad democrática porque ha sido elegido por el pueblo. Pero me temo que esta salida tampoco es satisfactoria, porque nos es extraña y porque reclamaría, p.ej., que los fiscales impulsaran campañas que fomentarían el corporacionismo, la dependencia de los partidos e ideologías económicas y políticas, las deudas y responsabi-

⁷¹ Y téngase aquí en cuenta que lo que conocemos como un MF protector del interés general se ordena por principios constitucionales distintos a los jurisdiccionales –lo recuerda la Rec. 19/2000, para la que las funciones de fiscal y de juez son radicalmente distintas; en este mismo sentido se insiste en García Morillo, 1998, 20–.

lidades frente a quienes las sufragan y, además se correría el serio riesgo de «popularizar» la justicia con medidas poco acordes con el sentido máspreciado de las garantías constitucionales y jurisdiccionales –en muchos casos medidas de «mano dura», de fines que justifican medios, de cadenas perpetuas para los delitos coyunturalmente en boga, etc.–.

Séptimo, sobre el *nombramiento y cese del FGE*. Es necesario poder controlar las posibilidades de cese del FGE que tiene el Gobierno; porque si es estrictamente discrecional la dependencia inmotivada aumenta. En este sentido la intervención del Congreso y del Consejo Fiscal podría apuntar un comienzo de reforma⁷². Pues si el Gobierno persiste en mantener al FGE censurado lo haría en contra del criterio del Parlamento o del órgano más representativo de la institución; y si en lo que insiste el Gobierno es en su cese por conveniencia política, soportará el coste de enfrentarse al apoyo parlamentario a un FGE que en su día él propuso. E, igualmente, respecto de su nombramiento sería necesario dar mayor importancia al informe de idoneidad del CGPJ e introducir la valoración del Consejo Fiscal.

Octavo, sobre *ideología asociativa*; sería bueno densificar la prohibición que tienen los fiscales de pertenecer a partidos políticos y sindicatos. Porque aunque es claro que ni se debe ni se puede limitar la fundamental «libertad ideológica» (art. 16.1.2 CE) de los fiscales, la deontología del MF para proteger los principios éticos o morales personales, lo que desaconseja un asociacionismo de marcada tendencia y filiación política.

Novena, el *escollo corporativista*. Es necesario afrontar el riesgo de corporativismo que alimenta la estructuración orgánica y funcional del MF y, también, su explícita segmentación por idearios políticos. Lo que vuelve imprescindible criticar las disposiciones normativas sesgadas al respecto⁷³, y depurar las responsabilidades derivadas de prácticas corporacionistas, partidistas e interesadas y sancionarlas. Así p.ej., es inaceptable que un FGE nombrado por el PP rebaje la sanción por una falta muy grave, pero relacionada con unos hechos afines a sus planteamientos ideológicos, a la de falta leve y que luego la ministra de justicia del PP levante la sanción⁷⁴.

Finalmente, décimo, y por poner un punto final, vuelvo al planteamiento inicial, esto es, a la necesidad de reconsiderar las normas deon-

⁷² «Se instauraría así una especie de moción de censura al Fiscal General del Estado de doble iniciativa posible: el Congreso de los Diputados o el Consejo Fiscal y siempre dejando la última palabra en manos del Gobierno que, de esa forma, vería limitados sus poderes» (Del Moral, 2002, 26).

⁷³ Pues sí, p.ej., el artículo 63.4 EOMF sí caracteriza como falta grave del fiscal que no exija la responsabilidad debida a secretarios y personal auxiliar subordinado, sin embargo, no existe una previsión normativa que sancione la no exigencia de responsabilidad a los fiscales subordinados.

⁷⁴ Sucedió en el caso Azurmendi (*vid supra*). En él apreció el jefe de Inspección de la Fiscalía, Martínez Zato, que se violaba el principio de imparcialidad y ordenó la

tológicas del MF como verdaderas normas jurídicas referidas a una sociedad contextualizada y que deben responder seriamente, máxime en el caso del fiscal como representante público de los intereses sociales, generales y de justicia, a un desarrollo saneado de la actuación judicial y a las exigencias neoconstitucionales, –tal es el único sentido inteligible de la exigencia deontológica de moralidad del MF–.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALAMILLO CANILLAS, F. (1990): *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*, Editorial Colex, Madrid.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2007): «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- AÑÓN ROIG, M. J. (1985): «Prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales», *Revista Valenciana D'Estudis Autòmics*, núm. 2.
- APARICIO RUBIO, J. (1983): «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *El Poder Judicial*. Editorial Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- ARZAMENA LASO, C. (1999): «Consideraciones generales sobre la prueba ilícita», *Actualidad Penal*, núm. 4.
- 2000: «Prueba ilícita y control en vía casacional», *Actualidad Penal*, núm. 31.
- ASENCIO MELLADO, J. M.^a (1986): «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2», *Poder Judicial*, núm. 4.
- 1989: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Editorial Trivium. Madrid.
- BAYARRI GARCÍA, C. E. (1993): «La prueba ilícita y sus efectos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 29.
- BENEYTEZ MERINO, L. (2003): «Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal», *Ética de las Profesiones Jurídicas. Estudios sobre Deontología*. Editorial UCAM-AEDOS.
- BENTHAM, J. (1834): *Deontology or the Science of Morality*, Editorial Elibron Classics. London.
- BRAVO, G. (2007): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 46.
- CAMACHO, A. (2003): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 35.
- COMPTE MASSACH, T. (1994): «Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal», *Jueces para la Democracia*, núm. 23.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (1981): «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 250.

apertura de un expediente disciplinario contra Fungairiño, como fiscal jefe en funciones de la Audiencia Nacional, y Márquez de Prado como fiscal de esa Audiencia Nacional. Tras la instrucción, el fiscal del TS formuló cargos contra ellos por una falta muy grave de «conducta irregular que compromete la dignidad de la función fiscal». En aquel momento, las sanciones correspondientes oscilaban entre la suspensión de empleo y sueldo de un mes a un año y la separación de la función. Pero no cumplieron la sanción, pues el entonces FGE designado por el PP, Ortiz Úrculo, la rebaja a una multa de 50.000 pesetas y, después, en enero de 1998, la ministra de justicia, Mariscal de Gante, nombrada por el PP, dejó sin efecto las sanciones.

- CRENIER, A. (1997): «Ministerio Público en Francia», *Jueces para la Democracia*, núm. 30.
- DÍAZ CABIALE, J.A.; MARTÍN MORALES, E. (2001): *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Cívitas. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a (2007): «Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- DOLZ LAGO, M. J. (2007): «Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia ¿Hacia un reforzamiento del “poder de acusar” y del Ministerio Fiscal?», *La Ley*, núm. 6.771.
- ESPINA RAMOS, J. A. (2002): «Algunas reflexiones sobre la instrucción por el Ministerio Fiscal», <http://noticias.juridicas.com/articulos>.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. (2004): «El nacimiento del Fiscal europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, M. (2007): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 45.
- ESTEBAN, E. (2006): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 43.
- FLORES PRADA, I. (1999): *El Ministerio Fiscal en España*. Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2007): «¿Fiscal instructor?: Pocas ventajas y un enorme inconveniente», *La Ley*, núm. 6.799.
- GARCÍA MORILLO, J. (1998): «La legitimación democrática del Ministerio Fiscal», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 85. Madrid.
- GIMENO SENDRA, V. (1982): «Comentario al artículo 124 de la Constitución: el Ministerio Fiscal y la Constitución. Su naturaleza jurídica», *Comentarios a la Legislación Penal*. Editorial Edersa. Madrid.
- GRANADOS PÉREZ, C. (1996): *El Ministerio Fiscal y sus Relaciones con los demás Poderes del Estado*. Editorial Junta Gral. Principado de Asturias.
- IGLESIAS, T. (1991): «El discutible valor jurídico de las normas deontológicas», *Jueces para la Democracia*, núm. 12.
- JAUURALDE MORGADO, E. (1981): «El Ministerio Fiscal», *Poder Judicial*, núm. 1.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M. (2001): *Ministerio Fiscal Español (Principios Orgánicos y Funcionales)*. Editorial Colex. Madrid.
- LORCA NAVARRETE, J. M. (2008) «Fiscal instructor ¿Si o no? *La Ley*, núm. 6.884.
- LLOPES DE MOTA, J. L. (2001): «Le rôle du Ministère Public dans la construction d'un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 8.
- MAIA COSTA, E. (1999): «La crisis de la justicia: crisis, discurso de la crisis y discurso crítico», *Jueces para la Democracia*, núm. 36.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (1989): *El Ministerio Fiscal, su Pasado y su Futuro*, Editorial Tecnos. Madrid.
- 1996: «El Ministerio Fiscal en Europa, algunos problemas comunes», *La Ley*, núms. 1457, 1458.
- MARTÍN OSTOS, J. (2006): «Profesionales colaboradores de la Justicia», *Cuadernos de Derecho Judicial*. Editorial CGPJ. Madrid.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L. (2005): «Seguridad jurídica y Derecho en un mundo globalizado», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 109.
- 2007 b: «La utopía como norma jurídica (un desafuero jurídico). *Libro Homenaje a G. Peces-Barba*. Aceptado y pendiente de publicación.

- MENA, J. M.^a (1997): «La crisis de los Fiscales», *Jueces para la Democracia*, núm. 29.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1999): *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona.
- MORAL, A. DEL. (2001): «Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 5.
- 2002: «Ministerio Fiscal y reforma de la justicia», *Jueces para la Democracia*, núm. 43.
- 2003: «¿Para qué sirve un fiscal? (Anotaciones para una revisión crítica de las competencias del Ministerio Fiscal)», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 4.
- MONTERO AROCA, J. (2007): «Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral», *Teoría & Derecho I ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- MORÁN MARTÍNEZ, R. A.. (2002): «El Ministerio Fiscal en Europa. Pautas de Convergencia», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. Vol. III. Madrid.
- MORENO CATENA, V. (2007): «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- MUHM, R. (1994): «Dependencia del Fiscal del Ejecutivo en la República Federal de Alemania», *Jueces para la Democracia*, núm. 22.
- NICASTRO, G. M. (2002): «Sistema procesal italiano», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4. CGPJ. Madrid.
- NICOD, J. C. (1993): «El Ministerio Fiscal en Francia», *Jueces para la Democracia*, núm. 18.
- OLLERO, A. (2003): «Deontología jurídica y derechos humanos», *Ética de las Profesiones Jurídicas. Estudios sobre Deontología*. Editorial UCAM-AEDOS.
- ORTEGA PINTO, L. T. (1996): «Tratamiento de la ilicitud probatoria en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1.
- PÉREZ GORDO, A. (1981): «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y su Estatuto Orgánico de 1981», *El Poder Judicial*. Editorial Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- PICÓ JUNOY, J. (1997): «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», *La Ley*, núm. 4213.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. (1999): *La Contaminación Procesal. El Derecho al Juez Imparcial*. Editorial Comares. Granada.
- SANCHIS CRESPO, C. (1995): *El Ministerio Fiscal y su Actuación en el Proceso Penal Abreviado. Especial Referencia al Procedimiento Preliminar Fiscal*. Editorial Comares. Granada.
- SUÁREZ LLANOS, L. (2003): «Deontología del Abogado. Descripción Normativa y Crítica», *Ética de las Profesiones Jurídicas. Estudios sobre Deontología*. Editorial UCAM-AEDOS.
- 2005: «El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista», *Anuario de Filosofía del Derecho*. Vol. XXII.
- 2007: *La Ley Desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*. Editorial Dykinson. Madrid.
- URBANO CASTRILLO, E. DE. (1999): «Contaminación y procesamiento», *La Ley*, núm. 5.

- URBANO CASTRILLO, E. DE; TORRES MORATO, E. (2000): *La Prueba Ilícita Penal*. Editorial Aranzadi. 2000.
- VIVES ANTÓN, T. S. (2007): «Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación del delito», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- VV.AA. MEDEL (MAGISTRADOS EUROPEOS POR LA DEMOCRACIA Y LAS LIBERTADES) (1996): «Declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal», *Jueces para la Democracia*, núm. 25.

Recepción: 28/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

II.1
ESTUDIOS

Ética y pobreza mundial: fundamento y límites de una respuesta centrada en los deberes de humanidad

Por FEDERICO ARCOS RAMÍREZ
Universidad de Almería

RESUMEN

Este trabajo intenta profundizar en algunas claves sobre el fundamento y los límites de una respuesta al desafío moral de la pobreza extrema centrada en los conocidos como deberes o estándares de humanidad. Si bien parece existir un consenso importante acerca de la necesidad de incorporar este tipo de exigencias a cualquier teoría de la ética internacional, habría dos aspectos de estos derechos mucho más discutidos. El primero es el del alcance que debe reconocerse a estas exigencias a la luz del debate entre los defensores del cosmopolitismo y los partidarios de una concepción patriótica o política de la justicia. El segundo es el de la falta de persuasividad que, a juicio de algunos críticos, padecería una ética de la humanidad basada únicamente en la representación racional del valor intrínseco de cada ser humano. Este último problema ha propiciado una interesante reflexión en torno al modo en que debería concebirse la expansión de la incumbencia moral que demanda la ética de los deberes de humanidad: si a través de la razón o de emociones como la compasión.

Palabras clave: *deberes de humanidad, cosmopolitismo, compasión.*

ABSTRACT

This paper attempts to go more deeply into some clues about the basis and limits of a response to the moral challenge of extreme poverty focused on

those known as duties or standards of humanity. While there appears to be an important consensus on the need to incorporate this kind of demands on any theory of international ethics, there would be two aspects of these rights as much discussed. The first is the extent to which these demands must be recognized in the light of the debate between advocates of cosmopolitanism and supporters of a patriotic or political conception of justice. Secondly, is the lack of persuasiveness that, in the view of some critics, suffering an ethic of humanity based solely on the rational representation of the inherent value of each human being. The latter problem has led to an interesting discussion about how it should be thought of the expansion of the moral responsibility to demand the ethics of the duties of humanity: whether through reason or emotions such as compassion.

Key words: *duties of humanity, cosmopolitanism, compassion.*

SUMARIO: 1. UN PUNTO DE PARTIDA: LAS RESPUESTAS MORALES PARA LA POBREZA MUNDIAL EXTREMA.-2. LOS DEBERES DE HUMANIDAD.-3. LOS DEBERES DE HUMANIDAD COMO DEBERES COSMOPOLITAS.-4. PERSPECTIVAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LOS DEBERES DE HUMANIDAD Y LOS DE JUSTICIA .-5. EL PROBLEMA DE LA PERSUASIVIDAD DEL HUMANISMO ABSTRACTO.-6. LA HUMANIDAD ¿RAZÓN O EMOCIÓN? EL PAPEL DE LOS SENTIMIENTOS EN LA ÉTICA DE LA HUMANIDAD.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: LAS RESPUESTAS MORALES PARA LA POBREZA MUNDIAL EXTREMA

A fuerza de escucharlo y verlo pero quizás no creerlo nos hemos habituado a convivir con un hecho de proporciones apocalípticas: alrededor de 2.800 millones de personas (el 46 por 100 de la humanidad) viven por debajo del umbral de la pobreza que el Banco Mundial fija en 2 dólares diarios. Cerca de 1.200 millones viven con menos de la mitad. Cada año mueren unos 18 millones prematuramente a causa de la pobreza extrema y masiva. Lo más dramático es que todo ello no es el resultado de ninguna catástrofe natural, alguna epidemia incurable o de una guerra planetaria, sino el producto de una diabólica combinación de factores naturales y humanos, nacionales e internacionales, que podían haberse evitado con imaginación y voluntad política. Con sólo transferir el 1 por 100 de la renta global agregada de los ciudadanos de los países ricos (el 79,7 por 100 de la global), se erradicaría la pobreza extrema¹.

¹ POGGE, T., *La pobreza mundial y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 14.

Ante el conocimiento de estos datos nuestro primer sentimiento, incluso nuestra primera intuición moral, es que debemos hacer algo para acabar con la pobreza extrema o, como mínimo, para reducir sus descomunales cifras. Los pobres deberían ocupar, por tanto, un lugar muy importante en nuestro ámbito de incumbencia moral. Detrás de las cifras reseñadas hay tantísimo sufrimiento que parece imposible que no nos sintamos, de una u otra manera, interpelados por las voces sordas de quienes lo padecen. Sin embargo, el hambre y la pobreza extremas no son una preocupación prioritaria para los ciudadanos de los países más ricos sino un problema que perciben muy alejado de su realidad social e individual. ¿Qué explicación tiene todo ello?

Al margen de argumentos tan radicales y simples como que los hombres son egoístas e insolidarios por naturaleza, una de las respuestas más habituales para esta desconcertante despreocupación es que vivimos en una cultura que, aunque no rehúya las imágenes ni los relatos que dan cuenta de esta realidad, nos aleja psicológica y moralmente de la pobreza extrema. La conmoción que nos producen los testimonios de las víctimas, las crónicas periodísticas y las imágenes televisivas se apaga rápidamente cuando salimos a la calle y nos vemos rodeados de gente rica y civilizada. Lo que unos minutos era una realidad difícil de soportar termina pareciéndonos sólo una horrenda pesadilla de la que acabamos despertando. Puesto que en mundo cada vez más globalizado parece difícil sostener, como hacía Adam Smith, que esta indiferencia hacia los que se hallan tan lejos de nosotros obedezca a un sabio designio de la Naturaleza, la explicación para tal *desengagement* quizá pueda encontrarse en el abismo que media siempre entre la realidad y su representación². La lucha por no mirar para otro sitio, por creer en lo que vemos³, por pensar en esas cosas y asumirlas lo suficiente para sentir la obligación de actuar contra ellas⁴, se convierten así en objetivos primordiales de la reflexión ética.

Otra de las razones que pueden explicar esa falta de compromiso con el sufrimiento de tantos seres humanos se encontraría en la reflexión ético-política, en el modo en que ésta ha situado el fundamento y los límites de los derechos y deberes que conformarían el contenido

² Como señala Susan Sontag, «sufrir es un cosa; muy otra es convivir con las imágenes fotográficas del sufrimiento, que no necesariamente fortalecen la conciencia ni la capacidad de compasión. También puede corromperlas. Una vez que se ha visto tales imágenes, se crea la incitación a ver más y más. Las imágenes transfiguran. Las imágenes anestesian». SONTAG, S., *Sobre la fotografía*, Edhasa, Barcelona, 2006, p. 36.

³ En palabras de Ignatieff, «la vida moral es una lucha por ver, una batalla contra el deseo de negar el testimonio de nuestros ojos y de nuestros propios oídos». IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero. Guerras étnicas y conciencia moderna*, Taurus, Madrid, 1999, p. 33.

⁴ GLOVER, J., *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo xx*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 552.

de una ética frente al desafío del hambre y la pobreza extrema⁵. El pensamiento político no habría acertado a la hora de hallar un fundamento para los deberes que la pobreza extrema impone sobre los más ricos y aventajados que, además de ser correcto en la teoría, sea capaz de funcionar también en la práctica, esto es, que logre estimular a los titulares de estos deberes a observarlos. De conseguirlo –tal y como concluye al final de la introducción de *La pobreza mundial y los derechos humanos*– «tal vez la mayor esperanza de los pobres radique en nuestra reflexión moral»⁶.

Ciertamente, para cualquier teoría moral decente una situación humana de tales características habría de traducirse en el reconocimiento de algún deber de ayuda o asistencia sobre quienes viven en condiciones de vida mucho mejores. Saber que millones de personas están muriendo, enfermando o viviendo unas existencias muy breves y sin esperanza de futuro y no hacer nada por evitarlo o paliarlo atenta contra el progreso y la sabiduría moral que la humanidad ha logrado alcanzar. Como escribe Thomas Nagel, sufrir a causa de las inevitables ráfagas del destino es bastante malo, sufrir debido a que otros no estiman el verdadero valor de nuestra vida es mucho peor⁷. Esta certeza que parece presidir la intuición inicial de que tenemos el deber de acabar con la pobreza extrema o, como mínimo, de reducir sus descomunales cifras flaquea considerablemente cuando nos interrogamos por el fundamento de esta exigencia y sobre el alcance y el destinatario/s de esa obligación de ayuda. Por muy simple que esta cuestión pueda parecer a primera vista, lo cierto es que la justificación de los deberes de ayuda constituye un problema filosófico muy complejo para las teorías liberales de la justicia.

Como posible fundamento de tales exigencias, Dower señala el deber específico de aliviar el sufrimiento y la aplicación importante de un deber más general de beneficencia (una parte importante del deber hacer el bien es reducir el mal) que puede basarse, a su vez, en la justicia, la realización de los derechos humanos o algún principio de justicia social que exija satisfacer las necesidades básicas de todos⁸. Por su parte Marisa Iglesias señala tres líneas de razonamiento surgidas dentro del liberalismo ético dirigidas a reivindicar un deber moral de contribuir a paliar el hambre en el mundo. La primera –centrada en cuestiones de responsabilidad y justicia reparativa– lo considera una mera derivación del deber general negativo de no dañar a otros. La segunda considera que la pobreza extrema repre-

⁵ Vid. BITTNER, R., «Morality and World Hunger» en Pogge (ed), *Global Justice*, Blackwell, Oxford, 2001, pp. 24-31.

⁶ POGGE, T., *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, op. cit., p. 43.

⁷ NAGEL, T., *Igualdad y parcialidad*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 29.

⁸ DOWER, N., «La pobreza en el mundo» en Singer, P., *Enciclopedia de Ética*, Alianza, Madrid, p. 384.

senta una forma de desigualdad de recursos inaceptable a la luz no ya de un igualitarismo extremo sino también de uno mínimo. La tercera afronta el problema de la pobreza mundial por medio de los deberes morales que derivan de los principios de humanidad más básicos⁹.

Este trabajo intenta profundizar en algunas claves sobre el fundamento y los límites de una respuesta al desafío moral de la pobreza extrema centrada en los conocidos como deberes o estándares de humanidad. Veremos cómo parece existir un cierto consenso en que, para evitar una interpretación agregacionista de estas exigencias, la mejor forma de concebirlas es situando su fundamento moral en una concepción de la imparcialidad que, en la línea ofrecida por Rawls, Nagel o Iglesias, sea capaz de tomarse en serio el valor intrínseco de cada ser humano. También parece existir un consenso importante acerca de la necesidad de que cualquier reflexión sobre la ética internacional debería incorporar este tipo de exigencias. Tanto los defensores del cosmopolitismo como sus críticos coinciden en que el cuadro de la incumbencia moral debería incorporar no sólo deberes de justicia sino también deberes de humanidad. El debate no gira, pues, en torno al reconocimiento de estos deberes, tampoco (al menos en un primer momento) sobre su fundamento sino, más bien, acerca de estas otras dos cuestiones:

a) En primer lugar, la del alcance que debe reconocerse a estas exigencias. En los últimos tiempos, esta es una cuestión que, en gran medida, se enmarca en la discusión en torno a si los deberes de justicia tendrían o no un fundamento similar al de los de humanidad. Para los cosmopolitas la respuesta a este interrogante es afirmativa; para los defensores de una concepción patriótica o política de la justicia, es negativa.

b) En segundo lugar, la defensa de una ética de los deberes de humanidad debe enfrentarse a la crítica según la cual la representación racional de la igualdad moral de las necesidades más básicas y urgentes de todos y cada uno de los seres humanos no parece ofrecer, por sí misma, una motivación lo suficientemente persuasiva como para dar lugar a acciones colectivas e individuales de ayuda o asistencia. Veremos cómo esta crítica ha propiciado una interesante reflexión en torno al modo en que debería concebirse la expansión de la incumbencia moral que demanda la ética de los deberes de humanidad: si a través de la razón o de emociones como la compasión.

⁹ IGLESIAS VILA, M., «El desafío moral de la pobreza: Deberes individuales y estándares de humanidad» en García Figueroa, A., *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 221.

2. LOS DEBERES DE HUMANIDAD

Diversos autores vienen reivindicando que el desafío que para la ética representa la pobreza global debe ser afrontado desde el lenguaje de la humanidad y no del de la justicia social o distributiva. A juicio de Campbell, Peter Jones y, fundamentalmente, Marisa Iglesias, debemos paliar el hambre en el mundo no tanto porque la pobreza extrema represente una forma de desigualdad inaceptable, ni siquiera porque represente una violación de los derechos humanos, sino, fundamentalmente, por razones de humanidad. El hambre y la pobreza extrema exigen nuestra ayuda o asistencia en virtud del vínculo o relación que tenemos todos los seres humanos por el mero hecho de serlo.

Los deberes de humanidad se dibujan, de esta forma, como exigencias que, a diferencia de las que habituamos a denominar como derivadas o propias de la justicia, son anteriores o existen al margen de algún tipo de vínculo (relacional, contractual o asociativo) o interacción especial entre las personas y/o las sociedades y de algún principio de reciprocidad o *fair play* como el que, a juicio de algunas interpretaciones, hace posible la cooperación social. Los deberes de humanidad surgen, por el contrario, de la preocupación que hemos de tener todos por las necesidades básicas de todas las personas por el mero hecho de serlo¹⁰. Por esta razón, no deben concebirse como exigencias vinculadas a la igualdad material, sino a la igualdad moral, a la igualdad de las personas en tanto que seres humanos, y no, por tanto, a una igualdad comparativa sino, como sostiene Arnesson, instrumental¹¹. Los deberes de humanidad son exigencias cuyo fundamento no es un nivel comparativo de necesidad (igualdad) sino una necesidad absoluta. Por el contrario, los deberes de justicia están relacionados con las condiciones de diferentes clases de personas y las causas de la desigualdad entre ellas¹².

La idea fue avanzada por Campbell en su trabajo de 1976 «*Humanity before justice*». En el mismo sostenía que cualquier asignación de recursos con vistas a mejorar la situación de los menos aventajados no debería ser afrontada ni única –ni siquiera preferentemente– a través del lenguaje de la justicia sino del de la humanidad, un concepto que,

¹⁰ Peter Jones afirma que la moralidad que sostiene el compromiso con un mínimo nivel de bienestar para todos debería ser caracterizada como una moralidad de la humanidad y no de la justicia distributiva. Aquella no deriva de la idea de unas cuotas justas (*fair shares*), sino de la convicción de que los seres humanos se deben unos a otros un respeto y cuidado mínimo que les obliga a asistirse mutuamente si sus circunstancias materiales descienden por debajo de un cierto nivel. JONES, P., «Global international justice» en Valls, A (ed.), *Ethics in International Affairs: Theories and cases*, Rowman and Littlefield, 2000, p. 180.

¹¹ Vid. ARNESSON, R., «Does patriotic ties limit global justice duties?», *The Journal of Ethics*, 9, 2005, p. 128.

¹² NAGEL, «The Problem of Global Justice», *Philosophy & Public Affairs*, 33, 2, 2005, p. 119.

para este autor, tendría un mayor alcance. Campbell entiende la justicia en un sentido aristotélico, como una exigencia de tratar a las personas en función del mérito, esto es, en función no de lo que *son* sino de lo que *han hecho*. Así entendida, la justicia permitiría sustentar deberes de ayuda a los pobres sólo en el caso de que su pobreza fuese el resultado de haber sido explotados o maltratados por nosotros¹³, dejando fuera de nuestra incumbencia moral la pobreza fortuita o resultado de los actos de quienes la sufren. De ahí la conveniencia de considerar el deber de aliviar el sufrimiento –cualquiera que sea su origen– como un deber de humanidad. En conclusión, tenemos dos fuentes gemelas de obligaciones de aliviar la pobreza: la justicia y la humanidad y puede incluso afirmarse que deberíamos otorgar prioridad a la humanidad frente a la justicia cuando ambas entren en conflicto¹⁴.

Al igual que Campbell, Iglesias también considera que la satisfacción de las necesidades más básicas no debe situarse en el contexto de la justicia distributiva, ni siquiera –como ya hemos señalado– en el de los derechos humanos. Si bien éstos parecerían el concepto ideal para justificar los deberes frente a la pobreza, Iglesias estima que la tendencia generalizada a asociar la justicia social a la justicia doméstica y admitir sólo deberes negativos como correlato de los derechos humanos¹⁵, ponen de manifiesto que quizá necesitemos algún respaldo ético adicional. Ese respaldo lo pueden ofrecer los principios de humanidad¹⁶.

¹³ Esta es la premisa sobre la que gira el discurso desplegado por Pogge para justificar deberes de poner fin a la pobreza mundial. A su juicio los pobres necesitan ayuda sólo a causa de las terribles injusticias a las que se hallan sometidos. De ahí que no debamos pensar que nuestras donaciones individuales y la institucionalización de medidas para la erradicación de la pobreza (como el impuesto Tobin o el Dividendo Global sobre los recursos) ayudan a los pobres, sino que les protegen de los efectos de unas reglas globales cuya injusticia nos beneficia y de las que somos responsables. POGGE, T., *La pobreza mundial y los derechos humanos*, op. cit., p. 39.

¹⁴ CAMPBELL, T. «Humanity before justice», *British Journal of Political Science*, 4, 1, 1976, p. 16.

¹⁵ Aunque, como aclara desde el principio, no comparte sus conclusiones sobre la forma en que debe afrontar la reflexión moral del desafío de la pobreza mundial, Iglesias parece partir de una concepción libertaria de los derechos humanos similar a la de Pogge. De acuerdo con esta concepción, los deberes correlativos a los derechos humanos serían solo obligaciones negativas e institucionalizadas. No queda claro, sin embargo, si esta coincidencia obedece únicamente a una estrategia de la autora para restar enemigos a los estándares de humanidad o es el resultado de un planteamiento más sustantivo sobre el modo en que deben concebirse los derechos humanos. Por otra parte, la negativa a sustentar en los derechos humanos unos deberes de lucha contra la pobreza y el hambre contrastaría con el arraigo que habría alcanzado en los foros nacionales e internacionales la reivindicación de un derecho a la alimentación adecuada y a no padecer hambre como un derecho humano. Su plasmación jurídico-internacional se encuentra en el artículo 25 de la Declaración Universal de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966, que reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados.

¹⁶ IGLESIAS, M., «El desafío moral de la pobreza», *cit.*, p. 233.

Además de poner de manifiesto sus diferencias con los deberes de justicia y de insistir en que no estamos ante exigencias menos fuertes que las derivadas de los vínculos de esta última, una de las mayores preocupaciones de los defensores de estos deberes de humanidad es evitar que éstos puedan ser interpretados o explicados en los términos de un utilitarismo agregacionista insensible al valor intrínseco de cada individuo. Como es sabido, una de las críticas a las que ha tenido que responder el utilitarismo en los últimos años ha sido que no le importa –salvo indirectamente– cómo se distribuye la suma de satisfacción entre los individuos; que «no considera seriamente la distinción entre las personas»¹⁷, que ignora la importancia moral de la división de la humanidad en individuos separados (Hart), en definitiva, que no se toma el individualismo suficientemente en serio¹⁸, ya que no se opone en principio a sacrificar los derechos de unos pocos si ello redundaría en un mayor bienestar para el conjunto. Por este tipo de razones, Campbell rechaza la interpretación utilitarista que considera que el principio de humanidad sería la expresión de una exigencia puramente cuantitativa de maximizar el placer y minimizar el dolor. La humanidad no requiere de nosotros únicamente mitigar la suma total de sufrimiento sino mitigar el sufrimiento de los seres humanos individuales, obligación que sería mayor donde el sufrimiento es mayor, en el que la persona que está sufriendo es el primero en reivindicar los recursos disponibles. De ahí que el principio de humanidad presuponga el valor intrínseco de cada ser humano y la mitigación del sufrimiento de cada ser humano considerado como un fin en sí mismo¹⁹.

Para evitar el riesgo señalado por Campbell de confundir su perspectiva de la humanidad con la imparcialidad impersonal e insuficientemente individualista del utilitarismo, además de rechazar la asociación de la humanidad con virtudes o sentimientos como la compasión, la generosidad o la caridad, tanto Jones como Iglesias también sitúan en el valor intrínseco de cualquier persona el trasfondo ético de estos deberes. Para esta última, la mejor explicación de esta perspectiva es la que nos ofrece la idea de imparcialidad implícita en el punto de vista moral, más concretamente la que distingue, en una línea inspirada por Nagel²⁰, como imparcialidad positiva. Ésta fluye del reconoci-

¹⁷ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 46.

¹⁸ ACKERMAN, B., *La justicia social en el Estado Liberal*, CEC, Madrid, 1993, p. 383.

¹⁹ CAMPBELL, T. «Humanity before justice», *cit.*, p. 15.

²⁰ El propósito de Nagel es defender una concepción de la imparcialidad que se desmarque de la comprensión agregacionista característica del utilitarismo. Con tal propósito señala que aquella «procede de nuestra capacidad para elaborar un punto de vista que hace abstracción de quienes somos, pero que aprecia su plenitud y tiene pleno cuidado del valor de la vida de cada persona y de su bienestar». Más adelante añade: «la atención hacia todos tiene que particularizarse: debe contener una atención

miento del valor intrínseco de cada ser humano y, en este sentido, no está meramente vinculada a nociones como la generalidad o la igualdad de recursos, sino, más bien, a la noción de igualdad entendida en sentido no comparativo (la idea de que todas las personas, en tanto que seres humanos, merecen consideración y respeto)²¹. Por su parte Jones señala que la satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas podría ser sometida al test de la posición original Rawlsiana. Es muy probable que las personas en esa posición acordaran establecer unos derechos y deberes de ayuda mutua, en especial, en casos en los que el beneficio para los receptores de la ayuda fuese sustancial y el coste para los ayudantes relativamente bajo²².

Aunque no se sirva del lenguaje de la humanidad, las reflexiones y propuestas de Singer ofrecen una respuesta moral a la pobreza global que han sido consideradas uno de los ejemplos más sobresalientes de una ética centrada en el vínculo de la humanidad²³. Lo original de la propuesta de Singer reside en expandir el círculo de los obligados a hacer lo posible para terminar con tales situaciones, hasta incluir no sólo a los gobiernos sino también a los ciudadanos de los países ricos. A su juicio, quienes vivimos en condiciones de lo que podríamos denominar «riqueza absoluta», disfrutando de ingresos que sobrepasan lo necesario para satisfacer las necesidades básicas de uno mismo y de los suyos, tendríamos un deber moral de acabar con el sufrimiento de las personas que padecen hambre y miseria, aunque no nos una a ellas ningún vínculo especial (asociativo, reparativo o contractual), ya sea político o jurídico sino, simplemente, por tratarse de seres huma-

igual y separada por el bien de cada persona». NAGEL, T., *Igualdad y parcialidad*, pp. 74 y 76.

²¹ IGLESIAS, M., «El desafío moral de la pobreza», *cit.*, p. 236. En «The Problem of Global Justice», señala que una teoría de la justicia internacional debe completar los deberes de justicia con unos deberes de humanidad, Nagel señala que el fundamento concreto de estos últimos sería «un nivel absoluto y no relativo de necesidad de las personas que estamos en posición de ayudar» (p. 119). En el capítulo final de *Igualdad y Parcialidad*, Nagel terminaba concluyendo que «respecto a los países muy pobres, devastados por la malnutrición y por las enfermedades fácilmente remediabiles, el coste de la ayuda necesaria es ridículamente pequeña en comparación con las vidas que podrían salvarse y la miseria que podría prevenirse». De ahí que «la búsqueda de un nivel mínimamente digno de ayuda internacional merece un apoyo político unánime como objetivo igualitarista intermedio, de igual manera que la garantía de un mínimo socialmente digno lo merece en el plano de la política interior». pp. 185-186. Si en 1988 Nagel consideraba la eliminación de la pobreza a través de unos deberes de ayuda un objetivo igualitarista intermedio y, por tanto, aparentemente asociado a la justicia más que la humanidad, años después parece rebajarlo a una exigencia no igualitarista sino exclusivamente de beneficencia o humanidad.

²² JONES, P., «Global international justice», *cit.*, p. 181.

²³ BARRY, B., «Humanity and justice in Global Perspective», *cit.*, p. 220. Como señala R. Miller, «in Singer's effort to derive the radical from the obvious, a principle of general beneficence, regardless of special relationships, circumstances or shared histories, is the immediate source of the radical demand». MILLER, R., «Beneficence, duty and distance», *Philosophy & Public Affairs*, 32, 2004, p. 383.

nos²⁴. El principio en el que sustentaría la obligación de ayudar es el siguiente: «si está en nuestras manos evitar que ocurra algo muy malo, sin sacrificar algo que se le pueda comparar moralmente, tenemos que hacerlo». Se trataría, a juicio de Singer, de un principio no polémico que contaría con la aprobación tanto de los consecuencialistas como de los no consecuencialistas²⁵.

También para Singer el fundamento del principio anterior y, por tanto, de los deberes de ayuda sería la imparcialidad. Esta sería un elemento consustancial a la exigencia de que los juicios morales deban ser universalizables para lo cual, tal y como señala Hare, quien los proclamase debería estar preparado para prescribir que fueran llevados a cabo en todas las situaciones reales e hipotéticas, no sólo en las que se beneficia de ellas, sino también en aquellas otras en las que se encuentra entre los perdedores²⁶. El llevar el punto de vista moral imparcial hasta sus últimas consecuencias conducirá a Singer a sostener que los deberes positivos generales no sólo pueden ser equiparados a los negativos generales sino, más aún, que el contenido de los primeros imponen sacrificios mucho más que triviales²⁷.

Singer refuerza las razones basadas en la imparcialidad con argumentos consecuencialistas. Admitido que, desde un punto de vista imparcial, las necesidades de todos y cada uno cuentan por igual, que las personas son bastantes similares en sus necesidades y deseos y que la mayoría de los bienes generan una «utilidad marginal decreciente» (esto es, que la utilidad que se obtiene de la primera unidad es mayor que la que se obtiene de la segunda, y así sucesivamente), entonces parece lógico concluir que, a partir de un cierto nivel de satisfacción de las necesidades más importantes, los recursos de los que disponen los más aventajados deberían ser transferidos a los que no han alcanzado aún dicha satisfacción²⁸. La consecuencia de la utilidad marginal decreciente es que una persona pobre –alguien que ya no tenga muchas

²⁴ Vid. SINGER, P., «Famine, Affluence and Morality», *Philosophy and Public Affairs*, 1, 1972, pp. 229-244; «Ricos y pobres» en *Ética Práctica*, 2.ª edición, trad. de R. Herrera Bonet, Cambridge University Press, 1995, pp. 271-307. UNGER, P., *Living High and Letting Die: Our Illusion of Innocence*, Oxford University Press, 1996.

²⁵ Vid. SINGER, P., «El pan que retienes al hambriento: actitudes hacia a la pobreza», dirección web: www.iadb.org/etica/documentos/dc_sin_elpani.htm-43k.

²⁶ SINGER, P., *Un sólo mundo*, Paidós, Barcelona, pp. 167-168. Otra de las formulaciones de la imparcialidad que suscribe Singer es el que denomina axioma de Sidgwick según el cual «desde el punto de vista del Universo, el bien de un individuo no tiene mayor significancia que el bien de cualquier otro» SIDGWICK, H., *The methods of Ethics*, MacMillan, Londres, 1907, 7.ª edición, p. 382.

²⁷ Vid. GARZÓN VALDÉS, E., «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa*, 3, 1986, p. 32.

²⁸ A esta conclusión ya llegó Bentham cuando afirmaba que «el excedente en felicidad del más rico no será tan grande como su excedente de riqueza. Por las mismas razones, cuanto mayor es la desproporción entre las dos masas de riqueza, tanto es menos probable que exista una desproporción igualmente grande entre las masas correspondientes de felicidad». BENTHAM, J., *Principios de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 112.

unidades del bien— obtendría más utilidad de cualquier unidad del bien que cualquier persona rica²⁹.

3. LOS DEBERES DE HUMANIDAD COMO DEBERES COSMOPOLITAS

Aunque tampoco se sirva nunca del lenguaje de la ciudadanía mundial, la de Singer también parece haberse convertido en el paradigma de una versión muy extendida del cosmopolitismo³⁰. Su argumentación a favor de unos deberes de ayuda frente a la pobreza está cargada de elementos genuinamente cosmopolitas como son la igualdad moral de los seres humanos como criterio prioritario a la hora de establecer el contenido y alcance de los deberes generales tanto negativos como positivos (cuya consecuencia más evidente sería su negativa aceptar otra justificación de los deberes especiales, incluidos los que tienen como destinatarios los parientes o amigos, que no sea en términos instrumentales o eficacia) y la irrelevancia moral de la distancia física y de las fronteras.

Una conexión más explícita entre el vínculo de la común humanidad, el cosmopolitismo y los deberes de ayuda o asistencia frente a la pobreza y el hambre la encontramos en algunos textos de Martha Nussbaum. Su defensa de la ciudadanía mundial insiste en las consecuencias prácticas (sobre lo que podemos elegir y sobre cómo podemos comportarnos) que se derivan del reconocimiento racional del vínculo de la común humanidad, de que «todo ser humano es humano y que su valor moral es igual del de cualquier otro»³¹. Algunas están relacionadas con la forma de concebir nuestra educación y la de nuestros hijos, pero la más importante se sitúa en el plano ético. En la línea de lo que Pogge denomina cosmopolitismo interaccional (*vid. infra*) Nussbaum considera que el reconocimiento de la común humanidad no tiene consecuencias prácticas únicamente en un plano político-institucional sino también en el ético personal:

«Si de veras creemos que todos los seres humanos son creados iguales y que poseen determinados derechos inalienables, tenemos la obligación moral de pensar que qué es lo que esta idea nos exige que hagamos con y para el resto del mundo (...) mi reconocimiento por la igualdad de la humanidad limita mi conducta hacia los demás

²⁹ GOODIN, R., «La utilidad y el bien» en Singer, P., (ed), *Enciclopedia de Ética*, Alianza, Madrid, 1995, p. 345; NAGEL, *Igualdad y parcialidad*, *op. cit.*, p. 75.

³⁰ *Vid.* SATZ, D., «What Do we owe to the global Poor?», *Ethics & International Affairs*, 19, 1, 2005, p. 51.

³¹ NUSSBAUM, M., «Réplica a los críticos» en Nussbaum, M., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1999, p. 161.

¿cuáles son estas limitaciones? ¿puedo dar a mi hija una formación escolar cara, mientras que criaturas de todo el mundo mueren de hambre y existen organizaciones que se dedican a socorrerlas? ¿Pueden los estadounidenses disfrutar de su alto nivel de vida actual, cuando existen razones para pensar que el planeta en su conjunto no puede sostener este nivel de consumo?...»³².

Por último, también en la concepción de los deberes de ayuda que suscribe M. Iglesias podemos encontrar muchos de los elementos característicos del cosmopolitismo ético: imparcialidad, individualismo, universalidad. Su cosmopolitismo se afirmaría en positivo, a partir de la defensa de unos fuertes deberes éticos basados en el valor intrínseco de los seres humanos y en la reivindicación de los deberes de humanidad como exigencias no menos exigentes que las derivadas de la justicia. Por otra parte, sin llegar al extremo de identificar el cosmopolitismo con la defensa de la irrelevancia moral de las fronteras políticas, Iglesias rechaza que puedan extenderse a los compatriotas las razones que justificarían romper las consideraciones de imparcialidad y otorgar prioridad a las necesidades urgentes de unos seres humanos frente a las de otros extraños³³.

Una aproximación al debate entre los defensores de una concepción cosmopolita de la ética pero sobre todo de la justicia, por un lado, y los partidarios de otra política, ofrece algunas claves valiosas para construir una explicación de los deberes de humanidad. No obstante, también es cierto que la asociación de la defensa de unos deberes de humanidad con el cosmopolitismo puede conducir a la paradójica conclusión de que cualquiera que sostenga que el deber natural de ayuda o asistencia frente a la pobreza extrema es una exigencia que tiene un alcance global, que no se detiene en las fronteras de una determinada comunidad nacional o política, es un defensor del cosmopolitismo. La realidad es que prácticamente cualquier reflexión o teorización sobre los principios de la justicia internacional reconoce el alcance cosmopolita de algunos derechos y deberes básicos, incluidas las de autores que se autoproclaman no cosmopolitas, como es el caso de Rawls, David Miller³⁴ o Nagel.

³² *Ibidem*, p. 165.

³³ IGLESIAS, M., «El desafío moral de la pobreza», *cit.*, pp. 248-253. A juicio de Iglesias sólo la prioridad por los allegados (parientes y amigos) justificaría esta preferencia.

³⁴ Vid. MILLER, «The limits of Cosmopolitan Justice» en Mapel, D. and Nardin, T. (eds), *International Society and Ethics*, Princeton, 1988, p. 173. Tras señalar que nuestra única relación con los extranjeros no es la de un ser humano con otro sino que también nos relacionamos como británicos, tanzanos, etc., Miller sostiene que las obligaciones que impone la primera dimensión se aprehenden mejor a través de una teoría de los derechos básicos: «tenemos la obligación de respetar esos derechos que se derivan, simplemente, de nuestra común humanidad: son, principalmente, derechos de tolerancia de distintos tipos –derecho a que lo dejen a uno en paz, a no ser agraviado de formas varias, etc.– pero también puede incluir derechos de provisión,

El rechazo del cosmopolitismo y el reconocimiento, sin embargo, de unos deberes de humanidad puede resultar comprensible si el cosmopolitismo que toman como referencia estos últimos no es el que defiende el alcance global de unos deberes de ayuda o asistencia que garanticen la satisfacción de las necesidades más básicas sino aquel que propugna el alcance global de la justicia distributiva, rechazando, de esta forma, que pueda hablarse de un cosmopolitismo de la humanidad. A diferencia de Singer, Beitz, Barry o Pogge no propugnan una justicia distributiva internacional como la traducción institucional puramente instrumental de un deber ético previo que exige dar un mismo valor y trato a los intereses de todos los seres humanos por el mero hecho de ser seres humanos. Más bien, en la línea que habría señalado también Kant³⁵, lo hacen porque considerarían que respecto a todos los seres humanos tenemos deberes de justicia entendida esta como un valor no ya moral sino político, si bien en esto último se entiende en un sentido más amplio de lo que hace Rawls: como un deber asociativo *amplio sensu* y no solo institucional³⁶. Es sólo en el contexto de las relaciones de cooperación, interacción y dependencia mutua cada vez más intensas entre individuos y grupos que viven en diferentes comunidades políticas del planeta y de las instituciones políticas internacionales donde tiene sentido hablar del cosmopolitismo como una extensión de los principios de la justicia doméstica al conjunto de la comunidad internacional.

En contra de esta reducción del cosmopolitismo ético a, exclusivamente, un cosmopolitismo sobre la justicia, merece recordarse cómo Pogge, tras distinguir entre un cosmopolitismo moral y otro legal, diferencia dentro del primero entre una concepción *interaccional* y otra *institucional* del mismo. Si la segunda es la que acabamos de comentar suscriben Pogge y Beitz, la primera se caracteriza por establecer que ciertos principios morales son aplicables directamente a la conducta de las personas y grupos, asignando responsabilidad directa por la satisfacción de los derechos humanos. Desde la perspectiva interaccional, cualquier derecho humano positivizado impondría a las personas, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, el deber de

por ejemplo, en los casos en los que una escasez natural de recursos significa que la gente morirá de hambre o sufrirá dolor físico si otros no los proveen de remedio». MILLER, D., *Sobre la nacionalidad*, op. cit., p. 97.

³⁵ Vid. ARCOS RAMÍREZ, F., «Una lectura del cosmopolitismo Kantiano», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21, 2004, pp. 13-38.

³⁶ Como señala Julius, «POGGE and Beitz have argued for redistribution on a world scale as an obligation incurred in institutionally routinized interaction and not as the pre-institutional requirement of equal concern or fairness». JULIUS, P. «Nagel's Atlas», *Philosophy and Public Affairs*, 34, 2, 2006, 178. O, como señalan también Cohen y Sabel, «some cosmopolitanism think that egalitarian principles apply globally because of the nature of global politics, not irrespective of that nature». COHEN, J. and SABEL, Ch., «Extra Republicam Nulla Justitia?», *Philosophy and Public Affairs*, 34, 2, 2006, p. 152, nota a pie 10.

dar toda la ayuda y protección posible en casos específicos de ayuda³⁷. Para la concepción interaccional, la justicia sería pues un valor moral y no meramente o específicamente político. Sus exigencias no derivarían, pues, de la existencia de algún tipo de relación especial (cooperativa, asociativa, o de algún tipo) entre los hombres sino, exclusivamente, de una base moral³⁸.

4. PERSPECTIVAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LOS DEBERES DE HUMANIDAD Y LOS DE JUSTICIA

Si tanto los no cosmopolitas como los cosmopolitas éticos admiten que existen deberes de humanidad junto a los deberes de justicia, ¿en donde reside la diferencia entre ambos?

Una de las principales debe buscarse en la relación entre qué establecen unos y otros entre los deberes de justicia y los deberes de humanidad. Para los cosmopolitas no existiría una frontera clara entre ambos y –de admitir esa división– estiman que obedece únicamente a razones de utilidad o eficacia, sin que ello signifique que los deberes de humanidad tengan menos fuerza que los deberes de justicia y sin que acepten que pueda existir entre los hombres un vínculo moral y político más fuerte que el de la común humanidad. R. Goodin considera que la mejor explicación y justificación de los deberes especiales hacia los compatriotas es la que los considera como meros «deberes generales distribuidos». Desde este punto de vista, dichos deberes serían meros instrumentos por medio de los cuales la comunidad moral consigue asignar deberes generales a agentes particulares³⁹.

Por el contrario, los no cosmopolitas se valen de la delimitación de dos ámbitos mucho más claramente diferenciados de incumbencia moral: por un lado, el de los compatriotas (deberes de justicia) y, por otro, el de los extranjeros (deberes de humanidad), como parte de un discurso dirigido a defender la preferencia de los primeros a la hora de distribuir ciertos bienes y recursos escasos. Con tal propósito, afirman que los deberes de humanidad serían más básicos que los de justicia y –lo que es más importante– que no constituirían la mera traducción y concreción motivada por razones de eficacia de unos deberes éticos universales (entre los que se encontrarían los deberes de humanidad),

³⁷ Vid. POGGE, T: «Cosmopolitanism and Sovereignty» en Brown, C (ed), *Political restructuring Europe. Ethical Perspectives*, p. 118, nota 7.

³⁸ Como escribe SanGiovanni, para algunos cosmopolitas, los dos principios de justicia de Rawls podrían fundamentarse directamente en una concepción de la personalidad moral y, por tanto, independientemente de que se compartan o no (cooperativa o activamente) esquemas políticos y sociales. SANGIOVANNI, A., «Global justice, reciprocity ant the State», *Philosophy & Public Affairs*, 35, 1, 2007, p. 6.

³⁹ GOODIN, R. E., «What is so special about our fellow countrymen?» *Ethics*, 98, 1988, p. 678.

sino un tipo de exigencias cuyo fundamento sería bastante diferente, a saber: el beneficio mutuo derivado de la instauración de un sistema de cooperación dirigido a satisfacer los intereses de individuos aproximadamente iguales. Como señala Nagel, los de justicia son deberes *sui generis* ya que no tienen como destinatarios a cualquier persona del mundo, ni son una consecuencia indirecta de algún otro deber que pueda tenerse frente a cualquier ser humano, tal y como ocurre con los deberes de humanidad. La justicia es sólo algo que nos debemos a través de nuestras instituciones compartidas frente a quienes nos encontramos en una relación política en sentido fuerte. Se trataría, por tanto, de una obligación asociativa (*associative obligation*)⁴⁰.

Una aproximación a las razones para que la justicia sea un vínculo exclusivo de las relaciones entre los compatriotas y más fuerte o exigente que el de la humanidad nos sitúa ante la que, a partir de ahora, se va a convertir en la principal línea de crítica contra la ética centrada en los deberes de humanidad: el problema de la motivación o persuasividad moral. Prácticamente desechadas las interpretaciones de la obligación política que asimilan el vínculo entre los conciudadanos al del parentesco, la amistad y otras formas de asociación más íntimas y locales, las defensas más serias que actualmente se hacen del patriotismo son las que insisten en que la preferencia a los compatriotas frente al resto de las personas obedecería a la necesidad de proporcionar estímulos para la participación en un esquema de cooperación mutua como el que caracteriza a las sociedades políticas. Este estímulo no puede reducirse a la satisfacción de —únicamente— las necesidades más básicas. Si los beneficios que las personas reciben de la sociedad han de ser estrictamente proporcionales a su contribución a la generación de los mismos es preciso, además, que exista una cierta reciprocidad mutua en la provisión de los bienes necesarios para llevar adelante un plan de vida⁴¹, lo cual exige mejorar su situación comparativa respecto al resto de los miembros del grupo a través, por ejemplo, de la aplicación de un principio de diferencia como el que propone Rawls. Si el esquema de beneficio mutuo basado en la coacción favorece a unos mucho más que a otros, y no hace lo máximo posible para minimizar el peso de la desigualdad doméstica sino que emplea parte de los recursos para aliviar la miseria y necesidades humanas a lo largo y ancho del planeta, se estaría faltando al autorrespeto y favorecería la desconfianza de las personas que han de cargar con este esquema⁴².

⁴⁰ NAGEL, T., «The Problem of Global Justice», *cit.*, p. 121.

⁴¹ SANGIOVANNI, A., «Global justice, reciprocity and the State», *cit.*, p. 4.

⁴² Según R.W. Miller, incumplir los deberes hacia los compatriotas como, por ejemplo, dejar de pagar impuestos que permitan aliviar las cargas de aquéllos con inferior perspectiva de vida y destinar esos mismos recursos a personas necesitadas en el extranjero, reduciría la medida en la que los más desaventajados pueden confiar en cooperar con los compatriotas aventajados. La difusión a escala mundial de la solidaridad iría, de esta forma, acompañada de una disminución de la amistad en las interac-

De la no continuidad y no instrumentalidad de los deberes de justicia respecto a los deberes de humanidad se derivan importantes consecuencias. La principal es que lo que se debe en justicia a los conciudadanos puede ser determinado de modo independiente y con anterioridad al problema de la justicia internacional⁴³. Esta subsidiariedad puede llegar, por un lado, a concebir la fraternidad o la humanidad «como un sistema moral residual de obligaciones entre desconocidos que entran en juego cuando ya no quedan otras relaciones sociales capaces de salvar a una persona»⁴⁴, y, por otro lado, a que, en el supuesto de que puedan entrar en conflicto, los deberes de humanidad deban ceder ante los deberes de justicia. Así Miller, tras admitir como hemos señalado la existencia de deberes basados en el vínculo de la humanidad, considera que sólo cuando hayamos satisfecho los deberes de la justicia doméstica podemos empezar a cumplir los deberes de humanidad hacia los extranjeros y que, sólo cuando los Estados hayan fallado o fracasado en su obligación de satisfacer las necesidades más básicas de sus miembros, entra en juego el deber de los extranjeros de entregar recursos para tal finalidad⁴⁵.

No es de extrañar, pues, que las teorías éticas monistas —especialmente el consecuencialismo— se hayan convertido en el terreno natural de unos deberes de humanidad⁴⁶. En la filosofía política suele decirse que una teoría es monista si sostiene que deben aplicarse los mismos principios al diseño institucional y la conducta individual o personal. Aunque no sea exclusivo de ellas, uno de los rasgos distintivos de las teorías consecuencialistas es que no aceptan una división tajante del trabajo moral entre las instituciones y los individuos y, como consecuencia de ello, entre los principios morales que deben

ciones cotidianas. De esta forma, en lugar de en la confianza y respeto mutuo, las relaciones de interdependencia entre los compatriotas se basarían en el resentimiento y el servilismo. Miller llega por ello a justificar que, en tanto en cuanto su posición de desigualdad comparativa pueda reducirse aún más dentro del sistema político y jurídico doméstico, otorguemos prioridad a nuestros compatriotas menos aventajados cuyas necesidades básicas ya han sido satisfechas, aun cuando ello suponga no ayudar a otras personas aún más desaventajadas. MILLER, R. W., «Cosmopolitan respect and Patriotic Concern», *Philosophy & Public Affairs*, 3, 1998, pp. 210-211.

⁴³ SELEME, H., «El peso del deber de asistencia a pueblos foráneos frente a las exigencias de justicia doméstica», *Dianoia*, 59, 2007, p. 100.

⁴⁴ IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero*, op. cit., p. 25.

⁴⁵ MILLER, D., *Sobre la nacionalidad*, op. cit., p. 103. Por su parte Rawls concibe el deber de ayuda de los pueblos bien ordenados a las sociedades más desfavorecidas no como el resultado de aplicar un principio de justicia distributiva para regular las desigualdades económicas y sociales entre los pueblos. La finalidad del deber de ayuda no es, pues, ajustar o equilibrar los niveles de riqueza y bienestar entre las distintas sociedades sino sólo asistir a las sociedades más desfavorecidas. RAWLS, J., *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*, trad. de H. Valencia Villa, Paidós, Barcelona, 2001, p. 125.

⁴⁶ Vid. HERMANN, B., «The scope of Moral Requirement», *Philosophy & Public Affairs*, 30, 3, 2002, p. 227.

aplicarse al diseño de las primeras y a la conducta de los segundos⁴⁷. Las mismas razones que conducen a supeditar la justicia de las instituciones a la promoción de algún estándar que exija reducir las desigualdades económicas entre los más ricos y los más pobres (por ejemplo, el principio de diferencia de Rawls), pueden demandar a los individuos que contribuyan, a través de donaciones particulares u otro tipo de ayudas, a reducir esas mismas desigualdades⁴⁸, y, como es el caso de Singer, no sólo respecto a los menos aventajados dentro de sus propias fronteras sino en todo el mundo. En este último, esa razón común al diseño institucional y la conducta individual es evitar la muerte de quien necesita nuestra ayuda sin imponernos sacrificios comparables al mal a evitar. A diferencia pues del que podríamos denominar liberalismo contractualista (para el que resulta extraño hablar de unos deberes de asistencia en el sentido de exigencias pre o extrapolíticas, anteriores o independientes del contexto institucional en el que se dan las condiciones de cooperación y reciprocidad que constituyen las circunstancias de la justicia) el utilitarismo formaría parte de una versión más amplia del liberalismo para la que no existiría un hiato tan profundo entre el fundamento de lo que nos debemos unos a otros como seres humanos y el de lo que nos debemos como miembros de una determinada comunidad política.

Un monismo moral algo menos exigente o, si se prefiere, un dualismo menos radical que el defendido por liberales como Nagel, parece caracterizar la concepción de los deberes de humanidad de Marisa Iglesias y del cosmopolitismo moral de Beitz o Jones. Ambos están de acuerdo en que la pobreza extrema demanda de los habitantes de los países más aventajados un deber de ayuda o asistencia, si bien reconocen que, en un contexto de aislamiento individual y situaciones a gran escala como el de la erradicación del hambre y la pobreza, ésta deja de ser una obligación directa de ayuda para convertirse en otra indirecta cuya implementación precisa de instituciones diseñadas para este propósito. No obstante, aunque el deber general de ayuda termine derivando en unas obligaciones indirectas en sentido más o menos débil (mediadas, canalizadas por las instituciones) o fuerte (deber de apoyar instituciones que hagan posible la asistencia de los más desfavorecidos y no directamente de ayuda a estos), aquel permanece como el fundamento ético de todas estas exigencias derivadas del primero únicamente por razones de utilidad y eficiencia. El deber general de ayuda quedaría, pues, intacto. Como señala Iglesias, por muy neces-

⁴⁷ De ahí que, como señala O'Neil, el utilitarismo y otras posiciones consecuencialistas similares incluyan la justicia en la beneficencia generalizada, obligando a todo el mundo a realizar cualquier acción que, con mucha probabilidad, contribuya a la mayor felicidad o bienestar agregado. O'NEIL, O., «Global justice» en Chatterjee, D. (ed.), *The ethics of assistance. Morality and distant Needy*, Cambridge University Press, 2004, p. 244.

⁴⁸ Vid. MURPHY, L., «Institutions and the Demands of justice», *Philosophy Public Affairs*, 27, 1998, p. 280.

rias que resulten estas empresas, pueden constituir sólo instrumentos para canalizar nuestros deberes positivos generales. Por tanto, esos deberes siguen intactos cuando las instituciones no resultan ser instrumentos adecuados⁴⁹.

5. EL PROBLEMA DE LA PERSUASIVIDAD DEL HUMANISMO ABSTRACTO

Además de no admitir una continuidad monista entre el vínculo de la humanidad y el de la justicia y defender, por el contrario, la existencia de un dualismo (Nagel) o pluralismo ético (Sabel y Cohen)⁵⁰, una de las principales razones por la que muchos liberales consideran a los deberes de humanidad exigencias secundarias de la moralidad es la creencia en que éstos se basarían en un vínculo más emocional que racional entre las personas, que actuar por humanidad es hacerlo por caridad, simpatía o compasión hacia las necesidades y sufrimientos ajenos⁵¹. Esta asociación invita a considerar que los actos de beneficencia o humanidad imponen sacrificios heroicos y, por consiguiente, voluntarios⁵², y a que actuar por humanidad es una mera cuestión de ser una buena persona.

Los defensores de una ética de humanidad estiman, por el contrario, que la beneficencia no puede reducirse a la obligación de cultivar o experimentar sentimientos como la solidaridad, la simpatía o la compasión. La fundamentación de estos deberes cosmopolitas únicamente puede proporcionárnosla la razón, a través de una u otra forma de imparcialidad que tome en serio la igualdad moral de todos los seres humanos. De ahí que los deberes de humanidad, que un determinado grado de samaritanismo, pueda ser considerado un auténtico deber moral y no algo meramente supererogatorio⁵³.

⁴⁹ IGLESIAS, M., «El desafío moral de la pobreza», *cit.*, p. 257, nota 119. En parecidos términos se manifiesta Beitz si bien, como veremos, el deber de ayuda que él defiende no se sustenta en la humanidad sino que forma parte de la extensión internacional de la justicia distributiva Rawisiana. BEITZ, C., *Political theory and international relations*, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁰ COHEN, J. y SABEL, Ch., «Extra Republicam Nulla Justitia?», *Philosophy & Public Affairs*, 34, 2, 2006, p. 15.

⁵¹ Beitz comienza su teoría de la justicia distributiva internacional distinguiendo entre los deberes de ayuda mutua (esto es, lo que hemos llamado deberes naturales o generales positivos), a los que describe como obligaciones de caridad, y los deberes de justicia que él propugna. BEITZ, C. *Political Theory and International Relations*, *op. cit.*, p. 127. También Kuper se vale del lenguaje de la caridad para criticar la teoría de Singer. KUPER, A., «More than charity: «Cosmopolitan alternatives to the Singer's Solution», *Ethics & International Affairs*, 16, 2, 2002, pp. 107-120.

⁵² MURPHY, L., «Institutions and the demands of justice», *Philosophy & Public Affairs*, 27, 1988, p. 263, nota 34.

⁵³ IGLESIAS, M., «El desafío moral de la pobreza», *cit.*, p. 233. *Vid.* RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Fondo Cultura Económica, México, 1971, p. 137, nota 114.

La fundamentación de los deberes de humanidad en la razón y no en los sentimientos debe enfrentarse, de esta forma, a una crítica que, como ya hemos señalado, viene repitiéndose con insistencia en los últimos tiempos. Se trata de aquella según la cual las éticas universalistas carecen de fuerza práctica ya que la representación racional de la igualdad moral de las necesidades más básicas y urgentes de todos y cada uno de los seres humanos no parece ser una motivación lo suficientemente persuasiva como para dar lugar a acciones colectivas e individuales de ayuda o asistencia. El humanismo abstracto puede coexistir tranquilamente con la indiferencia e incluso con el aborrecimiento de los seres humanos concretos. Casi ninguna de las personas que, poseyendo más de lo necesario para satisfacer las necesidades básicas propias y de sus allegados, prefieren destinar el resto de sus recursos a la satisfacción de preferencias suntuosas en lugar de a aliviar la pobreza global negaría racionalmente esta igualdad moral fundamental. Los motivos para actuar moralmente parecen encontrarse, por tanto, en un plano distinto al racional, en el contexto social e individual en el que viven la mayoría de las personas.

Esta división entre nuestros motivos para actuar y nuestras razones o juicios ha llegado a ser calificada incluso de auténtica «esquizofrenia moral» (*ethical schizophrenia*). Stocker señala que las teorías éticas modernas habrían fracasado al centrar su atención sólo en las razones, en aquello que justifica, y no en los motivos y estructuras motivacionales de la vida ética. Cuando hemos de buscar principios que nos indiquen cómo actuar moralmente, deberíamos estar seguros de que poseen fuerza práctica, de que motivan a las personas a actuar de acuerdo con ellos. Y este sería precisamente el principal defecto de las teorías universalistas: que carecen de fuerza práctica porque son demasiado generales, abstractas y exigentes⁵⁴.

En torno a este tipo de consideraciones gira la crítica no sólo comunitarista sino también de algunos universalistas al cosmopolitismo centrado en la idea de la común humanidad. Para los últimos la común humanidad puede ser suficiente para entender los principios del cosmopolitismo, pero no para motivarnos para ser cosmopolitas⁵⁵. Empero, han sido los comunitaristas menos moderados quienes han cargado con más fuerza contra las éticas que toman como base la humanidad racional. Las siguientes reflexiones de David Miller ofrecen uno de los ejes centrales de esta crítica:

«el universalismo ético descansa sobre una descripción implausible de la acción moral, de la persona portadora de responsabilidades y deberes. Traza una línea infranqueable entre la acción moral y la identidad personal por una parte y la acción moral y la motiva-

⁵⁴ STOCKER, M., «The Schizophrenia of Modern Ethical Theories», *Journal of Philosophy*, 73, 14, 1976, pp. 453-466.

⁵⁵ DOBSON, A., «Thick cosmopolitanism», *Political Studies*, 54, 2006, p. 169.

ción personal por otra. De acuerdo con el universalista, descubriremos cuáles son nuestros deberes mediante la reflexión abstracta sobre la condición humana y sobre lo que otros nos demanden legítimamente»⁵⁶.

Miller rechaza que la percepción racional de la común humanidad pueda movilizar de cara al respeto de los contenidos de una ética universal centrada en los derechos humanos o los deberes de beneficencia. Esta es una alternativa que, como ha señalado también Rorty⁵⁷, puede funcionar entre una élite de individuos ilustrados y racionalistas pero no es una fórmula capaz de motivar a la gran mayoría de seres humanos que no disponen del tiempo, el ocio y los recursos suficientes para generar una visión totalmente desencantada y racional tanto de su identidad como del origen de los deberes hacia los otros. Las éticas universales basadas en la pura convicción racional terminan resultando elitistas ya que, como suscribe también Miller,

«parece improbable que la convicción racional pueda portar el peso que se le exige excepto quizás un pequeño grupo de individuos heroicos, genuinamente capaces de gobernar sus vidas mediante puras consideraciones de principios. Para la mayoría de la humanidad, la vida ética ha de ser una institución social cuyos principios han de acomodar los sentimientos naturales hacia los parientes, colegas, etc. y que ha de sustentarse en un conjunto completo de motivos para hacer que la gente cumpla con sus exigencias —motivos tales como el amor, el orgullo y la vergüenza así como la convicción puramente racional—»⁵⁸.

Los partidarios de una ética cosmopolita o de humanidad podrían esgrimir dos tipos de argumentos para defenderse del escepticismo en torno a la fuerza motivadora de la imparcialidad. En primer lugar, podrían sostener que el fundamento de los deberes está relacionado con el origen de estos, mientras que la motivación para cumplirlos se refiere a las circunstancias de su cumplimiento. Aunque, como veremos más adelante, los primeros no lleguen a considerarlas dos cuestiones totalmente independientes entre sí, estiman que en el plano conceptual conviene ser diferenciadas.

En segundo lugar, podrían admitir, tal y como señalan Rorty y Miller, que es posible que la representación racional de los deberes de humanidad sólo resulte persuasiva para una élite de individuos ilustrados y relajados pero que este es, precisamente, el principal auditorio al que iría dirigido el discurso de los deberes de beneficencia contra la

⁵⁶ MILLER, D., *Sobre la nacionalidad*, op. cit., p. 78. Miller sigue muy de cerca la crítica de MacIntyre. Vid. MACINTYRE, A., ¿Es el patriotismo una virtud?, *Bitarte*, I, 1993, p. 77.

⁵⁷ Vid. RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 128-129.

⁵⁸ MILLER, D., *Sobre la nacionalidad*, op. cit., p. 79.

pobreza mundial. Aunque inicialmente quepa admitir que los titulares de estos deberes son todas las personas con recursos superiores a lo que se precisa para la satisfacción de las necesidades básicas, el hambre y la pobreza constituyen problemas de tal magnitud que, sin renunciar ni menospreciar lo que pueda ayudar a paliarlas a través de las ayudas individuales, sólo pueden ser afrontados con posibilidades de éxito a través de las instituciones políticas nacionales e internacionales. Y, es de suponer, que quienes están al frente de estas últimas, pertenecen a una élite que, por sus conocimientos e información, sí debe sentirse compelida por la gramática de la humanidad y las responsabilidades que de ella se derivan.

6. LA HUMANIDAD ¿RAZÓN O EMOCIÓN? EL PAPEL DE LOS SENTIMIENTOS EN LA ÉTICA DE LA HUMANIDAD

La crítica de la insuficiente persuasividad de las éticas de la humanidad racional ha propiciado el desarrollo de un cosmopolitismo ético diferente. Al margen de propuestas como las de Pogge⁵⁹, nuestra atención se va a centrar en algunos discursos que proponen otra forma de tomarse en serio las necesidades básicas de todos y cada uno de los seres humanos. Lo que los distingue del cosmopolitismo de Singer o de la concepción de los deberes de humanidad propuesta por Iglesias es el punto de partida elegido para alcanzar este objetivo. Este ya no sería la percepción racional del valor intrínseco de todas y cada una de las personas sino la expansión del entorno de incumbencia moral a través de un itinerario que arranque del yo y avance progresivamente, a través de diferentes círculos de personas, hasta terminar abarcando al conjunto de la humanidad. Para lograr observar estas exigencias es necesario superar el egoísmo individual, la perspectiva de la primera persona, y para ello no basta con situar frente al yo la exigencia de ayudar a los extraños simplemente porque sus necesidades básicas merezcan en el plano racional idéntico valor moral que las de cualquier otro ser humano. La ética no tiene como misión únicamente la tarea de encontrar el fundamento de estos deberes sino también la de ofrecer un camino lo suficientemente estimulante y motivador como para hacer posible transitar del apego a uno mismo y los que están cotidianamente más o menos próximos a la incumbencia moral uni-

⁵⁹ El planteamiento de Pogge parece localizar el fundamento de los deberes no en razones intrínsecas sino en aquello que les proporcione más fuerza para motivar el cumplimiento por parte de sus destinatarios. Para motivar a los países ricos a luchar contra la pobreza global, resulta más eficaz –en tanto que más *persuasivo*– considerar sus deberes frente al hambre el efecto de una violación previa del deber negativo más perentorio, inexcusable y evidente de no dañar, antes que el incumplimiento de unos deberes positivos calificados de imperfectos y asociados tradicionalmente con la caridad voluntaria y no con la justicia.

versal. Y, a juicio de estos cosmopolitas no racionalistas, dicha motivación no puede encontrarse fuera del yo, en la imparcialidad racional, sino en aquello que verdaderamente lo constituye, en sus sentimientos y emociones.

Solomon es uno de los defensores de este segundo camino. Junto a Robert Gordon o Stocker, pertenece a un conjunto de filósofos que rechazan la concepción no cognoscitivista de las emociones defendida por el psicoanálisis freudiano y el conductismo (para el que las emociones pueden ser interpretadas en términos de estímulo-respuesta). A su juicio, la ética es principalmente una cuestión de emociones y sentimientos naturales que deben ser cultivados desde su inclinación hacia los más allegados. La vida moral comienza con el cuidado de nosotros mismos y nuestro lugar en el mundo, de quienes amamos o no sentimos afines. El error de Singer habría sido el de supervalorar el papel de la razón y minusvalorar el de la compasión en la expansión del círculo de incumbencia moral. Lo que hace posible avanzar desde el yo, los familiares y amigos a los grupos y comunidades e, incluso, a los totalmente extraños, no es la razón (en el sentido de un cálculo sobre la base de principios abstractos) sino el conocimiento y la comprensión de la situación y circunstancias en la que se encuentran otras personas. Para lo cual es preciso una mente abierta y un corazón receptivo a través del sentido de la afinidad (*kinship*) y la humanidad compartida (y no sólo la humanidad abstracta e impersonal)⁶⁰.

La negativa a basar en este tipo de emociones una ética cosmopolita o de la humanidad obedece a varias razones. Una de ellas es que los defensores de unos deberes de humanidad fundados en la razón prefieren moldear la benevolencia no de manera natural –a través de la compasión y la información– sino combinando el autointerés con las restricciones en la información a través del velo de ignorancia, tal y como propone Rawls⁶¹, o, simplemente, apelando directamente a la consideración del igual valor de todos y cada uno de los seres humanos y de sus necesidades más básicas como justificación pero también como motivación para observar tales deberes.

Empero, quizá la principal causa de dicho rechazo está animada por la desconfianza secular acerca del valor moral de este y otros sentimientos más o menos próximos ¿Cuáles han sido las razones de ese recelo acerca del papel moral de las emociones y, en particular, de la compasión? Como señala Nussbaum en su ambicioso trabajo sobre la inteligencia emocional, mientras la tradición contraria a la compasión exhibe una gran continuidad y unidad en su argumento, la tradición

⁶⁰ SOLOMON, R., «Singer's expanding circle: Compassion and The Liberation of Ethics» en Jamiesson (ed.), *Singer and his critics*, Blackwell, Oxford, 1999, pp. 70-75.

⁶¹ NUSSBAUM, M., *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 380.

favorable está más dispersa y sus miembros no son claramente conscientes de los argumentos de los demás.

Algunas de las críticas históricas contra la compasión parecen un tanto desfasadas. Así ocurre con el argumento empleado por los antiguos, Kant y Nietzsche, de que este sentimiento insulta la dignidad tanto del que lo experimenta como, sobre todo, del que lo recibe. Al conferir a las desgracias fortuitas una importancia que en realidad no poseen, la compasión, tal y como señalarán los *kosmopolítai* estoicos, insultaría la dignidad de la humanidad del que sufre. Sentir compasión hacia quien sufre la pérdida de ciertos bienes externos conlleva supe-ditar su humanidad a estos últimos y no a sus facultades o capacidades. Aunque, como señala Nussbaum, la postura estoica contenga un fondo de verdad acerca de la igualdad humana, es precisamente este valor el que nos exigiría interesarnos por la necesidad de recursos que posibilitan el florecimiento personal mediante el desarrollo de las capacidades⁶².

En los debates contemporáneos, el rechazo a asignar un papel más importante a las emociones en la teoría moral se centra en dos defectos básicos de éstas: su carácter no deliberativo y su parcialidad. El carácter natural, instantáneo y prerreflexivo de las emociones, si bien suele introducir un plus de sinceridad en el comportamiento individual, explicaría que algunas escuelas de pensamiento hayan sostenido que éstas no poseen ninguna dimensión cognitiva, que son fuerzas ciegas carentes de todo discernimiento e inteligencia. En el caso de la piedad o compasión, esto puede terminar convirtiéndola, tal y como señalaron Aristóteles, Cicerón o Séneca y más tarde hará Rousseau, en una pasión negativa, de aversión más que de atracción hacia su objeto y, por tanto, en un sentimiento reñido con la simpatía o complacencia hacia la felicidad ajena. Por otra parte, las emociones son parciales en el sentido de que dirigen hacia un ámbito restringido tanto de objetos externos. La compasión, tal y como evidenciará Adam Smith en su famoso ejemplo del terremoto en el imperio de China⁶³, disminuye con la distancia, que no sólo nos aleja física sino también emocional y moralmente. Como advierte también Rousseau, la compasión y otras afecciones del joven «se limitará(n) primero a los semejantes, y sus semejantes no serán para él desconocidos, sino aquellos con los que mantiene relaciones, aquellos que el hábito le ha hecho queridos y necesarios»⁶⁴.

Para entender algunas claves más profundas de la parcialidad de la compasión nos detendremos en la caracterización de su estructura cognitiva. Partiendo de la definición aristotélica de aquella como una emo-

⁶² *Ibidem*, pp. 412-413.

⁶³ SMITH, A., *Teoría de los sentimientos morales*, trad. de C. Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 2004, p. 252.

⁶⁴ ROUSSEAU, J. J., *Emilio o De la educación*, trad. de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 346.

ción dolorosa dirigida al infortunio o al sufrimiento de otra persona (Retórica, 1385b), Nussbaum estima que su estructura cognitiva constaría de tres elementos: a) el juicio de la *magnitud* (a alguien le ha ocurrido algo malo y grave); b) el juicio del *inmerecimiento* (esa persona no ha provocado su propio sufrimiento) y un juicio *eudaimonista* (esa persona o criatura es un elemento valioso en mi esquema de objetivos y planes y un objetivo en sí mismo cuyo bien debe ser promovido)⁶⁵. Nussbaum considera que normalmente, si bien no necesariamente, en este último resulta muy importante el llamado juicio de las *posibilidades parecidas*. Junto a la empatía, este juicio es el mecanismo psicológico por el que los seres humanos llegan a la compasión. Como sostenía Aristóteles, la compasión atañe a esas desgracias que «la propia persona puede esperar sufrir, ya sea en sí mismo, ya sea en sus seres queridos» (1385b). Tanto Aristóteles como Rousseau insisten en que, para que haya compasión, las personas deben reconocer que sus posibilidades y vulnerabilidades son parecidas a las de quien sufre, que uno podría encontrarse en esa misma adversidad⁶⁶. De ahí que la compasión dependa de la capacidad de encontrar similitudes entre yo mismo y los demás, de la capacidad para encontrar algún tipo de comunidad entre yo mismo y los otros yoes. Sin el reconocimiento de esa similitud o comunidad, la compasión dejará de producirse y dará paso a la indiferencia o la simple curiosidad intelectual⁶⁷.

En consecuencia, las razones del escepticismo respecto el deber de ser compasivo hacia los que sufren la pobreza extrema no hay que buscarlas únicamente en el hecho de que la capacidad para encontrar similitudes entre el yo y los otros y reconstruir imaginativamente la experiencia de los que sufren sea restringida y no alcance a abarcar a gente que no conocemos. Lo que hace que la compasión no sea lo suficientemente fiable ante estas situaciones es que no siempre funciona el juicio de las *posibilidades parecidas*. Ciertamente este meca-

⁶⁵ NUSSBAUM, M., *Paisajes del pensamiento*, op. cit., p. 361. Vid. también NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 102.

⁶⁶ «No acostumbréis a, pues, a vuestro alumno a mirar desde lo alto de su gloria las penas de los infortunados, los trabajos de los miserables, ni esperéis enseñarle a compadecerlos, si los considera como extraños a él. Hacedle comprender bien que la suerte de esos desgraciados puede ser la suya, que todos sus males están bajos sus pies, que mil acontecimientos imprevistos e inevitables pueden sumirlo en ellos de un momento a otro». ROUSSEAU, J.J., *Emilio, o De la Educación*, op. cit., pp. 331-332.

⁶⁷ NUSSBAUM, M., *Paisajes del pensamiento*, op. cit., pp. 354-359. En la compasión el reconocimiento de la similitud es el resultado de un juicio que surgiría del conocimiento de aquellas situaciones de sufrimiento grave e inmerecido que hay en el mundo y de la capacidad para imaginar que podríamos encontrarnos en ellas. En la imparcialidad formal Rawisiana, por el contrario, la similitud brotaría de la falta de información sobre el mundo que provoca el artificio del velo de ignorancia. Gracias al desconocimiento en la posición original del lugar que terminaríamos ocupando en la sociedad bien ordenada, llegamos a imaginar racionalmente que podríamos encontrarnos en cualquier situación, incluida la de quienes sufren un mal grave no merecido.

nismo psicológico incorpora, al menos en los casos más importantes, una noción de humanidad compartida similar al ideal igualitario y cosmopolita de los estoicos. Sin embargo, Nussbaum reconoce que es muy fácil que esta prometedora noción de humanidad compartida descarrile hacia lealtades locales, con sus correspondientes cegueras, rivalidades e incluso odios. Con mucha probabilidad, las personas aprenden la compasión bajo circunstancias que dividen y jerarquizan a los seres humanos, creando grupos de integrados y excluidos⁶⁸.

Por otra parte, aunque en el plano más abstracto admitan la igualdad humana básica, muchos seres humanos acostumbrados a no padecer en ellos mismos ni nadie próximo ciertos males llegan a sentirse invulnerables frente a ellos. Rousseau declarará por ello que no conoce nada tan hermoso, profundo y conmovedor como la máxima de que «nunca se compadecen en los demás sino los males de los que nos creemos exentos» (*Non ignara mali miseris susurre disco*), para añadir más adelante: «¿Por qué los reyes son despiadados con sus súbditos? Porque cuentan con no ser nunca humanos. ¿Por qué los ricos son tan duros con los pobres? Porque no temen volverse pobres»⁶⁹.

A la vista de estas críticas, no parece admisible que la expansión del círculo de incumbencia moral pueda lograrse a través de los sentimientos, las emociones y las pasiones. A quienes pretenden hacer de la compasión la fuerza extensora de las fronteras de nuestra incumbencia moral les resulta imposible apoyarse en una concepción puramente sentimental y mimética de esta emoción. La alternativa a la pura representación racional de la igualdad de todos los individuos no pueden ser, pues, las emociones naturales sino el cultivo racional de éstas. Esto último exigiría buena dosis de reflexión, de educación en el conocimiento de los seres humanos y, tal y como señala Rorty, unas condiciones de vida seguras⁷⁰. Algunos prefieren hablar, por ello, de un paso de la compasión como sentimiento a la compasión como virtud⁷¹.

Esta será precisamente la vía emprendida por Rousseau. Consciente de las limitaciones de una piedad puramente sentimental, el ginebrino desarrollará en el *Emilio* una concepción de la *pitié* como virtud. Ésta solo puede ser conquistada a través de la reflexión, por medio de un esfuerzo de la razón⁷². La consecuencia más decisiva de este perfeccionamiento es que la compasión gana en cuanto a calidad y cantidad de los males susceptibles de desencadenarla y, con ello, el número de seres humanos receptores de ella. El compasivo por contagio redu-

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 429-430.

⁶⁹ ROUSSEAU, J. J., *Emilio, o De la Educación*, op. cit., p. 331.

⁷⁰ Rorty cree que sólo «más dinero y seguridad, por un lado, y más fantasía o capacidad de imaginación, por otro lado, nos hacen más cosmopolitas». RORTY, R., *Filosofía y Futuro*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 160.

⁷¹ Vid. ARTETA, A., *Compasión. Apología de una virtud bajo sospecha*, Paidós, Barcelona, 1996.

⁷² Vid. ARTETA, A., «La piedad en Rousseau: de la pasión a la virtud», *Isegoría*, 14, 1996, pp. 187-202.

ce su sentimiento al círculo exiguo de los conocidos. Frente a éste, la compasión virtuosa no es parcial sino universal; no abarca sólo a los individuos más próximos sino al conjunto de la especie humana: «sólo después de haber cultivado su carácter de mil maneras, después de muchas reflexiones sobre sus propios sentimientos y sobre lo que observe en los demás, podrá llegar a generalizar sus nociones individuales, bajo la idea abstracta de la humanidad y unir a sus afecciones particulares las que pueden identificarse con la especie»⁷³.

También Nussbaum reconoce que la satisfacción de las necesidades básicas de todos es un objetivo que no puede depender de algo tan indeterminado como la benevolencia o la compasión natural sino que es preciso desarrollar una concepción adecuada de la benevolencia correcta derivando principios políticos de una cierta concepción del valor de la dignidad humana. El resultado de esta labor de justificación es la conocida como teoría o enfoque de las capacidades básicas, que la autora presenta como una alternativa al contractualismo de Scanlon o Rawls. Empero, esto no significa que –adecuadamente educados– los sentimientos y emociones pueden complementar, auxiliar y proporcionar estabilidad real a la fundamentación racional de los deberes de ayuda frente a la pobreza. Con excepción de Rousseau, los teóricos clásicos han incurrido en el error de no percatarse de la maleabilidad de los sentimientos morales. En la línea iniciada por el ginebrino, Nussbaum expresa su convicción de que las emociones son actitudes inteligentes que pueden ser condicionadas socialmente en una dirección correcta. Por ello puede concluirse que «si se nos conciencia del sufrimiento de otra persona de modo adecuado, acudimos a su ayuda. El problema es que nos distraemos la mayor parte del tiempo, no se nos educa bien para comprender los problemas de otras personas y (...) tampoco se nos induce –mediante la educación de la imaginación– a hacernos una idea vívida de esos sufrimientos en nuestra propia mente»⁷⁴.

Por lo que respecta al problema de la parcialidad, Nussbaum añade que su superación requiere de una educación apropiada en relación con una teoría correcta de la importancia de ciertos bienes externos y del interés por los demás. Es necesario, en primer lugar, una teoría normativa clara de cuáles son los bienes por los que merece preocuparse, si bien es cierto, tal y como reconoce la propia Nussbaum, que hay razones para creer que son más las ocasiones en que captamos bien la importancia de los diversos bienes externos que aquellas en las que los captamos mal⁷⁵. En el caso de la situación en la que experimentamos compasión por quienes sufren la pobreza extrema, los bienes externos que en este caso estarían en juego serían los más básicos o primarios, aquellos sin cuyo disfrute no es posible un florecimiento

⁷³ ROUSSEAU, J. J., *Emilio o De la educación*, op. cit., p. 346.

⁷⁴ NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, op. cit., p. 405.

⁷⁵ NUSSBAUM, M., *Paisajes del pensamiento*, op. cit., p. 430.

mínimo de las capacidades humanas: la vida, la salud y la integridad física. En segundo lugar, es preciso diseñar una educación que dirija la compasión hacia las personas adecuadas. Aunque Nussbaum confía más en las instituciones que en la psicología individual, señala que, en este último caso, no sería realista demandar desde el principio un interés igual por cualquier persona. Animada por una concepción eudaimonista de las emociones, estima que un objetivo más realista sería, tal y como sugiere la metáfora de los círculos concéntricos, expandir la compasión acercando progresivamente al centro (esto es, al yo) a quienes están más lejos:

«las personas no llegan al altruismo sino atravesando los apegos intensos y particulares de la infancia, ampliándolos gradualmente por medio de la culpa y la gratitud, extendiendo su interés por los demás a través de la imaginación característica de la compasión. La compasión es la forma que tiene nuestra especie de ligar el bien de los otros a la estructura fundamentalmente eudaimonista (aunque no egoísta) de nuestra imaginación y de nuestras preocupaciones más intensas. El bien de los otros en abstracto o a priori no nos dice nada. Sólo cuando se pone en relación con aquello que comprendemos y con nuestro intenso cariño hacia nuestros padres, con nuestra necesidad apasionada de consuelo y de seguridad, sólo entonces, decía, tales cosas empiezan a importar profundamente»⁷⁶.

A la vista de todas estas consideraciones, ¿es posible establecer algún punto de coincidencia o aproximación entre el papel que Solomon y sobre todo Nussbaum reconocen a las emociones en una ética de la humanidad y las reflexiones de Singer o Iglesias? Una lectura apresurada de la réplica de Singer a Miller o Solomon, podría sugerir que el filósofo australiano habría terminado aceptando la tesis de que la moralidad llega a ser universal y no parcial directamente a través de la perspectiva de un espectador racional e imparcial y no mediante un proceso de educación de la simpatía natural. Esta interpretación viene sugerida por varios aspectos de sus reflexiones. En primer lugar, Singer concede a sus críticos que el origen de la ética se encontraría en el altruismo, que este se dirigiría inicialmente hacia los parientes, amigos y demás personas con las que mantenemos relaciones mutuamente beneficiosas, quedando los extraños fuera del círculo instintivo o natural de aquél. En segundo lugar, Singer tampoco se apartaría en exceso de lo defendido por Nussbaum o Rorty, cuando señala que lo que ha hecho posible que «expandamos» el círculo del altruismo ha sido precisamente la razón, que es la que nos ha permitido ir más allá de estas respuestas «naturales». Más concretamente, esta capacidad de la razón para expandir la incumbencia moral inicial brotaría de lo que el biopsicólogo Leon Festinger denominó «disonancia cognitiva». Por último, Singer tampoco rechaza que las emociones puedan jugar

⁷⁶ NUSSBAUM, M., *Paisajes del pensamiento*, op. cit., p. 431.

algún papel siempre y cuando sean canalizadas a través de un pensamiento prudente.

Entre Singer y demás partidarios de una ética de la humanidad basada en la imparcialidad y los defensores de una ética de la compasión cultivada continúan existiendo, no obstante, diferencias importantes. La primera es que, al señalar que sería un hito acaecido en el transcurso de nuestra historia evolutiva, Singer sugiere que la progresión desde los sentimientos o disposiciones psicológicas naturales a una ética de la obligación universal no es, como en Rousseau o Nussbaum, un deber de perfeccionamiento sino la descripción de un hecho que ya no acontece en la vida de los individuos concretos sino en la historia evolutiva del género humano⁷⁷.

En segundo lugar, los defensores de la humanidad a través de la imparcialidad insisten en que la motivación para expandir la incumbencia moral no debería encontrarse sólo ni principalmente en las emociones sino en la misma razón. Es posible que el deber de –como concluye Iglesias– «observar nuestro mundo con un grado honesto de imparcialidad» represente una carga que perturbe nuestra comodidad cotidiana, pero esto no significa que los individuos únicamente puedan ser motivados por lo que desean o por lo que les experimenta emoción sino también por la idea del deber. La razón justifica los deberes y estos, en su representación racional, también motiva la acción⁷⁸. Si la imparcialidad no funciona siempre como ese estímulo para observar los deberes de ayuda eso no deja de ser más que una descripción acerca de lo que ocurre *de facto* y, como es lugar común desde Hume, no parece que sea posible derivar consecuencias normativas de los hechos ni, por tanto, tampoco negar que debemos ser imparciales bajo la premisa de que –pudiendo– no habitamos a serlo⁷⁹.

Por último, para los defensores de la expansión de la incumbencia moral a través de la imparcialidad, la obligación de ayudar a quienes sufren una gran privación de sus necesidades más básicas aparece como una carga que impone una limitación a la persecución de su propio interés. Las teorías que supeditan esta expansión a la educación de sentimientos no establecen, por el contrario, una división tan tajante entre el interés propio y el de los que sufren los males que debemos ayudar a poner fin. El componente eudaimonista de la com-

⁷⁷ Singer aclara que «my suggestion that it is reason that has taken us beyond the natural responses is a hypothesis about what has happened in the course of our evolutionary history. It says nothing about what should happen. SINGER, P., «A response» en Jamieson (ed.), *Singer and his critics, op. cit.*, p. 282.

⁷⁸ IGLESIAS, M., «El desafío moral de la pobreza», *cit.*, p. 238 nota 66.

⁷⁹ A juicio de Singer, los defensores de la imparcialidad sólo estarían apoyándose en una teoría implausible de la motivación humana si lo que esperan es que la mayoría de las personas actúe imparcialmente. Empero, no necesitan hacerlo ya que no hay nada de contradictorio en afirmar al mismo tiempo que «Todo el mundo debe hacer X» y que «Es cierto que la mayoría de la gente no hará X». SINGER, P., «A response» en Jamieson (ed.), *Singer and his critics, op. cit.*, pp. 280-282.

pasión hará que las penurias de otras personas sean vistas como una parte significativa del propio esquema de objetivos y metas. En este dato reside, precisamente, su fuerza motivacional.

El recurso del que finalmente se sirven los defensores de la imparcialidad para reconocer el papel de los sentimientos y emociones como elementos motivacionales de gran utilidad para lograr la eficacia de los deberes de humanidad y, al mismo tiempo, no cuestionar la naturaleza racional de éstos, pasa por distinguir entre el fundamento de los deberes y la motivación para observarlos⁸⁰, y atribuir a las emociones un papel complementario, indirecto o instrumental⁸¹.

Esta va a ser la forma que tiene Kant de rescatar los fundamentos motivacionales de la benevolencia sin corromper la pureza de los imperativos categóricos. Así se desprende, entre otras, de sus reflexiones sobre la relación entre el sentimiento de la simpatía (alegrarse con los demás y sufrir con ellos) y el deber de la beneficencia. El primero, que forma parte de los sentimientos de placer y desagrado, puede ser utilizado para «fomentar la beneficencia activa y racional» y, por tanto, constituye un deber especial que lleva el nombre de humanidad (*humanitas*). Al vincularlo a la beneficencia, Kant no considera que este deber de simpatía con las alegrías o desgracias ajenas constituya una obligación directa: «cuando uno sufre y me dejo contagiar por su dolor (mediante la imaginación) no pudiendo sin embargo librarle de él, sufran dos, aunque el mal propiamente (en la naturaleza) sólo afecte a uno. Pero es imposible que sea un deber aumentar el mal, por tanto, también hacer el bien *por compasión*»⁸². Sin embargo Kant termina aceptando la obligación de naturalizar los deberes racionales al señalar que:

«aunque no en sí mismo un deber sufrir (y, por tanto alegrarse) con otros, sí lo es sin embargo participar activamente en su destino y, por consiguiente, es un deber indirecto a tal efecto cultivar en nosotros los sentimientos compasivos naturales (estéticos) y utilizarlos como otros tantos medios para la participación que nace de principios morales y del sentimiento correspondiente. Así, pues, es un deber no eludir los lugares donde se encuentran los pobres a quienes les falta lo necesario, sino buscarlos; no huir de las salas de los enfermos o de las cárceles para deudores, etc. para evitar que esa dolorosa simpatía irreprimible; porque este es sin duda uno de los

⁸⁰ Vid. YPI, L., «Statist cosmopolitanism», *The Journal of Political Philosophy*, 16, 1, 2008, 48-71, p. 55.

⁸¹ Iglesias resume con claridad las claves de esta suficiencia motivadora de la razón: «sí pensamos, como yo pienso, que los seres humanos tienen valor intrínseco, segundo, que este valor moral justifica deberes morales hacia ellos y, tercero, que una persona racional debería estar motivada por estos deberes, no necesitamos acudir a ningún sentimiento de compasión para dar sentido moral a nuestra preocupación por otras personas». IGLESIAS, M., «El desafío moral de la pobreza», *cit.*, p. 235.

⁸² KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, p. 328.

impulsos que la naturaleza ha puesto en nosotros para hacer aquello que la representación del deber por sí sola no lograría»⁸³.

En consecuencia, si como reconoce expresamente Iglesias y puede interpretarse que admitiría también Kant, la compasión es cognitiva, ya que nos permite a través de la empatía colocarnos en el lugar del otro, percibir sus necesidades e identificar las ocasiones morales en que debemos actuar y tiene, por otro lado, un rol motivacional, ya que nos proporciona la actitud adecuada para actuar en presencia de esa situación y, si como apunta Nussbaum, esto es no es un mero accidente de la psicología humana, no es sólo «una campana que suena en presencia del sufrimiento», habría que preguntarse si la calificación del deber de cultivar estas emociones como algo sólo secundario, instrumental o indirecto, logra captar el verdadero significado que la compasión desempeña realmente en una ética de la ayuda a satisfacer las necesidades más básicas o urgentes de todos los seres humanos.

Entretanto, millones de personas continúan muriendo víctimas de la pobreza extrema y el hambre. La obligación de ser imparciales otorgando un valor intrínseco a todos y cada uno de los seres humanos –tan correcta en la teoría– no termina de iluminar siempre las acciones colectivas que habrían de poner fin a esos males. Por otra parte, tampoco podemos confiar únicamente en la educación de la compasión ya que, como reconoce Nussbaum, el proceso de acercar cada vez más los círculos al centro dura todo el transcurso de una vida⁸⁴. La respuesta moral que nos demanda la pobreza extrema debe ser, por el contrario, mucho más rápida. Si Walzer ha hablado de una ética de las situaciones de emergencia, en el supuesto de la pobreza extrema deberíamos quizá hablar de una ética de las situaciones de urgencia. En este caso quizá esté incluso fuera de lugar interrogarnos acerca de si es la razón o la emoción la que nos permite expandir la incumbencia moral⁸⁵. Lo único importante es actuar y hacerlo rápidamente.

Recepción: 30/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

⁸³ *Ibidem*, p. 329.

⁸⁴ NUSSBAUM, M, *Paisajes del pensamiento. op. cit.*, p. 433.

⁸⁵ Singer reconoce que su posición en «Famine, affluence and morality» fue de urgir a hacer más para compartir nuestra riqueza con los más pobres sin preguntarse si esta expansión del círculo moral es producto de otra evolución del esfuerzo racional. SINGER, P., «A response» en Jamieson (ed.), *Singer and his critics, op. cit.*, p. 282.

Derecho y sensibilidad¹

Por MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Universidad de Zaragoza

«Los hombres y los juristas “inflexibles y sin matices” no se compadecen bien con el tipo de vida individual y social que reclama el Estado constitucional de nuestro tiempo.»

(Zagrebelsky, 1995, 18)

RESUMEN

Si las relaciones entre el Derecho y la sociedad en que surge y a la que se dirige se aceptan en la Teoría del Derecho actual casi como un axioma, puede resultar interesante analizar en qué modo se condicionan, así como los elementos que inciden en esas relaciones. Nos vamos a centrar en dos cuestiones principalmente. De un lado, la importancia de un derecho emocional que pretende dar respuesta a una situación puntual de alarma o de miedo y que aspira a legitimar el poder con su sola publicación. De otro lado, la situación en que queda un Derecho que decide abanderar determinados valores y consolidar legalmente cuestiones que todavía no se encuentran aceptadas, ni totalmente, ni por todos los sectores sociales. En ambas situaciones, el Derecho corre el riesgo de quedarse en el papel.

El necesario margen de discrecionalidad hermenéutica en la aplicación del derecho nos lleva a admitir la importancia de la sensibilidad del jurista en la no realización de una determinada legislación innovadora si la valora como inadecuada. O, al contrario, en su puesta en marcha si la asume como necesaria –incluso ampliando su marco de acción–. Igualmente, para completar el círculo de relaciones entre el Derecho y la sociedad, también intere-

¹ Este trabajo se ubica en el marco del proyecto SEJ2006-15335-C02-02: «Seguridad, estado social y cultura punitiva».

sa estudiar los efectos que tienen las decisiones de estos jueces –siempre más próximos a los ciudadanos que el poder legislativo–, tanto en los individuos afectados por la decisión, como sobre todo en la sociedad que asimila progresivamente esa posición judicial –siempre más visible y comprensible cuando afecta a un caso concreto–.

Palabras clave: *hermenéutica jurídica, discrecionalidad, sensibilidad, actividad judicial*

ABSTRACT

If the relationships between law and society are accepted by the current theory of law almost as an axiom, it may be interesting to analyze how they are conditioned between themselves and the elements affecting this relationship. We will mainly focus on two issues. On one hand, the importance of an emotional law trying to answer to a concrete situation of alarm or fear, with the intention of legitimizing the power just with its publication. On the other hand, the situation of a law that decides to consolidate some values and questions not completely accepted by all the social sectors. In both situations, the law is in danger of being left just on the paper

The necessary discretion in applying the law leads us to admit the importance of the sensitivity of the jurist in the non-fulfillment of a certain value. That happens both if the new legislation is considered as inadequate or, conversely, if it's assumed as necessary expanding even as its framework for action. Similarly, In order to complete the circle of relationships between law and society, it is also interesting to study the effects of the decisions of those judges –closer to the citizens that the legislative power– that take up the point of view of innovative laws; both in individuals affected by the decision, but especially in society, which assimilate that judicial position –always more visible and understandable when is applied to concrete cases.

Key words: *hermeneutic, discretion, sensitivity, judicial activity*

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—ENTRE EL DERECHO Y LA SOCIEDAD: DEL LEGISLADOR AL JUEZ.—DISCRECIONALIDAD Y SENSIBILIDAD JUDICIAL.—LA FUNCIÓN EDUCATIVA DEL DERECHO Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES.—TRES SITUACIONES EJEMPLARES.—PARA CONCLUIR: SOBRE LA ÉTICA DE LOS JUECES.

PLANTEAMIENTO

Cuando analizamos, desde una perspectiva general, los vínculos entre el Derecho y la sociedad, resulta un tópico destacar que las relaciones entre ambos no son exclusivamente unidireccionales, sino más

bien bidireccionales. Así, lo cierto es que unas veces –se podría acordar que la mayoría de ellas– es la sociedad la que condiciona y exige implícita o explícitamente cambios en el Derecho; que, en consecuencia y de este modo, dará respuesta a las transformaciones sociales. Sin embargo, otras veces –no tantas y a veces discutidas–, con la idea de recrear una sociedad más justa, equitativa, desarrollada o democrática, son las normas jurídicas las que abanderan intereses de grupos minoritarios imaginando, avanzando y reconstruyendo una realidad social distinta. Para ello, con su fuerza imperativa, exigen cambios en las conductas y comportamientos sociales de una parte importante de la sociedad². Como diría González Ordovás (2003, 23) asistimos a una «tensión permanente entre una realidad que ha de adaptarse al Derecho o un Derecho que ha de saber adaptarse a la realidad». Ahora bien, que el Derecho sea una variable dependiente o independiente de la sociedad –en un momento dado, se entiende–, esto es, que los cambios sean inducidos por la sociedad o por el Derecho tiene consecuencias evidentes para el ordenamiento jurídico en todos los niveles: en el de su conocimiento, así como en el de su aceptación, obediencia o, en su caso, aplicación³.

Así pues, en aquellos supuestos en que el Derecho es inducido o negociado con los grupos sociales a que se destina parece evidente que podrá ser conocido de primera mano por los destinatarios; como consecuencia, serán mayores las posibilidades de que se produzca una obediencia casi espontánea –puesto que la aceptación de la norma parece ser correlativa a la comprensión de su sentido y necesidad por parte del grupo al que va dirigida– por parte de aquéllos que previamente han presionado o negociado de cara a que la norma consolide un determinado estado de cosas, de derechos o de obligaciones. No ocurre lo mismo cuando el Derecho únicamente pretende dar respuesta a una situación puntual de alarma o de miedo, que sólo parece requerir una respuesta ejemplar. En esos casos, el Derecho se convierte en un derecho emocional, su utilización resulta simbólica y su obje-

² Sobre las vinculaciones posibles entre derecho y transformaciones sociales *vid.*, por ejemplo, Ruiz-Gallardón (2007, 27-28). Martínez Martínez (1996, 18) sostiene de forma más concreta, en relación al prejuicio, que «el prejuicio puede tornarse norma social y buscar su consolidación en las instituciones y ordenamientos legales. De igual modo la promulgación de una norma legal puede crear un prejuicio hasta entonces no evidenciado en la población». Y ello, tanto en sentido positivo como negativo. Por su parte, Soriano (1997, 314) matiza los ámbitos en los que el cambio social por el derecho puede gestarse: de manera efectiva en el ámbito económico, más lentamente las estructuras sociales, muy difícilmente cuando nos referimos a los cambios religiosos.

³ De forma simplificada, Soriano (1997, 44) asegura que «la eficacia de las normas depende del grado de aceptación por sus destinatarios y de la coactividad o fuerza de compulsión de que estén provistas. Son dos aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el legislador a la hora de regular las relaciones sociales». En relación a la complejidad de contenidos de la eficacia se pueden ver, entre otros, Hierro (2003), Oliver (2008).

tivo se cumple con su simple publicación⁴. Tampoco se dará esta eficacia espontánea en la segunda situación, cuando el Derecho representa intereses sociales, pero de grupos minoritarios; esto es, cuando el legislador a través del Derecho decide abanderar determinados valores y consolidar legalmente cuestiones que todavía no se encuentran aceptadas, ni totalmente, ni por todos los sectores sociales. Por ello, el primer objetivo de este trabajo será analizar qué ocurre con este Derecho que ha decidido construir algo que es percibido por una parte de la sociedad como ficción, como inadecuado, incorrecto, o incluso como injusto. Cuando el Derecho se realiza desconociendo algo que evidencia Hespanha (1993, 206): que son las condiciones sociales y políticas las que «delimitan el impacto social (de la *recepción*) de un texto».

Pero además de esa distancia y ese condicionamiento mutuo entre lo social y lo jurídico, siempre hay que contar con la separación que media necesariamente entre el legislador –de situaciones generales– y el operador jurídico que aplica el Derecho al caso concreto. Para Frosini (1995, 59), «la ley separa dos mundos al mismo tiempo que los reúne: el mundo al que pertenece su autor y el mundo en el que se encuentra quien la lee (...) al operador, esto es, al intérprete de la ley, le corresponde realizar la operación inversa, o sea, debe adentrarse en el mundo normativo construido por el legislador». Por eso mismo, porque la racionalidad del Derecho se predica tanto de las decisiones legislativas que lo crean como de las jurisdiccionales que lo actualizan, el segundo objetivo y, en realidad, el hilo conductor de todo este estudio es la puesta en evidencia del enorme poder que tienen los jueces para «decidir» sobre la vida de este Derecho percibido como novedoso. Para ello es preciso partir de dos presupuestos. Uno de ellos es que el Derecho ofrece a los operadores jurídicos márgenes de discrecionalidad hermenéutica –y a veces también burocrática– que les permiten esa maniobra y les dan la posibilidad de tomar decisiones que podríamos calificar de «políticas»⁵. El otro es que es precisa una cierta sensibilidad que llevará al juez a no aplicar ese derecho innovador si lo valora como inadecuado⁶ o, al contrario, ponerlo en marcha si lo asume como necesario –incluso ampliando su marco de acción–.

⁴ Sobre el emotivismo ético y axiológico y su vinculación con la justicia se puede acudir al análisis en profundidad de Alarcón Cabrera (2002).

⁵ Para Segura Ortega (1998, 84), «la conexión entre norma y sentencia es flexible y tal flexibilidad posibilita la obtención de resultados incluso contradictorios». Sigue Taruffo (2005, 15) indicando que el juez «lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desarrollo de relaciones políticas, individuales, colectivas». Asegura Vernengo (2000, 258) que «las decisiones de los jueces son, a la postre, decisiones que toman seres humanos para modificar las expectativas de otros hombres».

⁶ Con todas las consecuencias que ello supone. Por ejemplo, Rafael de Asís (2005, 60-62) recuerda que la obediencia al derecho por parte de los jueces es un

Igualmente, para completar el círculo de relaciones entre el Derecho y la sociedad, también interesa estudiar los efectos que tienen las decisiones de estos jueces –siempre más próximos a los ciudadanos que el poder legislativo– que asumen hasta el fin el punto de vista de la norma innovadora, tanto en los individuos afectados por la decisión, como sobre todo en la sociedad que asimila progresivamente esa posición judicial –siempre más visible y comprensible cuando afecta a un caso concreto–. Se podría avanzar que cuando los jueces «confirman» las normas legales aplicándolas, pueden estar alentando inconscientemente la progresiva consolidación y legitimación del sistema jurídico creado por el legislador, al tiempo que van transformando poco a poco los valores sociales; esto es, favorecen un efecto educativo y transformador del imaginario social. Dicho de otra forma, el tercer objetivo del trabajo será analizar si el ejemplo de las decisiones judiciales reiteradas en un sentido favorable al reconocimiento de la norma legal contribuyen a su interiorización y asimilación, favorecen la eficacia espontánea, que a su vez –para Nieto (2002, 46)– puede suplir buena parte de las deficiencias del sistema legal y de las propias leyes. Parece claro que, en otras ocasiones, serán precisamente los juristas quienes impidan que el círculo se cierre y que la reforma normativa cuaje.

ENTRE EL DERECHO Y LA SOCIEDAD: DEL LEGISLADOR AL JUEZ

Anunciábamos que el primer objetivo del trabajo era analizar qué ocurre con el Derecho que decide construir algo percibido como novedoso. De entrada, parece que en la aceptación y consolidación social de una norma novedosa juegan un papel importante varios operadores. Evidentemente, el primero de ellos es el legislador que establece a través de la norma lo que *debe ser*. Sin embargo, la diferencia entre la validez y la eficacia de las normas –entre lo que *debe ser* y lo que *es*– nos lleva a apuntar su poder limitado, al tiempo que nos hace ver que el Derecho no es algo estático, sino más bien praxis y curso de acción que desarrolla su identidad progresivamente, Zaccaria (2004, 55). Podríamos decir con Frosini (1995, 42-43) que «la publicación de una ley es el primer paso para que se lleve a cabo el proceso de circulación de las informaciones y de las prescripciones que dicha ley contiene, y que culmina y concluye en el momento de su aplicación o ejecución concreta, que constituye así la integración necesaria de la función técnica de la ley». En consecuencia, para que el Derecho no muera, sobrepase los límites del diario oficial y viva en sociedad, realmente

requisito necesario para lograr la seguridad jurídica; caso contrario puede estar actuando de manera moralmente correcta, pero en todo caso de manera no jurídica.

hacen falta otras muchas condiciones. En ocasiones, para la aplicación efectiva de la ley puede ser preciso un desarrollo reglamentario que permita su puesta en marcha, la creación de las instituciones necesarias o la provisión de las partidas presupuestarias suficientes para su correcta implementación. Despliegue de medios que, aunque luego nunca se pongan en marcha, ofrecen confianza a los ciudadanos. Siendo, evidentemente, la eficacia y la obediencia «espontáneas» preferidas a la aplicación coactiva del Derecho⁷.

Con más razón, cuando el Derecho avanza valores y protege intereses sociales no compartidos por todos, son mayores las posibilidades de que se produzcan situaciones en que el Derecho no se obedezca, ni se aplique, o que simple y llanamente no se aplique –como diría Hespanha (1993, 204)– «a rajatabla». De manera que, como destacaba Kelsen (1966, 131-133), si una norma es constantemente desobedecida con toda probabilidad dejará de ser aplicada en algún momento por las autoridades del Estado⁸. Y es que hasta que se consoliden los valores sociales que se encuentran en la base de las normas legales, éstas permanecen tozudas a su realización, se producen espacios de anomia, de incumplimiento, de rebelión⁹, de inaplicación, de ineficacia en todo el proceso de realización del Derecho. Sobre todo porque, como ya destacábamos, no podemos olvidar que la norma adquiere su sentido en un contexto histórico y un estado de civilización muy precisos¹⁰. Para Grossi (2006, 27) «la sociedad, al tiempo que abomina de las cadenas vinculantes que sofocan su adecuación espontánea, adopta medidas con el fin de hacer respetar su historicidad».

Y es que aunque el Derecho es soberbio y cree llenar todos los espacios y tiempos sociales, lo cierto es que las normas de comportamiento no se agotan con aquél, ni –como decíamos– el derecho de las

⁷ En ese sentido, Nieto (2002, 292) asegura que «las órdenes sólo son obedecidas y cumplidas por quienes las aceptan; y, voluntariamente, sólo las aceptan quienes se sienten beneficiados por ellas». Apunta (*ibidem* 293) que «hay factores que contribuyen a reducir el círculo de aceptación, como son fundamentalmente los “malos ejemplos” (...) el grado de tolerancia y el nivel de impunidad». En todo caso, es preciso señalar con Bonifaz (1993, 67), que la obediencia por parte de los ciudadanos o en su caso la aplicación por parte de los funcionarios cuando aquéllos no obedecen espontáneamente las normas son elementos que nos hacen presuponer la eficacia de las normas.

⁸ A lo cual añade Hierro (2003, 149) que «si los jueces dejan de aplicar generalmente alguna norma regularmente establecida conforme a las reglas de reconocimiento del sistema, entonces ha de concluirse que la actitud de los jueces ha alterado las reglas de reconocimiento».

⁹ Sobre las relaciones entre derecho y fuerza, así como los problemas de «desorden» que genera la rebelión contra el orden establecido, *vid.* F. Gény (2007, 69-85; en concreto, pp. 71-73).

¹⁰ Como dirá Pérez Ruiz (1996, 118, 122) las normas «funcionan, así, como mecanismo adicional de control social de los comportamientos socialmente institucionalizados (...). La acción diaria de una persona refleja o mantiene el mundo institucional que se ha internalizado mediante el proceso de socialización (...) el paso del “se”, con su carga de normatividad social, al “debe” jurídico, esta es la gran cuestión».

normas resulta siempre eficaz¹¹. Sobre todo, podríamos añadir, porque en los supuestos a que nos referimos de derecho innovador, sus destinatarios primarios pueden no estar comprendiendo el sentido de las normas que cambian costumbres arraigadas, perciben un entrometimiento en cuestiones asumidas como privadas, lo consideran como supuestos injustificados de paternalismo jurídico –como podría estar ocurriendo con el carnet por puntos, o la prohibición de fumar en los espacios públicos– o, simple y llanamente, no se sienten ligados a una normativa que se aparta de normas de moral individual o grupal de las que resulta aún más difícil desvincularse¹². Desde un punto de vista más pragmático, pueden considerar que el incumplimiento resulta «barato» –como con los delitos ecológicos– o sin coste alguno porque las sanciones son limitadas o las instituciones de vigilancia y control casi inexistentes –como pudo ser el caso del maltrato hacia los animales–. De igual forma podemos afirmar que la norma no es eficaz o ha dejado de serlo, cuando la sociedad consigue los mismos fines –no siempre explícitos– del Derecho por otros medios¹³. No hay que olvidar que, a veces, desde el punto de vista de la norma, cuando su objetivo fundamental es la legitimación de un sistema que no podría justificarse únicamente por la fuerza, no es preciso su cumplimiento sino que basta con su publicación: es suficiente para que desarrolle su función simbólica¹⁴.

Algo parecido ocurre con los otros destinatarios de las normas: los jueces y autoridades administrativas que las aplican. En estos casos, Soriano (1997, 413) las denomina causas de ineficacia jurídica. En el primer supuesto, puede ocurrir que los jueces consideren que, o bien

¹¹ Para Pablo Navarro (1990, 19) uno de los sentidos de la eficacia hace referencia a que «la autoridad normativa quiere conseguir un estado de cosas (M) y cree que promulgar la norma en cuestión es necesario para tal fin»; si se parte de un concepto de eficacia como mayoría «la eficacia se relaciona directamente con el derecho como técnica de motivación. No tiene sentido dictar una norma que será necesariamente (lógica o causalmente) eficaz o ineficaz» (*ibidem.*, 22).

¹² Se suele confundir la moral social con la de carácter individual, cuando algunos autores defienden que el juez debería en realidad velar por la moral social en cuanto representante público. Quizás porque, como asegura Gómez Jiménez-Cisneros (1959, 245-246) «existen muy pocas diferencias entre las reacciones emocionales del juez y las de un simple particular. La capacidad del juez para la indignación o para la compasión no sufre atrofia (...) por eso la justicia de los hombres es siempre imperfecta. Es, hasta cierto grado, necesariamente injusta».

¹³ Hierro (2003, 82) para ilustrar esta circunstancia plantea la hipótesis de que una enorme cantidad de parejas decidieran rechazar M como forma de matrimonio y convivieran establemente sin contraer matrimonio. «Aunque no es posible afirmar que incumplen M, es posible afirmar que M ha dejado de ser eficaz, al menos en el sentido de que no sirve de regulación efectiva de la forma en que las parejas instituyen su convivencia estable».

¹⁴ De hecho, en los últimos tiempos, se ha podido observar cómo muchas de las modificaciones legales –de las normas penales fundamentalmente– no aspiran tanto a la aplicación, como a la legitimación del sistema penal y a generar una especie de sentimiento de alivio generalizado. Hay que aparentar ser los más duros frente al crimen, Díez Ripollés (2004, 12).

la norma resulta contraria al espíritu y los valores de la norma suprema, en cuyo caso optarán por plantear una cuestión de inconstitucionalidad; que no responde a las pretensiones, valoraciones o al sentir social –de los que se sienten intérpretes–; o incluso pueden valorar que atenta contra la moral social –que a veces puede confundirse con la particular–. En el caso de las autoridades administrativas puede que éstas «hagan la vista gorda» ante determinadas situaciones que no consideran graves o que se encuentran en los límites difusos de la legalidad¹⁵. Y si eso ocurre y ese comportamiento trasciende puede suceder que los ciudadanos, no demasiado convencidos de una nueva imposición, tiendan a seguir evitando el cumplimiento y a continuar con el comportamiento previo a la entrada en vigor de la norma. En ese caso, la inaplicación constante del Derecho y la inactividad de las autoridades también parece justificar su desobediencia. Insiste Cover (2002, 89-90) en esa relación de ida y vuelta asegurando que

«la resistencia de una comunidad frente a la ley de un juez, la insistencia de la comunidad en vivir o realizar su propia ley dentro del mundo social más amplio, plantea la cuestión del compromiso del juez con la violencia de su cargo (...) la resistencia de la comunidad desafía la pretensión implícita de que la interpretación del juez es obligatoria. Frente a ese desafío, el juez –que no tiene en sus manos un abordaje interpretativo inherentemente superior o un derecho necesariamente mejor– debe separar el ejercicio de la violencia de su propia persona».

En todo caso, al hacer referencia a los efectos de las normas, puede ser preciso distinguir –con Hierro (2003, 71)– entre la eficacia como capacidad de las normas para producir efectos jurídicos y la eficacia como capacidad de las mismas para motivar un comportamiento conforme o en su defecto posibilitar una serie de consecuencias secundarias para ellos, sea la nulidad, la reparación o la sanción¹⁶. Aunque obvio, es importante distinguir varias fases en la eficacia de las normas. Así se puede reseñar que una norma incumplida no es ni inmediata, ni automáticamente objeto de una decisión judicial. Es preciso que se estimule la intervención judicial por un particular –individual o colectivamente–, una autoridad o el Ministerio Fiscal. Si esto no ocu-

¹⁵ Igualmente apunta el supuesto, en cierto modo relacionado, en que «la ineficacia puede provenir de la acción de colectivos sociales privilegiados, afectados por normas contrarias a sus intereses. Dichas normas son contrarrestadas con el empleo de subterfugios para conseguir la suspensión o anulación de la vigencia de las mismas», Soriano (1997, 45). En relación a la obligación del juez de aplicar el derecho *vid.* De Asís Roig (1994)

¹⁶ Esta misma distinción parece evidenciar que la eficacia de las normas permanece ajena a la obediencia, esto es, a las razones de los individuos o las autoridades para cumplirlas o hacerlas cumplir. Hierro (2003, 142) destaca, al igual que lo hace Hernández Marín (1999, 238), que «lo que los jueces cumplen cuando aplican las normas es la norma que les obliga a aplicar las normas del sistema».

re se producirá «un nuevo supuesto de ineficacia que no sería la ineficacia por incumplimiento e inaplicación, sino la ineficacia por incumplimiento y ausencia de una condición necesaria de la aplicación» Hierro (2003, 144). Al tiempo que, como destaca el autor (*ibidem.*, 145), la decisión judicial también puede ser eficaz o no, según se cumpla o no por los destinatarios directos, por parte del juez y de los operadores que ejecutan la decisión del juez. Un proverbio véneto que nos recuerda Calamandrei –en Cavalli (2003, 432)– resume esta idea: *es necesario tener razón, saberla expresar, encontrar al juez que la entienda y que la quiera dar y un deudor que la quiera pagar*. De manera que hablar de la eficacia del Derecho nos coloca ante un proceso complejo y en absoluto lineal¹⁷.

Es cierto que en los supuestos en que el Derecho intenta transformar el comportamiento de sectores importantes de la sociedad (derecho → sociedad), las prescripciones del Derecho como modelos –o modélicas– pueden ser percibidas por una parte de la sociedad –que no se corresponde con el todo– como impuesto y, en consecuencia, el legislador es asumido como autoritario. Pero, ¿qué ocurre si, en todo caso, estas normas suponen una evolución de los valores sociales que resultarán en una sociedad más justa? ¿qué ocurre si rompen con tradiciones y formas de pensamiento ancestrales que, no obstante, deben ponerse en cuestión? Es evidente, Soriano (1997, 224) que «evitar un daño no es lo mismo que producir un bien»; o, al menos, crear producirlo. Pero es un hecho asumido que la sustitución de una racionalidad por otra se produce siempre –o casi siempre– de forma abrupta. Ocurrirá pues que durante un tiempo se van a combinar los periodos y espacios de cumplimiento de la legalidad con otros de resistencia, incumplimiento e ineficacia total o parcial de la misma. Ya destacábamos que los jueces deben situarse entre la ley y la realidad social para adaptar la primera a la segunda; ya que la ley sin caso concreto y real en el que proyectarse es un «girar en vacío», Zagrebelsky (1995, 145)¹⁸. Pero hay que añadir que también pueden situarse en ese espacio intermedio entre el Derecho y la sociedad para fomentar cambios positivos en la sociedad desde el Derecho.

¹⁷ E igualmente resulta complejo valorar la eficacia de una norma. En todo caso, es preciso tener en cuenta las advertencias de Hierro (2003, 160-ss.) cuando destaca que para comprobar la eficacia real de las normas es necesario: a) tener en cuenta el estado de cosas previo a la entrada en vigor de la normativa; b) analizar los propósitos del legislador; c) la eficacia como cumplimiento o aplicación de la norma; d) el estado de cosas final. Y siempre presuponiendo que los propósitos del legislador pueden ser muy diversos y que, como ya destacábamos previamente, a veces, si la norma es de carácter simbólico, puede ser eficaz sin ser cumplida ni aplicada. Puede, por ejemplo, cumplir funciones de legitimación del sistema al fomentar un clima de tranquilidad social o al posicionar a las autoridades en un determinado sentido.

¹⁸ ZAGREBELSKY (1995, 132) asegura que «la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento».

Son muchas las opiniones en ambos sentidos. Unos apuestan por la implicación social del juez, otros más bien por la asepsia. Para Malem Seña (2001, 402) «no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aún con sus sentencias la moral social vigente, y que no en pocas ocasiones los jueces deben decidir en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demandan los valores constitucionales». Por su parte, Segura Ortega (1998, 119, 126) asegura que a veces el juez toma decisiones que satisfagan al mayor número de personas en un grupo ya que «debe valorar el impacto que causará su decisión y debe procurar que la misma satisfaga a un buen número de sujetos». Atienza (1998, 39-40) incluye entre las virtudes judiciales la prudencia como «una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo». Asegura que la imaginación permite esa síntesis: en su aspecto estético, «como capacidad de invención, de ir más de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema»; en su aspecto moral, «como simpatía o compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro, y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y de serenidad a la que los romanos llamaban *gravitas*». La *justicia poética* de Nussbaum (1997) nos lleva a una racionalidad jurídica en la que tienen un necesario espacio las emociones que nos permitan llegar a comprender la justicia del caso concreto.

DISCRECIONALIDAD Y SENSIBILIDAD JUDICIAL

«No está de más considerar a las emociones como parte de las razones que debemos utilizar para descubrir en qué consiste ser justo. Sólo las emociones captan adecuadamente el verdadero sentido humano del dolor y la vulnerabilidad, circunstancias que, por desgracia, casi siempre acompañan a la injusticia.»

(Puyol, 2006, 14)

En todo caso, esas posibilidades y margen de maniobra del juez son factibles gracias a una manera de entender el papel del jurista, a caballo entre el Derecho y la sociedad. Así que, aunque durante siglos y por razones fundamentalmente políticas se partió del presupuesto de que el juez debía juzgar sólo con el Derecho en la mano y con un planteamiento puramente lógico, hoy parece un asunto totalmente superado que la vaguedad del lenguaje ofrece un margen ineludible en la interpretación de los textos jurídicos y que, en ese proceso de recreación del derecho, el factor personal e ideológico del juez resulta inevitable. Justifica Andrés Ibañez (1984, 79) esta realidad asegurando que «cuando el juez no dispone de criterios normalizados de objetividad jurídica, se ve obligado a rellenar el vacío legal acudiendo a conceptos

metajurídicos extraídos de su propio mundo de cultura y de su particular experiencia». De manera que en la decisión judicial podemos encontrar un elemento racional (la técnica jurídica, la ley...) y otro de naturaleza irracional (pasiones, sentimientos, intuiciones...); que, en principio y aunque en todo caso está presente en la decisión, no es ni puede ser relevante a la hora de justificarla Nieto (2000, 409)¹⁹. La distancia entre el contexto de descubrimiento y el de justificación la expresa Cavalli (2003, 444) cuando defiende que el requisito fundamental es «que esa llave (la de nuestro sentimiento de lo justo) encaje en el orden jurídico».

Ahora bien, la conciencia de que las decisiones judiciales no se toman única y exclusivamente atendiendo a criterios legales –aunque formalmente así debe ser– supone tener en cuenta y asumir varias cuestiones. De un lado, parece evidente que estas decisiones únicamente podrán considerarse legítimas si se apoyan en una motivación conforme a derecho, no sólo en la «creencia» de que se actúa según Derecho. De otro lado, la presencia de elementos extrajurídicos en la aplicación del Derecho puede hacer que se cuestione la relación entre la moralidad y la profesionalidad del juez. Sobre todo porque, como asegura Malem Seña (2001, 388), se parte de la idea de que «una persona “mala” en su vida privada traslada sus evaluaciones a su vida profesional y lo que es más importante, al interpretar el Derecho, se aduce, el juez deja su impronta personal y sus más íntimas convicciones morales, políticas y sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas». Podríamos suponer que igual ocurrirá en caso contrario, es decir, en el de las buenas personas que trasladan a su profesión sus cualidades personales positivas y, en todo caso, siempre acordes con los valores constitucionales.

Más precisamente, si lo personal se filtra en el ejercicio del derecho, podríamos suponer que la especial sensibilidad de algunos jueces ante estos supuestos «innovadores» recogidos por la legislación

¹⁹ De manera que, como destaca el propio autor Nieto (2000, 421), «el juez se encuentra solo ante su conciencia y, en los supuestos extremos, ha de decidir si quiere vivir en paz con ella a costa de la ley o en paz con la ley a costa de la conciencia». Para Zaccaria (2004, 42) «una teoría del derecho, de la acción y de la decisión que tenga la intención realista de conectar teoría y praxis no puede renunciar a esta inclusión de elementos valorativos y de valor provenientes de un ámbito no formalizado». Para Haba (2006, 26) los conocimientos técnicos del juez serían como una isla en el mar de los conocimientos cotidianos que contienen «la visión general del mundo aceptada por el jurista, la cual no es otra, en lo básico, que la visión normal de las cosas predominante en un medio social dado». Más precisamente, PUYOL (2006, 8, 10) asegura que «las emociones del juez son un elemento cognitivo necesario para evaluar correctamente las circunstancias del delito y su impacto (...) las emociones no sólo no son irracionales, sino que además nos dan una perspectiva humana de los hechos (...) si queremos evaluar los hechos con una perspectiva humana, debemos incorporar la información que nos dan las emociones, pero una información correctamente interpretada».

es la que puede acabar consolidando una línea jurisprudencial que favorezca el cambio de actitudes sociales, que a su vez acabe legitimando de forma generalizada la norma legal. Haciendo que finalmente coincida en gran parte la moral social con la legal. En otras palabras, si la ley se conforma como un marco que consiente varias opciones, el factor personal sería el que podría potenciar –o no– el cambio social implícito en la norma²⁰. Sobre todo porque, como ya destacábamos, la realización efectiva o no de la ley y de su espíritu puede depender de los jueces, de su sensibilidad como ciudadanos y como personas. Como jueces, se encuentran en una situación especial, entre la legalidad, la sociedad y ellos mismos, con su propia visión del mundo, su concepto de lo justo y lo injusto, lo grave y lo leve, e incluso lo correcto o incorrecto²¹. Para Saavedra (2000, 228-229), «la aplicación del derecho es un silogismo, pero la formulación de las premisas exige un compromiso personal del juez». Compromiso personal y también cívico ya que, como asegura Segura Ortega (1998, 110), «las decisiones judiciales se construyen teniendo en cuenta los deseos, expectativas y anhelos del grupo social entre otras razones porque su legitimación descansa, en última instancia, en la función social que cumplen»²².

Así pues, el poder judicial tiene una enorme responsabilidad en la tarea de realización social del derecho; y, desde esa perspectiva, se hace referencia a la necesaria vinculación entre la sensibilidad judicial y la posible evolución social a través del Derecho. Carbonnier (1978, 397) nos habla de la consustancialidad del Derecho y la condición humana²³. Y ello aun cuando somos plenamente conscientes de que vincular ambos términos puede aportar ventajas, pero la incidencia del factor personal y emocional también presenta varias dificultades y no siempre resulta aceptado o aceptable. De entrada, ya destacábamos que si este factor personal es importante para favorecer el progreso, también es cierto que puede retrasarlo o impedirlo. De hecho, aunque resulta difícil de probar empíricamente, porque la inaplicación debe estar justificada y se encubre generalmente con la

²⁰ Sobre la apertura de la comunicación a un amplio número de participantes, se puede consultar la tesis de Oliver (2007, capítulos V, VI, VII).

²¹ Cuestión ésta que viene condicionada por su extracción social, su formación, y que a su vez le permite enfocar el supuesto de hecho a enjuiciar. Según Salvador Ruiz-Pérez (1981, 210-211) «acompa sus decisiones a las necesidades sociales, que sostiene y hace valer sus presupuestos éticos y que, ante todo, aún antes que aplicar la ley, trata de hacer justicia».

²² Si bien puntualiza Saavedra (1994, 100) que «es la representación de un consenso ideal en torno a la decisión lo que dota de fundamento a las resoluciones judiciales, pero la responsabilidad para decidir debe tomarla cada juez desde una posición de independencia incluida la independencia de ánimo».

²³ Es más, asegura Carbonnier (1978, 397) que «la fragilidad del derecho se debe a la condición humana. Es una condición de mortal (...) tras la muerte de cada individuo, por muy insignificante que sea su aportación al derecho, la sociedad se recompone y el sistema jurídico ya no es exactamente igual a lo que era antes».

motivación jurídica, lo cierto es que en la práctica encontramos muchos supuestos en los que aunque la norma se puede aplicar a un conjunto de supuestos, los jueces han decidido no aplicarla Hierro (2003, 150-151), sea por desconocimiento –en muy raras ocasiones–, por interpretación errónea, por objeción de conciencia, o simple y llanamente por violación.

Además, es igualmente destacable que la sensibilidad para «comprender» las diferentes situaciones, consigue individualizar el supuesto, pero al hacerlo introduce un elemento de inseguridad, de incertidumbre y, por tanto, de desconfianza hacia la labor del jurista. Autores como De Prada (1999, 161), destacan que las identidades de ciudadano y de jurista no resultan del todo compatibles por la inseguridad jurídica que se podría alentar. De hecho, ante la existencia inevitable de ese elemento extrajurídico se plantea la necesidad de un control más exhaustivo de la actividad judicial. Parece claro que situarnos ante una concepción del juez como creador o recreador de Derecho o del texto jurídico conforme a vivencias propias o del grupo en que aquél se integra²⁴ nos aleja de algunos presupuestos jurídicos y judiciales que parecen fundamentales en nuestra cultura jurídica: el respeto de la división de poderes²⁵, o la aplicación neutral del derecho, alejada de toda consideración valorativa. En ese sentido, dirá Hespanha (1997, 26) que, «la irrupción de los afectos aparta a la justicia de su cauce neutral y ciego». En todo caso, se trata de una realidad que es preciso admitir para evitar o mitigar en la medida de lo posible. Asegura Ferrajoli (1995, 926) que «la estricta legalidad exige moral y políticamente de los jueces que juzguen sólo jurídicamente, y no también moral y políticamente, y sólo los hechos y no también a sus autores. Sin embargo, como se ha demostrado, también ampliamente, éste es sólo un modelo normativo ideal. La heterointegración moral y política del derecho producida por el poder judicial de disposición es en efecto tan inevitable como lejano está el sistema jurídico del modelo de estricta legalidad».

²⁴ En realidad, autores como Saavedra (1994, 88) aseguran que «el juez intentará buscar “su” justicia en el texto, una justicia de la que esté personalmente convencido y de la que puede hacerse moralmente responsable».

²⁵ En concreto, olvida el sentido de la división de poderes que recuerda López Moreno (1999, 28-29) cuando asegura que: «tal separación es de capital importancia, porque la aplicación de la norma supone la presencia directa de la coacción y por ello plantea especiales problemas de legitimación a los que se ha de dar una respuesta específica, distinta de la que reclaman los problemas de legitimación de la creación normativa». La autora se sigue planteando (1999, 29) si, por ello mismo, las decisiones judiciales son decisiones políticas en cuanto estas últimas «se argumentan y son argumentables desde los fines que persigue». Ordóñez Solís (2004, 84) recuerda también que «el ejercicio desmedido de ese poder de creación es lo que se ha denominado activismo judicial. Por lo general este modo de conducirse los jueces ha sido tachado y desdeñado como una usurpación por el poder judicial de las funciones legislativas».

Son muchos los autores que han dado cuenta de esta situación dual, entre las ventajas y desventajas, con sus distintos matices y diferentes consecuencias. De un lado, Nieto (2002, 118-119), por ejemplo, asegura que «la “humanización” de la Administración de Justicia (...) contribuye a explicar buena parte de los fracasos de la misma. Porque si la persona del juez es la que logra en muchas ocasiones la realización de la justicia singular, en otras la desbarata con sus arbitrariedades». En sentido contrario, otra parte de la doctrina defiende que ese factor personal no debe ser considerado como un riesgo para la imparcialidad ya que «los prejuicios, las opiniones previas al juicio no siempre hacen perder la objetividad» Valldecabres Ortiz (2004, 155). Puyol (2006, 6) llega a defender que «las virtudes judiciales deben nutrirse de aspectos morales y emocionales como parte de la necesaria racionalidad jurídica (...) dicha desvinculación convierte la imparcialidad en indiferencia y, a la postre, en una inadecuada interpretación de la acción judicial». En todo caso, hay que precisar que con la referencia a la discrecionalidad en la aplicación o no de una determinada norma, no nos estamos refiriendo a la arbitrariedad que supone apoyar la decisión en consideraciones puramente individuales, sino que estamos presuponiendo en todo momento la debida motivación y fundamentación de la decisión conforme a derecho²⁶.

En definitiva, aceptar la presencia de la sensibilidad en el desarrollo de la función judicial nos acerca a una forma interiorizada de comprender nuestros actos que, en todo caso, reconoce que «las cosas más importantes de nuestras vidas no consisten en actos exteriores sino en disposiciones del espíritu»²⁷. Al tiempo que nos aproxima a una visión más realista de un Derecho que no ha podido, ni podrá, prever todos los supuestos. También es una llamada de atención sobre la seguridad sólo aparente que ofrecen las soluciones judiciales que dicen basarse única y exclusivamente en el Derecho creado por el legislador, sin –aparente– trampa ni cartón²⁸. Es cierto que una de las consecuencias más criticadas es la desconfianza del público general hacia las deci-

²⁶ Sobre la pregunta latente de si hay criterios para determinar si una motivación es válida o no, Prieto Sanchís (2000, 188) asegura que «la distancia que separa una argumentación racional a partir de la Constitución de una decisión subjetiva es con frecuencia demasiado tenue». Para más precisiones sobre la diferencia entre motivación suficiente y completa se puede consultar De Asís (2004, 77 ss.).

²⁷ Vid. HESPANHA (1997, 26-27). Llegando al extremo, se ha llegado a afirmar –en el contexto tan tratado de la creación judicial del derecho– que «la decisión es tomada de una manera absolutamente emotiva, por intuición (*hunch*) de las circunstancias del caso concreto, el cual debe ser decidido de una forma justa y equitativa a partir de las valoraciones del juez. El conflicto entre la ley y las valoraciones del juez debe ser resuelto a favor de las valoraciones» Wroblewski, (1989, 60).

²⁸ Y digo «aparentemente» porque como ya se encargaron de destacar los realistas, «muy por debajo de la conciencia hay otras fuerzas, las apetencias y desdenes, las predilecciones y los prejuicios, el completo de instintos, emociones, hábitos y convicciones que configuran al hombre, sea litigante o juez» Cardozo, (1955, 136).

siones judiciales: se tiene la impresión de que son «demasiado personales». Olvidamos que en todo razonamiento judicial hay, aunque no se quiera ver, un evidente componente personal que, como destacábamos previamente, resulta inevitable. De hecho, Perelman (1972, 13) destacaba que

«en el razonamiento jurídico se manifiestan las tensiones creadas por el deseo de conciliar la estabilidad con el cambio, la necesidad de adaptación y continuidad, y la seguridad con la equidad y el bien común. El valor esencial de la seguridad en el Derecho distingue el razonamiento jurídico de otras formas de razonamiento práctico. Esta es la razón por la que en este tipo de razonamiento se ha procurado minimizar la intervención de la voluntad, con frecuencia identificada con lo arbitrario y lo irracional. Pero no se puede eliminar de la argumentación jurídica el factor personal.»

En realidad, hablamos de dos concepciones del derecho distintas: una concepción estática que apuesta por una resolución formal de los casos y una concepción dinámica que tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto²⁹.

Ahora bien, creo que se pueden apuntar algunas consideraciones que, en la medida de lo posible, ayuden a comprender el sentido y la utilidad de una labor judicial «sensible». De entrada, algunos insisten en hacer referencia a una sensibilidad genérica –racionalizable, diría Hespanha en relación al amor–, no particular ni del caso concreto; ya que, de otro modo, estaríamos ante supuestos de real arbitrariedad o se podría calificar de buena o mala opción en función de quien las enjuicia desde fuera³⁰. Igualmente resulta fundamental destacar que, como dirá Costa (1997, 173), se trata de un sujeto para el que «saber luego cuáles son las características del “otro” mundo al que el sujeto “creativo” se abre es menos importante que el movimiento que le lleva

²⁹ Asegura Serra Cristóbal (2004, 83) que «incluso una decisión “fundada jurídicamente de una manera sostenible” puede estar teñida de condicionantes ideológicos, pues el juez que simpatice ideológicamente con el autor de una norma puede adoptar una actitud interpretativa estática. Por el contrario, un juez que no comulgue con la disciplina de la norma a aplicar puede optar por un criterio interpretativo dinámico, aprovechando las vías que ofrece el propio ordenamiento jurídico».

³⁰ Andrés Ibañez (1988, 139) destaca que «se corre el riesgo de que bueno o malo (en juez o en no-juez) sea al fin lo que me gusta o no me gusta, según la situación (...) ¿fue acaso mala la juez de Bilbao que sostuvo un criterio claramente contramayoría (siquiera parlamentaria) y buenos quienes no menos claramente dieron por buena una franca ruptura de la legalidad?». Sobral y Prieto (1994, 24) aseguran que «los aspectos estrictamente individuales de una decisión judicial deben ser secundarios ante los aspectos no individualizados de la misma: la decisión se dirige y afecta a otras personas y, además, se toma tras un proceso de contraste entre partes enfrentadas». Sobre la arbitrariedad por asunción de intereses ajenos se puede ver Nieto (2000, 407) quien, no obstante defiende que «los jueces tienden cada vez menos a identificarse con alguien o algo. La profesionalidad va desplazando a la personalidad individual».

hacia él, que el mundo de posibilidades que se ofrece al sujeto apenas éste se sitúa “creativamente” frente a la experiencia». Ocurre que, en realidad, en los ámbitos judiciales en los que el Derecho abre una brecha social, lo que se produce cuando el juez se pone del lado del Derecho y lo aplica es «la invención de algo que empieza a existir en el “aquí y ahora” del procedimiento jurisprudencial». Sobre todo porque el discurso jurídico presupone un proyecto de sociedad, esto es, el jurista «imagina para realizar, imagina para obrar, imagina en relación a una forma de sociedad que él (a menudo en el mismo instante) describe, prescribe, anhela», Costa (1997, 188)³¹.

Quizás el vínculo que permita unir todos los elementos del discurso se encuentra en la distancia y en el intento –peligroso– de relacionar derecho y justicia. Nieto (2002, 265) nos da las claves para asegurarlo cuando destaca que «*la Justicia es, por tanto, el instrumento que permite dar con acierto el salto de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto*»³². Ahora bien, por cuanto llevamos avanzado en el trabajo, parece claro que la decisión de utilizar el derecho para hacer justicia depende en muchas ocasiones del juez, de su particular manera de entender el derecho y el mundo. También es cierto que la textura abierta del derecho le permite esta elección. Sin embargo, no hay que pasar por alto las consecuencias. Si partimos de que el sentido de la justicia no es unívoco, parece claro que «el juez que adopta conscientemente el partido de la Justicia adquiere una dimensión heroica, puesto que, por seguir los imperativos de su conciencia, corre el riesgo, y aun la certeza, de ser denostado implacablemente no sólo por los perjudicados con sus decisiones sino también por los que tienen otras ideas sobre la Justicia y sus relaciones con el Derecho», Nieto (2002, 252).

LA FUNCIÓN EDUCATIVA DEL DERECHO Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Si intuimos que la labor personal del juez resulta clave en la protección de los derechos individuales, lo cierto es que en este momento nos parece más importante destacar su instrumentalidad en la rea-

³¹ Sobre esta idea del Derecho como constructor de realidad se puede ver el precioso trabajo de Martínez García (1992) sobre la imaginación jurídica. Asegura el autor, Martínez García (1992, 34-35) que «el derecho ostenta un poder de demarcación de la realidad y determina no sólo como deben ser las cosas sino también cómo son (...). El derecho se esfuerza, en una *creatio* continua, por la producción de una visión legítima del mundo social, por la creación “casi divina” de un mundo incuestionado».

³² En síntesis, se puede decir que «corresponde al juez dar concreción a derechos individuales y colectivos que sólo están enunciados en la ley y que, de otro modo, podrían quedar en mero enunciado», Guarnieri y Pederzoli (1999, 24, 25).

lización de la justicia. Así, en una STC 119/2001, Jiménez de Parga defendía que «el Derecho evoluciona hacia la consecución de mayores cotas de bienestar y libertad *gracias sobre todo a los esfuerzos de los ciudadanos que tratan de hacer valer sus derechos frente a la pasividad de los Poderes públicos*». Añade Nieto (2002, 263) que «la defensa estricta del derecho individual propio puede convertirse de este modo en una lucha por la Justicia abstracta, dado que los tribunales, al hilo del pleito concreto, pueden aprovechar la oportunidad para sentar doctrina general y prevenir con ella injusticias futuras». Para Ferrari (1989, 102) es un hecho probado que la consolidación de pretensiones utópicas procedentes de la base social se produce a través de la labor de interpretación concreta de los operadores jurídicos

Por ello, lo que resulta más importante y de mayor interés para la reflexión de este trabajo, es destacar que la labor que realizan los operadores jurídicos empieza a existir más allá de los intereses en juego en el juicio. Y, además, encuentra su mayor relevancia en la proyección que tiene en la conciencia social³³. Son muchos los autores que asumen esta perspectiva. Para Cardozo (1955, 135), «finalmente, queda un tanto por ciento, indudablemente no muy amplio, y sin embargo no tan pequeño como para ser despreciable, en el que una sentencia, de una u otra manera, contará para el futuro, avanzará o retardará, a veces mucho, a veces poco, el desarrollo del Derecho». En el mismo sentido, dirá Saavedra (1994, 98) que «no hay que limitar los participantes en el proceso de aplicación del derecho a las partes actuantes e inmediatamente afectadas por la decisión (...) toda la sociedad se ve afectada por ella, y todos sus miembros pueden considerarse como participantes». Desde este planteamiento, dirán Guarnieri y Pederzoli (1999, 18) que se impone al juez una lógica prospectiva, que tenga en cuenta los objetivos previstos para esas normas. Si bien es cierto que también hay autores que no son tan optimistas en la proyección social de las decisiones judiciales y siguen insistiendo en que éstas tienen fundamentalmente una limitación al caso concreto y carece de esquemas de decisión abstractos y generales³⁴.

Así pues, es preciso contar con que uno de los efectos del Derecho, de su existencia y, sobre todo, de su aplicación, es el de la educación ciudadana que se fomenta a través de la aceptación progresiva de las decisiones judiciales que se arrojan valores asumidos previamente por la legislación y la Constitución. Y para profundizar

³³ Costa (1993, 173) asegura que «es a través de una drástica revisión de la hermenéutica "formalista" como la imaginación adquiere derecho de ciudadanía e indica como línea de desarrollo de la actividad jurídica, en particular de la actividad jurisprudencial, el nexo de subjetividad-invencción-cambio».

³⁴ Sobre esta limitación de las decisiones judiciales se puede ver, entre otros, Salvador Ruiz-Pérez (1981, 204, 205, 206) cuando afirma que «la solución judicial, que debe ser siempre individual, tiene necesariamente un efecto comunitario».

en este tema, algunos consideran oportuno volver de nuevo a la moral y al comportamiento del juez. En este sentido, recuerda Malem Seña (2001, 394) el teorema de Thomas según el cual «si una acción se vive como real, sus consecuencias terminarán siendo reales. Si los ciudadanos consideran que el juez actúa torticeramente, se comportarán respecto de él como si efectivamente así lo hiciera». Más precisamente, sigue defendiendo que «si un condenado o alguien que ha perdido un juicio observa que el comportamiento del juez es exactamente igual al hecho que motiva la sentencia que le es adversa descreerá de la justicia, no se sentirá vinculado a ella y el mensaje reprobatorio contenido en el fallo perderá su fuerza motivante desde un punto de vista pragmático». De nuevo nos encontramos con la cuestión ya aludida de la *auctoritas* del juez. Avanzando un poco más, asegura que estas disquisiciones sobre la moral de los jueces sólo tienen sentido cuando partimos de que «las normas jurídicas en general y las sentencias en particular cumplen también una función simbólica de carácter ideológico-moral en apoyo de los fines que sustentan o promocionan, y no únicamente respecto del condenado sino también respecto de toda la sociedad».

Igualmente podemos considerar que uno de los factores que favorecerán la credibilidad de las decisiones judiciales y consolidará su influencia social posterior será la vinculación de éstas con la realidad en que pretenden imponerse. Desde ese planteamiento, parece evidente la importancia de la interpretación judicial en la creación de sentido. Destaca –no sin matices– Nieto (2002, 118) que «lo decisivo no es la realidad de la Ley sino la de los jueces, porque con malas leyes y buenos jueces funciona el Estado de Derecho; mas no a la inversa»³⁵. Desde esta perspectiva, son muchos los autores que han puesto de manifiesto la importancia de que el juez conozca la realidad social que enjuicia, para que la legislación pueda responder a las demandas sociales constantemente actualizadas. De hecho, la tendencia a la estabilidad del Derecho sólo se verá compensada «por la sensibilidad del jurista para captar las aspiraciones de cada hora»³⁶. Y, por supuesto, por la capacidad de la judicatura para luchar por los derechos de todos y hacer posible que no vivamos el Derecho como «justo y cerrado»³⁷. El problema evidente es saber de qué realidad social hablamos y cuándo apreciar transformaciones sociales reales. Por algo el argumento

³⁵ Así asegura que «el significado que en consecuencia dan los jueces a la ley, sin embargo, no tiene privilegios, no vale necesariamente más que el del resistente que ellos mandan a la cárcel. Al dar a la ley ese significado, destruyen los mundos que podrían construirse sobre el derecho de las comunidades que quedan sometidas a la violencia superior del Estado, y radicalizan los compromisos de aquellos que siguen resistiendo».

³⁶ Vid. Salvador Ruiz-Pérez (1981, 219) que añade que «su servicio de contribución al cambio social no puede prestarlo de otra manera: con sensibilidad y conocimiento de la sociedad y como factor de equilibrio y conformación».

³⁷ Expresión de Menéndez Menéndez (1997, 93).

sociológico del artículo 3.1 del Código Civil se aplica con tanta dificultad, Pérez Algar (1995).

En relación con esta cuestión de la función «educativa» del derecho, Soriano (1997, 386) va más al fondo y se plantea dos cuestiones previas que no hay que dar por sentadas: si el Derecho puede y si debe educar. El autor asegura que puede educar y educa efectivamente en cuanto «corren a través de sus intersticios los criterios morales de la sociedad en la que se aplica». A ello añade Ferrari (1989, 122-123) que la función de educación del derecho está relacionada con la función persuasiva de los modelos jurídicos, con la utilización del Derecho como instrumento político para intervenir en la sociedad, sea facilitando las relaciones sociales, sea modificando los comportamientos y valores sociales. Gusfield (1977, 504) confirma esa función simbólica de las decisiones judiciales cuando destaca que «una decisión judicial es un gesto que a menudo ensalza los valores de un grupo y degrada los de otro». Ahora bien, más dudoso le resulta a Soriano (1997, 386) concluir que deba educar porque considera que «el derecho es para muchos una técnica social, unos criterios de ordenación, que deben ser asumidos e impuestos, pero que deben respetar en la mayor medida posible las valoraciones y juicios de las personas». En todo caso, es necesario pensar que aunque el Derecho y su aplicación educan, lo hacen en coalición con otros factores. En ese sentido resultan muy acertadas las reflexiones de López Calera (2000, 463) cuando apunta que

«es posible que el derecho sirva o colabore a un determinado cambio social en cuanto que los sistemas sociales no son absolutamente homogéneos y están llenos de contradicciones (...). El derecho puede cambiar para que cambie la sociedad, sin que ello signifique que posea una virtualidad necesaria, porque nunca se sabrá con exactitud dónde comienza la acción del derecho que transforma la sociedad y dónde comienza la acción misma de los grupos sociales que transforman el derecho.»

TRES SITUACIONES EJEMPLARES

Para ilustrar y concretar algunas de las hipótesis apuntadas, relativas al espacio y sentido de la sensibilidad en el desempeño judicial, a la tarea educativa del poder judicial y al consiguiente efecto en la evolución o involución sociales, me gustaría dejar brevemente anotados tres supuestos muy heterogéneos y que pueden ser discutibles. Sin embargo, todos ellos tienen en común la importancia de la «sensibilidad» –digámoslo así– judicial en su resolución: unas veces favorable a la aplicación rigurosa y decidida del derecho, en ocasiones crítica de

la propia norma legal, o incluso contraria a su aplicación rigurosa al caso concreto.

El primer supuesto que queremos traer a colación, nos coloca ante el uso explícito de la sensibilidad en la aplicación de un derecho sobre cuyo objeto no existe unanimidad a nivel social: el maltrato a los animales castigado efectivamente en el Código Penal. Unos lo consideran como una cuestión menor, frente a otras de mayor calado. Otros lo ven como un cuestionamiento de costumbres fuertemente arraigadas en el Estado español. Algunos, una intromisión incomprensible en el uso de la propiedad privada –los animales como cosas–. En realidad, antes de 2003 –en que se produjo la reforma del Código Penal– estábamos ante una situación en que el maltrato de animales domésticos era una falta que apenas tenía repercusión en la práctica judicial o, cuando la tenía, recibía una interpretación muy restrictiva de la conducta típica. Ese mismo año, unos acontecimientos brutales ocurridos en una protectora de Tarragona consiguieron despertar una conciencia social aletargada. A raíz de esos hechos se convocaron varias manifestaciones en distintos puntos del territorio español que consiguieron alentar un debate en profundidad sobre el tema. Parecería que la única manera de modificar las leyes es a través de la alarma que genera mostrar los delitos flagrantes, en directo, con toda su carga de realidad y crueldad. Los grupos parlamentarios que apoyaban la propuesta de transformar en delito la violencia gratuita contra animales domésticos anteponían –aunque suene contradictorio– que castigar con mayor dureza era una cuestión de «sensibilidad» y de humanidad y que, en realidad, el legislador estaba dando respuesta a una clara demanda social en ese sentido. Vemos, por tanto, cómo las «sensibilidades» divergen según los temas de que tratamos.

En concreto, el artículo 337 del Código Penal –introducida en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre–, entró en vigor en octubre de 2004³⁸. Declara lo siguiente:

«Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.»

Ahora bien, ya destacábamos que cuando las leyes surgen de una situación de alarma puede que su función simbólica se realice con su sola publicación. Por ello parecería también que era necesari-

³⁸ Se ubicó en un variopinto título XVI relativo a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente.

rio un *plus* de sensibilidad para hacer eficaz la disposición del Código Penal. Con la eficacia normativa en ocasiones se pretende castigar sin más al maltratador individual que comete atrocidades contra seres generalmente indefensos. En muchas otras, se quiere que una sentencia severa sirva de ejemplo contra prácticas –generalizadas y a veces asumidas– que atentan contra la integridad de los animales y la sensibilidad de las personas. Se puede constatar que, en estos últimos años, son muchas las decisiones judiciales que avalan la postura del legislador y que deciden apostar por los valores subyacentes a la norma, aplicándola. Unas veces la jurisprudencia aborda la protección de los animales y el reconocimiento de su función social³⁹: como es el caso del Juzgado de Primera Instancia (número 32) de Barcelona que impuso una multa de 2.000 euros a la dueña de un pastor alemán que mató a un cachorro de yorkshire. La motivación se apoyaba en los daños morales que sufren los que pierden a un ser querido⁴⁰. En otras ocasiones, no sólo se castiga el maltrato activo, sino que se sanciona igualmente la negligencia que supone –y que todo el mundo conoce–, por ejemplo, dejar un perro en el mes de agosto encerrado en el maletero del coche, causándole la muerte por asfixia y arrojarlo posteriormente a un contenedor de basura. A veces, la jurisprudencia decide intervenir y poner fin a una «costumbre» arraigada en España como es la de matar por ahorcamiento a los galgos que se consideran inútiles después de toda la vida dedicados a la caza –tema sacrosanto por demás–. Son cada vez más las sentencias en ese sentido, pero todavía se cuentan como excepciones. Es destacable que en todos ellos la parte acusadora sigue estando ocupada única y exclusivamente por las asociaciones protectoras de animales y el Ministerio Fiscal. Pero en todo caso son decisiones importantes porque van calando en el tozudo imaginario social. En resumen, se trata de un tema en el que es precisa una especial sensibilidad para intervenir, hacer que el Derecho viva, vaya más allá de la decisión individual y así eduque.

El segundo caso nos lleva a situaciones de «sensibilidad» contraria a la recogida por el Derecho. Algo que puede ocurrir cuando, como ya destacábamos, el legislador abandera derechos e intereses de grupos –más o menos– minoritarios, no compartidos por todos los miembros de la sociedad. Ese fue el caso de la reforma del Código Civil que equipara en derechos –en todos– a los matrimonios de parejas homosexuales y heterosexuales. Días antes de su aprobación y al día siguiente de su publicación y entrada en vigor aparecieron las primeras mani-

³⁹ Más precisamente M. Canedo (2007) recuerda la importancia de los animales en el servicio público.

⁴⁰ Decía la sentencia «que ha sido calificada de sensiblera, más que de sensible» que «si hay una cosa que nadie ha podido comprar con dinero, ésa es el movimiento de la cola de un perro».

festaciones a favor de la objeción de conciencia y a las pocas semanas la abstención a la hora de celebrar «bodas gays». Simplemente hubo algunos prácticos del derecho que se negaron a aplicar un Derecho con el que no estaban de acuerdo. Otros apostaron por las vías legales y presentaron algunas cuestiones y recursos de inconstitucionalidad sobre la norma en concreto. Más precisamente, algunos sectores sociales que sí estarían dispuestos a aceptar los matrimonios entre personas del mismo sexo, se mostraron reacios a aceptar una paternidad homosexual y se oponen rotundamente a que estas personas puedan adoptar anteponiendo el interés del menor. Ahora bien, el Derecho lo permite y es difícil justificar una decisión en sentido contrario.

Es lo que debió ocurrirle a un juez de Murcia que decidió anteponer sus valoraciones morales a las impuestas por la ley. Por ello negó a una madre la custodia de sus hijas por mantener «relaciones lésbicas». En el auto pronunciado el año pasado, el juez se refería sin ningún tipo de ambages al «perjuicio para las hijas que se deriva de la relación que la madre sostiene con una tercera persona y que lógicamente no se limita a un hecho aislado». Añadía que «la madre tendrá que elegir entre sus hijas y su pareja». A criterio del juez, la condición homosexual perjudica a los hijos porque tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Aseguraba que «es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores, y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean. Esa formación integral es imposible que se la dé un progenitor homosexual, por mucho respeto que me merezcan las personas homosexuales, pero aquí prevalece el interés superior del menor». Aunque es la posición que mantienen algunos grupos sociales en España, la respuesta del Consejo General del Poder Judicial fue la intolerancia total de estas manifestaciones contrarias al derecho en vigor. Consciente sobre todo de la repercusión que tiene una sentencia en un sentido o en otro a la hora de consolidar o echar por tierra una disposición, la primera medida que tomaron sus superiores fue la suspensión del juez en cuestión⁴¹.

También se podría decir que la solución por parte del juez de las lagunas axiológicas, atendiendo a la justicia del caso concreto o a criterios de equidad, ponen igualmente a prueba su sensibilidad⁴². El juez se encuentra con que existe una solución prevista en el ordenamiento jurídico, pero ésta es percibida como claramente injusta, incoherente, poco adecuada a las circunstancias del caso. De nuevo esta-

⁴¹ En relación con la objeción de conciencia de un juez, destaca Ruiz-Miguel (1993, 152) que «el conflicto de un juez cuyas convicciones morales son opuestas a una ley no es tan fácil de resolver como sugiere la propuesta de que dicte una sentencia contra la ley. Si en su balance moral todavía pesan más las obligaciones personales que las institucionales, tal vez su única salida sea el abandono de la función judicial».

⁴² Sobre lagunas axiológicas se puede ver, entre muchos otros, Alchourron y Bullygin (1998), Atria (2005), Rodríguez (1999), Falcón y Tella (2005).

mos ante la distancia que separa al legislador que legisla para una generalidad de situaciones, de quien lo aplica, que debe ajustar ese derecho genérico a las circunstancias del caso concreto. Un caso que ocurrió hace unos tres años puede ilustrar la necesaria sensibilidad del operador jurídico para resolver el caso. De hecho, el juez de primera instancia resolvió según criterios de legalidad formal, en tanto que el que resolvió el recurso decidió atender a la justicia material y decidir según la equidad del caso⁴³.

En concreto se trata del caso de Raimunda que llegó desde Zamora a Madrid con sólo 16 años y desde entonces se dedicó a trabajar en todo lo que pudo. Tuvo una hija, que con 19 años se enganchó a la heroína y poco después ésta dio a luz a un hijo al que llamó Darío. Raimunda se hizo cargo del nieto porque ni su hija, ni el padre del niño podían ocuparse de él debido a su fuerte adicción a las drogas. Fueron las drogas las que mataron a la hija y a los tres años también al padre de Darío. De manera que Raimunda crió y educó a su nieto como si hubiera sido su propio hijo. La casualidad y la mala suerte quisieron que el chico muriera en un accidente de tráfico cuando iba a visitar a un amigo antes de entrar a trabajar. La ley establece que, en caso de muerte, a los abuelos les corresponde una indemnización de 22.569 euros y a los padres de 82.750 euros. En primera instancia se consideró que la ley era clara, la premisa menor también y la consecuencia deductivamente irrefutable. Sin embargo, Raimunda asegura que no es justo porque «no es que tuviéramos una relación estrecha, es que era mi hijo». Lo había criado igual que si hubiera sido suyo. La negociación con la compañía fue inútil y Raimunda decidió llevar el caso ante los Tribunales pidiendo la indemnización que la ley asigna a la madre que ha perdido a su hijo en un accidente. El desenlace final ya lo hemos avanzado: la deducción de la consecuencia resulta injusta. Pero parece claro que es preciso un *plus* de sensibilidad para percibirlo y apreciarlo.

PARA CONCLUIR: SOBRE LA ÉTICA DE LOS JUECES

La idea final de este trabajo parece sencilla. En realidad, podría ser una clase de Teoría del Derecho en la que recordamos que el silogismo jurídico, aunque válido como esquema de trabajo para el jurista, no deja de ser una ficción, que todos sus elementos se construyen y, en consecuencia, sus fases son valorativas e ideológicas. Aunque hay autores que hacen una lectura contraria, esto es, defienden que, aunque el silogismo es una ficción, sigue teniendo su utilidad como esquema mental. Son muchos los teóricos y prácticos que, desde los

⁴³ Para ver con más detalle el desarrollo y las implicaciones del caso en otras cuestiones, ver Bernuz (2008, 161-162).

movimientos antiformalistas, han asumido que en las decisiones judiciales no sólo hay derecho, sino elementos irracionales, factores económicos, intereses personales, valores morales. Es el propio Derecho el que permite un margen de maniobra importante dentro del respeto de los principios y valores constitucionales y siempre y cuando la decisión esté motivada interna y externamente. Pero es importante recordar que el elemento valorativo de las decisiones judiciales dignifica la profesión jurídica y le otorga un poder real. Sin embargo, es preciso ir un poco más lejos para subrayar algunas razones por las que es importante prestar más atención al lugar de la sensibilidad en el desempeño de la función judicial.

Primero, porque aunque incomprensible, lejano, criticado y vapuleado el poder judicial sigue siendo una institución social de cierta relevancia: su opinión sigue teniendo *auctoritas*. Además, porque si la ley sólo es una hipótesis que espera ser realizada, cuando los jueces se identifican con sus valores subyacentes para apostar por ellos, las leyes son más fácilmente aplicadas y puestas en marcha. Igualmente es preciso tomar conciencia de que el derecho que se comprende más fácilmente –con el que empatizamos– es el que se ha aplicado al caso concreto y a circunstancias particulares, no el derecho que se refiere a un sujeto *x* en una circunstancia *y*. Y en el mismo sentido, parecería que el Derecho que se hace efectivo de forma reiterada es entendido como un derecho más verdadero y más obligatorio. Por eso mismo podríamos defender que las decisiones judiciales viven y son reales más allá del sujeto al que se refieren y trascienden socialmente: educan y son capaces de modificar hábitos haciendo que las pretensiones legales se puedan convertir en costumbres. Porque –parafraseando a Hart– los derechos sólo valen lo que valen quienes los hacen valer, parece que sólo se conseguirá cambiar costumbres pretéritas y prácticas irracionales cuando los jueces asuman las leyes como mecanismos reales de cambio y de transformación social. En todo caso, es preciso tener presente que la justicia de los jueces impone una dinámica de perdedores y ganadores. De manera que hará triunfar más fácilmente los valores que comparten, al tiempo que dejará de lado y echará por tierra los que denigran. Unos, los que compartan su sensibilidad lo aplaudirán. Por su parte, los que no la compartan creerán que la justicia no lo es tanto. La cuestión será, quizás, si pueden y deben los jueces asumir esta apuesta.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Astrea. Se puede consultar en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45707392103492762565679/index.htm>

- ALARCÓN CABRERA, Carlos (2002): «Emotividad y justicia», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 1, Alcalá, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, pp. 19-48.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (1988): *Justicia/conflicto*, Madrid, Tecnos.
- (1984): «Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces», *Sistema* 58, pp. 77-89.
- ASÍS DE, Rafael (2005): *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson.
- (1994): «Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial», *Doxa* 15-16, pp. 913-928.
- ATIENZA, Manuel (1998): «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Claves de la razón práctica* 86, pp. 32-42.
- ATRIA, Fernando y otros (2005): *Las lagunas en el Derecho: una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons.
- BERNUZ BENEITEZ, María José (2008): «Igualdad (y diferencia)», en A. García Inda y C. Marcuello Servós (coords.), *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Madrid, Los libros de la Catarata, pp. 141-165.
- BONIFAZ ALFONZO, Leticia (1993): *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Editorial Porrúa.
- CANEDO, Marguerite (2007): «Les animaux du service public. État des lieux», en *Le Droit administratif: permanences et convergences*, Paris, Dalloz, pp. 167-232.
- CARDOZO, Benjamín N. (1965): *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Ediciones Arayú.
- CAVALLI ASOLE, Eduardo (2003): «Acerca de las emociones y la decisión judicial», *Revista uruguaya de derecho procesal* 3, pp. 427-444.
- COSTA, Pietro (1997): «Discurso jurídico e imaginación. Hipótesis para una antropología del jurista», en Petit, Carlos (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, CEC, pp. 161-190.
- COVER, Robert (2002): *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, edición a cargo de Christian Courtis, Barcelona, Gedisa.
- DE PRADA GARCÍA, Aurelio (1999): «De juristas y ciudadanos. Teoría y práctica en la aplicación del derecho», en López Moreno, Angeles (coord.), *Teoría y práctica en la aplicación del derecho*, pp. 153-170.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J. (1982): «Los juicios de valor en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 33-59.
- FALCÓN Y TELLA, María José (2005): *Equidad, derecho y justicia*, Madrid, Ramón Areces.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2005): *Del arbitrio y de la arbitrariedad*, Madrid, Iustel.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (1997): *El juez imparcial*, Granada, Comares.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- FERRARI, Vincenzo (1989): *Funciones del derecho*, Madrid, Debate.
- FROSINI, Vittorio (1995): *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, Ariel.

- GÉNY, François (2007): «Justicia y fuerza para la integración de la fuerza en el derecho», en Bernuz Beneitez, M.J.: *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Granada, Comares, pp. 69-85.
- GÓMEZ JIMÉNEZ-CISNEROS, Juan (1959): *Los hombres frente al derecho*, Madrid, Aguilar.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José (2003): *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson/Instituto Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III.
- Grossi, Paolo (2006): *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia (1999): *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus.
- GUSFIELD, Joseph R. (1977): «Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance», en L. Friedman y St. Macaulay (coords.), *Law and Behavioral Sciences*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, pp. 503-520.
- HABA, Enrique P. (2006): *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid, Dykinson.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- HESPAÑA, Antonio M. (1997): «La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno», en Petit, Carlos (ed.) (1997): *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, CEC, pp. 23-56.
- (1993): *La Gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, CEC.
- HIERRO, Liborio (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- IHERING, Rudolph (1976): *La lucha por el derecho*, Madrid, Doncel.
- KELSEN, Hans (1966): «¿Qué es el positivismo jurídico?», *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo XVI, núm. 61.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (2000): «Funciones del derecho», en Garzón Valdés, E. y F.J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 457-465.
- LÓPEZ MORENO, Ángeles (1999): «La idea de “mezcla adecuada” en el proceso de aplicación e interpretación del derecho», en López Moreno, Ángeles (coord.), *Teoría y práctica en la aplicación del derecho*, pp. 17-36.
- MALEM, Jorge; OROZCO, Jesús, y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.) (2003): *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa.
- MALEM SEÑA, Jorge (2001): «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», *Doxa* 24, pp. 379-403.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Carmen (1996): *Análisis psicosocial del prejuicio*, Madrid, Síntesis.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1997): «Sobre lo jurídico y lo justo», en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, pp. 63-93. (también en *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Canovas del Castillo, pp. 993-1004).

- NAVARRO, Pablo E. (1990): *La eficacia del derecho*, Madrid, CEC.
- NIETO, Alejandro (2002): *Balada de la ley y la justicia*, Madrid, Trotta.
- (2000): *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel.
- NONET, Philippe, y Philip SELZNICK (1978): *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper Torchbooks.
- NUSSBAUM, Martha (1997): *Justicia poética*, Barcelona, Editorial Andrés Bello.
- OLIVER, Daniel (2007): *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho a la luz de las teorías comunicativas de la legitimidad*, Zaragoza, tesis doctoral.
- (2008): «Los argumentos sobre la eficacia de la ley», *Paper presentado en workshop sobre Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho*, IISJ, Oñati, 17-18 abril 2008.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2004): *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Cizur Menos, Aranzadi.
- PERELMAN, Chaïm (1972): «Le raisonnement juridique», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 7.
- PÉREZ ALGAR, Felix (1995): *La interpretación histórica de las normas jurídicas: análisis del artículo 3.1 del Código Civil*, Barcelona, Bosch.
- PÉREZ RUIZ, Carlos (1996): *La construcción social del derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla.
- PETIT, Carlos (ed.) (1997): *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, CEC.
- PUYOL, Angel (2006): «La inteligencia emocional de los jueces. Violencia machista y virtudes judiciales», *Jueces para la democracia* 56, pp. 6-14.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa* 23, pp. 161-195.
- RODRÍGUEZ, José Luis (1999): «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa* 22, pp. 348-368.
- RUIZ-GALLARDÓN, Isabel (2007): *La mente del jurista*, Pamplona, Aranzadi.
- RUIZ-MIGUEL, Alfonso (1993): «Leyes y sentencias erróneas», en Gregorio Peces-Barba (coord.), *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, Madrid, Universidad Carlos III/Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, pp. 143-152.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto (2000): «Jurisdicción», en Garzón Valdés, E. y F.J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 221-230.
- (1994): *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara.
- RUIZ-PEREZ, Salvador (1981): *Juez y sociedad*, Málaga, Librería Ágora.
- SEGURA ORTEGA, Manuel (1998): *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2004): *La libertad ideológica del juez*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, y PRIETO EDERRA, Angel (1994): *Psicología y ley. Un examen de las decisiones judiciales*, Madrid, Eudema.
- SORIANO, Ramón (1997): *Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- TARUFFO, Michele (2005): «Jueces y política», *Isonomía* 22, pp. 8-18.
- VALLDECABRES ORTÍZ, M^a Isabel (2004): *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- VERNENGO, Roberto J. (2000): «Interpretación del derecho», en Garzón Valdés, E. y F.J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 239-265.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1989): *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastian, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.
- ZACCARIA, Giuseppe (2004): *Razón jurídica e interpretación*, Trabajos compilados por Ana Messuti, Cizur Menor, Aranzadi.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica*

Por PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar críticamente las dos tesis que, tradicionalmente, suelen ser atribuidas al iuspositivismo en relación con la cuestión de la naturaleza de los criterios de validez jurídica: i) la tesis que afirma la exclusividad de los criterios formales de validez y ii) la tesis que sostiene la superioridad de este tipo de criterios. Frente a esta visión, se intentará justificar la posibilidad, por parte positivismo jurídico, de concebir el Derecho como un sistema mixto, esto es, como un orden normativo en el que la validez de sus componentes depende conjuntamente de criterios formales y de criterios materiales. La idea de sistema mixto supone adoptar un planteamiento alternativo respecto de la posición que, en torno a este problema, manejan tanto el positivismo jurídico excluyente como el positivismo jurídico incluyente.

Palabras clave: criterios de validez jurídica, sistema normativo mixto, positivismo jurídico, positivismo incluyente, positivismo excluyente.

ABSTRACT

This papers looks critically into two notions, traditionally attributed to legal positivism: (i) the exclusivity and (ii) the superiority of formal criteria

* Quisiera agradecer a Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, María del Carmen Barranco, Miguel Ángel Ramiro y Roberto Jiménez que, a pesar de no tenerlo, hayan sacado tiempo para leer este trabajo.

to determine the validity of legal rules. This paper faces up both notions conceiving Law as a mixed system, that is to say, a normative system in which the validity of their elements depends jointly on formal and material criteria. The notion of mixed system means to adopt an alternative approach with respect to both exclusive legal positivism and inclusive legal positivism approaches.

Key words: criteria of legal validity, mixed normative system, legal positivism, inclusive legal positivism, exclusive legal positivism.

SUMARIO: I. LA TESIS DE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ.—II. LA TESIS DE LA SUPERIORIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ.

El problema de la validez jurídica, y, dentro él, la toma de posición acerca de qué criterios permiten identificar las normas jurídicas válidas ha enfrentado tradicionalmente a los teóricos del Derecho y ha servido para encuadrarles en las diferentes escuelas¹. En este ámbito el iuspositivismo ha venido siendo caracterizado como una concepción que sostiene que los criterios determinantes de la validez jurídica son de índole exclusivamente formal o, cuando menos, que defiende la primacía de este tipo de criterios. Sin embargo, en los últimos años, y en gran medida con la pretensión de mantener su virtualidad explicativa en las nuevas coordenadas del Derecho del constitucionalismo, han comenzado a proliferar planteamientos que cuestionan esta caracterización, afirmando la capacidad del positivismo para asumir la importancia central que en el escenario del Estado constitucional parecen adquirir los criterios de validez de naturaleza material.

En la actualidad, esta cuestión se relaciona con la discusión acerca de la posibilidad por parte del iuspositivismo de concebir el Derecho como un sistema normativo mixto²; denominación que tiene su origen en la distinción propuesta por Kelsen entre los sistemas normativos estáticos y los sistemas normativos dinámicos³. Según la interpreta-

¹ ASÍ ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 33. Aunque el problema de la validez jurídica es mucho más complejo en este trabajo me ocuparé sólo de la cuestión de los criterios de validez de las normas individualmente consideradas.

² ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., «Positivismo jurídico y sistemas mixtos» en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 601-622 y ASÍ ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 119 ss.

³ Vid. sobre esta distinción KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Buenos Aires, Porruá, 7.ª ed., 1993, pp. 201 ss. y *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, México, UNAM, 1995, pp. 129 y ss. Vid. también trabajos recogidos en Gianformaggio, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Giappichelli, 1991.

ción más difundida de esta tipología, en los primeros la validez normativa estaría en función de criterios estrictamente materiales; mientras que en los segundos la validez de las normas dependería de parámetros únicamente formales. A tenor de esta lectura, la definición kelseniana del sistema jurídico como un orden normativo de tipo dinámico, calificación que ha pasado a ser un lugar común entre los teóricos del Derecho de impronta positivista, conllevaría la irrelevancia de los contenidos materiales de las normas en la determinación de la validez jurídica. Frente a esta visión, afirmar la naturaleza mixta del sistema jurídico implica sostener que comparte los rasgos de los sistemas estáticos y dinámicos, esto es, que la validez de las normas jurídicas depende conjuntamente del cumplimiento de determinadas exigencias formales y de determinadas exigencias materiales⁴.

Pues bien, en el presente trabajo intentaré defender la configuración mixta de los sistemas jurídicos –cabe precisar, de cualquier sistema jurídico y no sólo de los órdenes jurídicos constitucionales– en términos que creo resultan plenamente compatibles con los rasgos que suelen considerarse definitorios del iuspositivismo⁵. En todo caso, antes de emprender esta tarea, procede realizar algunas consideraciones preliminares que contribuyen a precisar las pretensiones y el sentido de este estudio.

En primer lugar, conviene tener presente que, la admisión, o no, de un criterio de validez material constituye, también, el centro de la polémica que enfrenta al denominado positivismo incluyente y al calificado como positivismo excluyente⁶. Como intentaré justificar, la idea de sistema mixto que se defenderá en estas páginas se presenta como un planteamiento alternativo respecto de la posición que, en

⁴ Me he ocupado de analizar con detalle la idea de sistema mixto en mi trabajo CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2008.

⁵ De esta forma, la imposibilidad por parte del positivismo de asumir la concepción mixta del sistema jurídico pondría en tela de juicio su capacidad para explicar el funcionamiento de cualquier orden jurídico y no sólo para dar cuenta de la realidad de los sistemas constitucionales.

⁶ Como es sabido, el llamado positivismo incluyente tiene su origen en la respuesta que Hart, H. L. A., –en el *Postscript* que incorpora la segunda edición inglesa del *Concepto de Derecho* [hay trad. castellana en Rodríguez, C., (ed.)] *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 15-88]– ofrece a las críticas que Dworkin formula a su teoría positivista del Derecho. En su réplica Hart concede a Dworkin que, de manera contingente, la validez jurídica puede venir determinada no sólo por criterios formales, que hacen referencia al origen o *pedegree* de las normas jurídicas, sino también por criterios materiales, que aluden a la adecuación de su contenido con determinados principios morales. Hart adopta toda una serie de precauciones para hacer esta concesión conciliable con las tesis básicas del positivismo jurídico que no siempre son respetadas por las propuestas incluyentes desarrolladas a partir de su *soft positivism*. Frente a esta visión, los autores que defienden la concepción que se ha dado en llamar positivismo excluyente rechazarían la operatividad de criterios materiales de validez jurídica, afirmando la exclusividad de los criterios formales.

torno al problema de la identificación de las normas jurídicas válidas, adoptan ambas versiones del positivismo. En este sentido, aunque este debate no será analizado en profundidad, a lo largo de la reflexión se irán señalando las diferencias que la concepción del Derecho como sistema mixto aquí asumida mantiene con la versión incluyente, en lo que se refiere a la comprensión del sentido de los criterios materiales de validez; y se rebatirán los argumentos en los que la versión excluyente basa su negativa a admitir este tipo de criterios, en la medida en que puedan extenderse a la concepción manejada en estas páginas.

En segundo lugar, considero esencial poner de relieve que la defensa de la configuración mixta del sistema jurídico se abordará desde un planteamiento positivista apoyado en dos referentes básicos, que no poseen, o mejor, que no tienen por qué poseer un significado moral y que son asumidos también por las concepciones positivistas con las que se entrará en discusión en este trabajo: el referente sistemático y el referente funcional⁷. La comprensión del fenómeno jurídico en términos de sistema implica, entre otras cosas, asumir una determinada teoría de la validez –y descartar, por tanto, otras teorías alternativas, como la teoría fáctica y la teoría axiológica– que afirma que una norma jurídica es válida cuando ha sido creada de conformidad con los criterios de pertenencia establecidos en otras normas superiores del sistema⁸. En relación con esa idea de validez, que encuentra en Kelsen a su principal referente, y que ha pasado a ser el significado comúnmente aceptado de esta noción en el ámbito del positivismo sistemático, se intentará probar la importancia de los criterios materiales. Por su parte,

⁷ Aunque no puedo detenerme en la justificación de esta idea, considero que se trata de dos aspectos que definen al positivismo jurídico entendido como un planteamiento teórico diferenciado de las concepciones realistas más radicales, que no serían sistemáticas, sino decisionistas (*Vid.* sobre la diferencia entre estas concepciones WRÓBLEWSKI, J., «Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System», *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, pp. 319-333, p. 321) y que, prescindiendo o, al menos, menospreciando la función de guía de conducta, contemplarían el Derecho, sobre todo, como «un medio solucionador de conflictos» concretos, HIERRO PESCADOR, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1981, pp. 103 y 104. De cualquier forma, no pretendo negar que, en un sentido «amplio» o en un sentido «mínimo» también el realismo puede ser considerado un planteamiento positivista. *Vid.* BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 154 y BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico» en Zapatero, V (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 33-54.

⁸ Según la teoría fáctica, identificada con planteamientos realistas radicales, la validez de una norma depende de su eficacia. En virtud de la teoría axiológica propia de aproximaciones iusnaturalistas, la validez de una norma depende de su adecuación a normas y principios extrasistemáticos que adquieren este papel en virtud de su calidad moral. *Vid.* sobre la distinción entre teorías sistemáticas, fácticas y axiológicas, WRÓBLEWSKI, J., «Tre concetti di validità», *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 36, 1982, pp. 584-595 y con una terminología un tanto diversa CONTE, A., «Studio per una teoria della validità», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 47, 1970, pp. 331-354.

el referente funcional implica entender que la función inherente del Derecho como fenómeno normativo consiste en el control social, esto es, en la regulación de los comportamientos humanos en sociedad, y exige su aptitud para desempeñar esta tarea con una mínima garantía de éxito.

Desde estos parámetros se analizarán críticamente las dos tesis que –como se dijo al comienzo– suelen entenderse como definitorias de la posición que el iuspositivismo adopta en torno al problema de la validez jurídica, en aras de demostrar que la mejor explicación del funcionamiento de los sistemas jurídicos es aquella que considera que en la determinación de la validez de sus normas adquieren relevancia no sólo criterios formales, o dinámicos, sino también criterios materiales, o estáticos, y que se trata, además, de una explicación perfectamente conciliable con una concepción positivista del fenómeno jurídico.

I. LA TESIS DE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ

Según se señaló antes, es común considerar la caracterización del sistema jurídico como un orden normativo de tipo dinámico, propuesta por Kelsen, como exponente de la asunción de una concepción de la validez jurídica exclusivamente formal. A la luz de esta interpretación, apoyada en lo que puede calificarse como la «visión canónica» de la tipología de sistemas normativos kelseniana, en un sistema estático la validez de las normas depende exclusivamente de que puedan ser justificadas *materialmente* sobre la base de que su contenido se deduce del contenido de una norma superior y, en última instancia, del contenido de la norma fundamental. En cambio, en un sistema dinámico una norma será válida si ha sido creada de la *forma* establecida por una norma superior, por una voluntad autorizada y a través del procedimiento arbitrado al efecto, y, en última instancia, de la *forma* establecida por la norma fundante básica. Desde esta óptica, la adscripción que realiza Kelsen de la moral al tipo estático y del sistema jurídico al tipo dinámico implicaría, ciertamente, manejar una imagen del Derecho como un entramado de delegaciones de poder puramente formales, en el que no existe ninguna relación de condicionamiento de contenido de las normas inferiores por las normas superiores susceptible de incidir en la validez de las primeras⁹.

⁹ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 23. Vid. también DELGADO PINTO, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208, p. 201.

El calificado como positivismo «excluyente» parece adherirse a esta comprensión estrictamente formal de la validez jurídica¹⁰. En efecto, en línea de principio, lo que los defensores de este planteamiento parecen «excluir», frente a la tesis que se imputa a la versión incluyente, es que la validez de las normas jurídicas pueda estar condicionada al respeto de un criterio material entendido en términos de corrección moral¹¹, al considerar esta afirmación incompatible con las tesis básicas del positivismo jurídico e incapaz de describir adecuadamente la realidad del funcionamiento de los sistemas jurídicos. Así interpretada, como enseguida se comprobará, la versión excluyente podría admitir la visión que acerca de los criterios materiales de validez se maneja en estas páginas. Sin embargo, en su crítica al positivismo incluyente, el positivismo excluyente –que se reivindica como el positivismo genuino o el positivismo a secas– afirma que la validez de las normas jurídicas no depende de «nada más» que de criterios formales, esto es, de criterios que tienen que ver únicamente con su forma de producción, con quién las ha emitido y cómo se han dictado, y no con su contenido¹². De esta forma, el planteamiento excluyente parece presuponer la existencia de un compromiso necesario entre el positivismo jurídico y la afirmación de la exclusividad de los criterios de validez formal o, dicho de otro modo, entre la consideración del Derecho como un sistema puramente dinámico y su comprensión en clave positivista.

En efecto, una interpretación rigurosa de la tipología de sistemas normativos kelseniana revela que esta dicotomía no sirve tanto para diferenciar los órdenes jurídicos y morales como para distinguir dos concepciones de lo jurídico secularmente enfrentadas: el positivismo y el iusnaturalismo¹³. Vistas así las cosas, la preferencia por el tipo

¹⁰ MORESO, J. J. y VILAJONOSA, J. M., *Introducción al Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1994, p. 197, nota 6 mencionan a Kelsen entre los representantes del positivismo excluyente.

¹¹ Sostienen que el criterio material que «incorporan» los incluyentes consiste en la adecuación de las normas a la moral correcta, entre otros, BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia» en Navarro, P. E. y Redondo, C., (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 57-92, pp. 72 y 72; ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, p. 250 y JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 226 y ss.

¹² Idem, p. 232 y ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII, 2005, pp. 397-414, p. 399.

¹³ En su escrito «Natural Law Doctrine and Legal Positivism» incluido como apéndice a la segunda edición de su *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, 1949, p. 400, categóricamente afirma Kelsen que «la distinción entre el principio estático y el principio dinámico da cuenta de la diferencia entre el Derecho natural y el Derecho positivo». De cualquier forma, este significado de la dicotomía sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos está implícita también en la *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 231 y 232 y en la *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p.134. Vid. esta interpreta-

dinámico expresa la opción por un modo positivista de ver la realidad jurídica y, por ende, un rechazo al modelo iusnaturalista. En este sentido, el carácter dinámico del sistema jurídico aparece vinculado con tres rasgos básicos que suponen la traducción a los términos específicos del discurso kelseniano de otras tantas tesis centrales del positivismo jurídico. Ninguna de estas manifestaciones de la dinamicidad, ni las tesis positivistas que traducen, exige describir el Derecho como un orden normativo puramente dinámico. Eso sí dichos presupuestos, y tales tesis, delimitan las razones y el alcance de la relevancia de los contenidos materiales de las normas en la cuestión de la validez jurídica en el marco de una aproximación positivista al fenómeno jurídico. Este marco, como denuncia la versión excluyente, parece ser rebasado por el papel que la versión incluyente concede a los criterios materiales de validez.

En primer lugar, la dinamicidad del orden jurídico se relaciona en la teoría de Kelsen con el carácter estrictamente formal de la norma fundamental, consecuencia directa de la asunción de la tesis positivista que defiende la separación conceptual entre el Derecho y la moral¹⁴. La naturaleza formal de la norma fundamental permite admitir la validez de cualquier orden jurídico eficaz, independientemente de la bondad moral de sus contenidos –y, cabe añadir, independientemente también de la calidad moral de las autoridades habilitadas para producir normas y de los procedimientos establecidos para su creación– y le impide ofrecer un patrón de valoración o de justificación ético-política al Derecho positivo, cumpliendo escrupulosamente con la exigencia de neutralidad axiológica del conocimiento científico¹⁵. Ninguna de estas afirmaciones, que, a mi modo de ver, sintetizan la esencia de la tesis de la separación, resulta incompatible con la presencia de criterios materiales de validez en el sistema jurídico¹⁶. En efecto, la tesis de la separación debe ser entendida en términos de independencia del Derecho respecto de la moral correcta y no respecto de cualquier moral¹⁷, o, dicho de otro modo, en términos de conexión aleatoria y no de conexión cierta¹⁸. Ello

ción en LUZZATI, C., «Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen», en Gianformaggio, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici*, cit., pp. 165-202. p. 169 y Bobbio, N., «Le fonti del diritto in Kelsen» en Bobbio, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 91-101.

¹⁴ Vid, por ejemplo, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 228.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Vid. sobre el carácter complejo de esta tesis BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo ...», cit., pp. 35 ss.

¹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 614.

¹⁸ ASÍS ROIG, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 27 emplea el adjetivo «aleatoria» enfrentado a «cierta» para expresar la idea de que todo Derecho incorpora contenidos de moralidad, si bien éstos pueden ser cualesquiera, incluso contenidos que no merezcan la consideración de moralmente valiosos, y no unos contenidos determinados. Por el contrario, emplear el término contingente enfrentado a necesario, puede dar la impresión de que es posible aludir a un Derecho «que no incorpore contenido alguno de moralidad (sea éste el

supone la imposibilidad de identificar de manera general y previa unos contenidos materiales concretos que por su plausibilidad moral necesariamente tengan que respetar las normas jurídicas como condición de validez, pero no exige negar la evidencia de que todo sistema jurídico expresa un cierto punto de vista sobre la justicia¹⁹, el que sea, y, por tanto, incorporará unos contenidos sustantivos, los que elija discrecionalmente la suprema autoridad normativa; ni implica rechazar que tales contenidos puedan incidir en la validez de las decisiones de las autoridades subordinadas²⁰. Igualmente habría que matizar que también los criterios formales expresan un punto de vista moral en términos de legitimidad, el que sea, y que su relevancia en la identificación de las normas jurídicas válidas tampoco depende del mérito de esa opción; matización cuya necesidad resulta siempre mucho menos evidente, lo que, me temo, tiene mucho que ver con la aceptación no problemática de este tipo de criterios por parte del positivismo jurídico.

En segundo lugar, la preferencia kelseniana por una visión dinámica de la normatividad supone que las normas jurídicas tienen su origen en hechos empíricamente verificables, en actos de voluntad humana, esto es, son normas positivas²¹. También la norma fundamental –única norma que no puede ser relacionada con los hechos en el sentido anteriormente indicado, al no ser una norma puesta, sino una norma presupuesta– se reconduce a la realidad empírica, en tanto su formulación está condicionada a la eficacia general del orden jurídico²². Así, esta segunda manifestación la tesis de la dinamicidad coincidiría con la tesis de las fuentes sociales del Derecho. En este sentido, la distinción kelseniana sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos expresaría la contraposición entre el Derecho como *dato*, que el hombre tiene que descubrir y deducir a través de la razón y el Derecho como *productum* humano y encarna la vieja dialéctica entre voluntad y razón a la que se recurre tradicionalmente para caracterizar al positivismo y al iusnaturalismo²³.

que sea)». La insistencia en el carácter contingente de la incorporación de contenidos morales por parte de los positivistas incluyentes es, a mi juicio, un indicio de la corrección moral que, según antes se indicó, atribuyen a tales contenidos.

¹⁹ El positivismo excluyente parece no negar esta afirmación, JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 198.

²⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 295.

²¹ Vid. por ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 206 y «Los juicios de valor en la ciencia del derecho» en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, trad. y edición a cargo de A. Casamiglia, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1992, pp. 126-151, pp. 145 y 146.

²² Por tanto, la formulación de la norma básica depende también de –y sólo de– un hecho «objetivamente verificable»: la efectividad general del sistema jurídico, ídem, p. 146.

²³ BOBBIO, N., «Le fonti del diritto in Kelsen», *cit.*, p. 92, y DENNINGER, E., «Sul rapporto tra diritti dell'uomo e diritto positivo» en *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1983, pp. 121-134, p.122.

En relación con la anterior reflexión, considero necesario realizar dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, interesa aclarar que, aunque, ciertamente, existe una importante relación entre el positivismo, el carácter dinámico del sistema jurídico, la primacía de la voluntad y los criterios de validez formal y, a la inversa, entre el iusnaturalismo, el carácter estático del sistema jurídico, la primacía de la razón y los criterios de validez material²⁴, esta relación no puede entenderse en términos absolutos y excluyentes. A pesar de la importancia que concede al elemento volitivo, el positivismo jurídico no contempla el fenómeno jurídico en términos totalmente voluntaristas (o, si se prefiere, no reduce el Derecho a hechos sociales brutos) introduciendo ciertas dimensiones de racionalidad que limitan el ejercicio de la voluntad jurídica²⁵ (o, si se quiere, los hechos sociales que cuentan como jurídicos). Como enseguida se comprobará, la presencia de criterios formales de validez es ya expresión de esta limitación racional. En segundo lugar, y sin perjuicio de que se vuelva con posterioridad sobre esta cuestión, importa señalar que la admisión de criterios materiales de validez —exponente de la dimensión sustantiva de esta limitación— no tiene por qué enfrentarse a la tesis del origen de las normas en actos de voluntad o en fuentes sociales siempre y cuando se afirme que los contenidos relevantes a estos efectos son exclusivamente aquellos integrados en el sistema por mediación de la voluntad de la autoridad competente (o, en otros términos, de la fuente social pertinente) y, en última instancia, aquellos que resulten eficaces (o, en otras palabras, aquellos sobre los que converja una práctica común de seguimiento). De este modo, la concepción manejada en estas páginas asumiría una versión fuerte, aunque como se verá después, filtrada y matizada, de la tesis de las fuentes²⁶.

El análisis de estas dos tesis pone de relieve que una explicación positivista de la presencia y operatividad en el sistema jurídico de criterios de validez de naturaleza material tiene que afirmar que esos criterios no valen por sí mismos, sino por haber sido juridificados; y que su influencia en la determinación de la validez jurídica tampoco depende del juicio que nos merezca la opción moral que traducen,

²⁴ Así ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 48.

²⁵ Ídem, p. 37, nota 8. De esta forma, se afirmaría que el Derecho no se reduce a hechos sociales o a actos de voluntad, visión que sería manejada por el realismo, sino que *superviene* a hechos sociales o a actos de voluntad, Vid. BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo...», cit., p. 48.

²⁶ La versión fuerte, manejada los excluyentes, afirma que la validez jurídica depende únicamente de hechos sociales (RAZ, J., *La autoridad del Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. 58 y 67); mientras que la versión débil, asumida por los incluyentes, sostiene que, si bien el fundamento de los criterios de validez consiste en un hecho social, los criterios en sí pueden consistir en hechos sociales o en principios morales (COLEMAN, J. L., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, pp. 107 ss.). Sobre estas versiones BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo...», cit., pp. 46-48, y JIMÉNEZ, R. M., *op. cit.*, p. 191.

sino «lisa y llanamente» de su incorporación en normas superiores²⁷. Asumiendo esta explicación, la concepción del Derecho como sistema mixto defendida en estas páginas, a diferencia del positivismo excluyente, considera que el contenido de las normas es un dato relevante en la identificación de las normas jurídicas válidas; pero, a diferencia de la versión incluyente, entiende como un dato irrelevante la valoración moral de dicho contenido²⁸.

En tercer lugar, Kelsen identifica la condición dinámica del sistema jurídico con la capacidad que atribuye al Derecho para regular su propia producción²⁹. De nuevo en este contexto, la condición dinámica se considera expresión de la visión del sistema jurídico específicamente asumida por el positivismo, frente a la comprensión de la idea de sistema propia del iusnaturalismo. Así, se afirma que ambas teorías reconstruyen en términos diferentes la unidad del sistema: para el iusnaturalismo «se trata de una unidad *sustancial* o *material* que afecta al *contenido* de las normas» mientras que, para el positivismo, «se trata de una unidad *formal* que afecta al *modo* en el que las normas han sido establecidas»³⁰.

Pues bien, la tesis de la «autorregulación» es exponente del carácter institucionalizado del orden jurídico³¹ que, en las coordenadas teóricas del positivismo jurídico, suele considerarse el rasgo central que singulariza al Derecho frente a otros fenómenos normativos³². Así,

²⁷ ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 124. Algunos planteamientos incluyentes parecen no asumir esta explicación al considerar que ciertos principios morales son válidos y condicionan la validez jurídica por su propia corrección moral, lo que implicaría manejar una teoría axiológica de la validez. La consideración de que tales principios valen *proprio vigore* supone apartarse de las precauciones tomadas por HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, núm. 36, pp. 3-18, p. 7 y acercarse en exceso a Dworkin. Vid. JIMÉNEZ CANO, R. M., *op.cit.*, p. 193, y ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas» en *El positivismo jurídico a examen*, cit., pp. 303-319, p. 315.

²⁸ Considera irrelevantes ambos datos, ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», cit., p. 401.

²⁹ KELSEN, H., «El derecho como técnica social específica» en KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?*, cit., pp. 152-182, p. 169. La vinculación de este rasgo con la dinamicidad del orden jurídico ha sido especialmente recalcada por la literatura secundaria. Vid., entre otros, NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 9.ª ed., 1999, p. 107, y BOBBIO, N., «Le fonti del diritto in Kelsen», cit., pp. 91-101. Esta tercera tesis implica adoptar una concepción sistemática de lo jurídico, mientras que las dos anteriores son susceptibles de ser asumidas por concepciones asistemáticas e incluso antisistemáticas.

³⁰ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 203. Según Bobbio esta concepción «formal» de la unidad, es «particularmente relevante para la caracterización del positivismo jurídico» y «encuentra su más coherente expresión en el pensamiento de Kelsen», ídem, pp. 201 y 202.

³¹ WRÓBLEWSKI, J., «Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System», *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, pp. 319-333, p. 326.

³² El carácter institucional del Derecho ha sido especialmente recalcado por RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986, p. 69.

desde el «paradigma nomodinámico», el sistema jurídico se caracteriza por el fenómeno de la autoridad, esto es, por la institución y adscripción de poderes habilitados para la creación y aplicación de normas³³. Consecuentemente, entre las normas que regulan la producción de otras normas se encuentran ineludiblemente normas que confieren poderes y normas procedimentales que disciplinan su ejercicio, lo que implica condicionar formalmente la validez de las normas jurídicas a su creación por una autoridad competente a través del procedimiento establecido al efecto. Como antes se avanzó, este condicionamiento supone poner algunos filtros a la tesis del origen de las normas en actos de voluntad o en fuentes sociales: no cualquier mandado positivo podrá ser considerado una norma jurídica válida, sino tan sólo aquél que tiene su origen en una voluntad autorizada o, en otros términos, en un hecho al que el propio sistema jurídico le haya otorgado el carácter de fuente de Derecho, y que se manifiesta de la forma preestablecida³⁴. Ello supone un primer límite, de carácter formal, a la libertad del poder para crear Derecho³⁵.

A partir de lo anterior cabe sostener que la tesis de la autoproducción o de la institucionalización, exponente de la concepción sistemática del Derecho que maneja el positivismo jurídico, exige, en efecto, la imprescindible presencia de criterios formales de validez jurídica³⁶. Ahora bien, en modo alguno impone la exclusividad de este tipo de criterios. Desde una aproximación positivista, la justificación material de las normas no se erige en condición *suficiente* de validez, pero ello no obsta para que una determinada relación de contenido entre las mismas pueda operar como una condición de validez *necesaria*³⁷.

³³ CELANO, B., «Justicia procedimental pura y teoría del Derecho», *Doxa*, 24, 2001, pp. 407-427, p. 407.

³⁴ ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., p. 209. Se trata de filtros que parecen ser asumidos por el positivismo excluyente. Como apunta Jiménez Cano, R. M., *op. cit.*, p. 235, la verificación empírica de que un individuo ha formulado una norma «no es requisito suficiente para acreditar la existencia de una norma jurídica», pues para ello «se necesita que el individuo o institución que ha formulado la norma pueda ser considerado competente en relación a otra norma jurídica ... La validez de las decisiones depende de normas jurídicas previas».

³⁵ DELGADO PINTO, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen...», *cit.*, p. 99.

³⁶ El test o prueba de la validez formal es un elemento «irrenunciable para cualquier programa positivista», ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», *cit.*, p. 311.

³⁷ Esta afirmación implica descartar la denominada *versión de lo suficiente* del positivismo incluyente que considera que en algunos sistemas jurídicos basta con que una norma pueda considerarse moralmente justificada para afirmar su validez. En todo caso, la comprensión del significado de los criterios de validez material que se maneja en este trabajo se aleja también de la llamada *versión de lo necesario* «que hace de la conformidad con la moral una condición necesaria de la validez jurídica de una norma», BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», *cit.*, p. 72. Según este autor la *versión de lo necesario*, que es la que parece contar con mayor aceptación –*Vid.*, por ejemplo, WALUCHOW, W. J., «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, núm. 6, 2000, pp. 45-81, pp. 78-80, y MORESO, J. J., «En defensa del positivismo

De las reflexiones precedentes se desprende que, desde la comprensión de la condición dinámica del orden jurídico como paradigma del positivismo jurídico, la presencia en el sistema jurídico de criterios materiales de validez es, cuando menos, posible. Cuando más, desde un planteamiento positivista que asuma el referente sistemático y el referente funcional en la comprensión del fenómeno jurídico³⁸, la operatividad de estos criterios resulta imprescindible. En todo caso –se acepten, o no– la argumentación que a partir de estos referentes permite justificar la importancia de los criterios materiales en la determinación de la validez jurídica resulta, de nuevo, plenamente compatible con el positivismo jurídico.

Esta argumentación parte de la consideración de que de la concepción del orden jurídico como un sistema normativo orientado al control social se derivan ciertas exigencias que se proyectan sobre su estructura interna y justifican la indefectible presencia en el Derecho de contenidos sustantivos que condicionan la validez de la actuación de las autoridades jurídicas desde un punto de vista material. La articulación del orden jurídico conforme a estas exigencias –que coinciden en gran medida con los requisitos que integran la denominada por Fuller moral interna del Derecho– suele ser justificada apelando a los fines a los que se entiende sirve esta articulación, lo que implica asumir una vinculación conceptual entre el Derecho y una cierta idea de moralidad, claramente problemática para una aproximación de tipo positivista³⁹. Sin embargo, cabe también su justificación en clave estrictamente funcional⁴⁰. Desde esta óptica, estos rasgos se contemplan como requisitos objetivos necesarios para el

jurídico inclusivo» en *La relevancia del Derecho*, cit., pp. 93-116, p. 109– admite todavía dos variantes en función de que los principios morales que, «so pena de invalidez», no pueden contradecir las normas jurídicas sean «todos los correctos» supuesto en el que entonces éstos, pero no las demás normas, formarían parte del derecho en virtud de su corrección moral o exclusivamente «aquéllos cuya pertenencia al sistema depende a su vez de una fuente». En opinión de este autor, esta posición sería arriesgada para un positivista incluyente a menos que se afirme que la identificación del contenido de los principios morales incorporados en fuentes que condiciona la validez de las normas jurídicas depende «de lo que es correcto». Pues bien, como se desprende de lo dicho hasta el momento, la concepción mixta del orden jurídico que aquí se maneja asume la segunda variante de esta versión y, como se verá cuando se analice la cuestión de la interpretación de los criterios materiales de validez, no comparte esta última afirmación.

³⁸ Asunción que hacen Kelsen, Hart y los partidarios del positivismo excluyente e incluyente.

³⁹ FULLER, L., *La moral en el Derecho*, trad. de F. Navarro, México, Trillas, 1967, pp. 51 ss., asume esta justificación al considerar estas exigencias requisitos morales orientados a la protección de la autonomía individual. Vid. sobre el iuspositivismo y la moral interna, ESCUDERO ALDAY, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁴⁰ Tomo la distinción entre concepciones finalistas y funcionalistas de ASÍS ROIG, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., pp. 20 ss.

eficaz funcionamiento del Derecho como sistema normativo de control social⁴¹.

La exigencia de generalidad de las normas⁴² y la nota de la plenitud permiten justificar la imprescindible concurrencia en el sistema jurídico de reglas sustantivas, esto es, de normas con contenidos materiales generales que predeterminan materialmente el contenido de las normas individuales dictadas por los jueces y autoridades administrativas. Esa determinación material, necesariamente presente en la relación entre las normas generales y las decisiones judiciales, puede hacer su aparición en cualquier escalón de la pirámide jurídica, también en el escalón constitucional, cuando, como sucede en los ordenamientos de nuestra órbita cultural, los textos constitucionales integran contenidos sustantivos⁴³. La asunción de un concepto sistemático de validez, que exige la conformidad de las normas inferiores con todos los aspectos regulados en las normas superiores incluidas las determinaciones atinentes a su contenido; la exigencia de congruencia, que requiere que la labor de los órganos de aplicación se ajuste a lo dispuesto en las propias normas del sistema; y sobre todo, la exigencia de coherencia permiten fundamentar la ineludible relevancia de esa determinación material en la validez de las normas inferiores.

La nota de la coherencia identificada con la exigencia de compatibilidad o de no contradicción entre los contenidos normativos opera en su proyección vertical –por razón de la existencia de una ordenación jerárquica formal entre las distintas normas del Ordenamiento, necesaria, también, para la propia funcionalidad del Derecho como sistema normativo de control social– como un criterio de validez de

⁴¹ Estos rasgos forman parte de la idea de certeza o seguridad jurídica que suele ser vinculada con el positivismo jurídico. Precisamente, el positivismo excluyente señala como una crítica de tipo «ideológico» que puede plantearse a la versión incluyente la incertidumbre que generan los criterios materiales de validez, *Vid. JIMÉNEZ CANO, R., op. cit.*, p. 265 ss., y ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos al Positivismo jurídico, cit.*, pp. 243 ss. En todo caso, contemplada desde un punto de vista funcional, la seguridad jurídica no es tanto un valor como una condición de eficacia del orden jurídico.

⁴² *Vid.* la argumentación de RAZ, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 158 ss., sobre los sistemas de discreción absoluta.

⁴³ Esta posibilidad es admitida por el propio Kelsen, *Vid.* a título de ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 234 y *Teoría General del Derecho y del Estado, cit.*, p. 148. Otra cosa es que por razones relacionadas con su relativismo moral y con la defensa de la democracia, KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155, p. 143 considere peligroso la incorporación a la Constitución de contenidos morales abiertos por el «poder insoportable» que se arrogaría entonces Tribunal Constitucional. ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico, cit.*, pp. 200 ss. recurre a la argumentación de Kelsen en apoyo del positivismo no incorporacionista. Se trata, en todo caso, de una argumentación que se apoya en consideraciones morales y políticas.

carácter material⁴⁴. Ello supone un nuevo límite, esta vez de carácter sustantivo, al poder jurídico que, conviene insistir, existe cualquiera que sea la calidad de moral de los contenidos que exige respetar.

De este modo, para determinar la validez de una norma jurídica no basta realizar una prueba o test «formal», comprobando si procede de un sujeto competente y si ha sido creada a través del procedimiento adecuado; sino que es necesario, además, llevar a cabo una prueba o test «material», es decir, examinar su contenido en aras de determinar su compatibilidad con el contenido de las normas de superior jerarquía. En este sentido el sistema jurídico se configura como un sistema normativo de carácter mixto⁴⁵.

En todo caso, la capacidad operativa de los criterios materiales para condicionar la validez de las decisiones jurídicas y la compatibilidad de ese condicionamiento con las premisas positivistas depende de un modo básico de la concepción de la interpretación jurídica que se maneje y, en concreto, de la posición que se adopte en torno al problema de la determinación del Derecho.

La relevancia de los contenidos materiales de las normas en la cuestión de la validez jurídica podría verse desmentida en la práctica si éstos resultasen ser absolutamente indeterminados –como afirmaría el escepticismo radical– al gozar las autoridades obligadas a respetarlos de una libertad total a la hora de establecer su significado. En este punto, la tesis de la discrecionalidad manejada por el positivismo jurídico le impide defender –en la línea del formalismo– la total determinación de estos contenidos, lo que supondría erradicar cualquier margen de decisión de las autoridades jurídicas en su desarrollo. Y esta tesis, pero también la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la separación, descartan la afirmación –sostenida por Dworkin y en una versión más moderada por algunos de los representantes del positivismo incluyente– de que es la buena argumentación moral la instancia que

⁴⁴ El efecto obligado de la presencia de una jerarquía normativa consiste en «el deber de los órganos creadores de normas inferiores de acatar lo dispuesto en las normas superiores», RUIZ MIGUEL, A., «El principio de jerarquía normativa» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, núm. 24, 1988, pp. 135-154, p. 149. Vid. también BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, p. 205.

⁴⁵ Aunque no puedo detenerme en el análisis de esta idea, tiene razón ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 232 y ss., en que esta noción de sistema mixto debe ser diferenciada de la comprensión que de este concepto se maneja en el ámbito de la filosofía analítica que implica considerar que no sólo forman parte del sistema las normas creadas de acuerdo con el principio de legalidad, sino también sus consecuencias lógicas, en virtud del principio de deducibilidad. Se trata de una visión que es deudora del planteamiento de ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 115 y ss. En la visión que aquí se maneja el criterio material de validez se define en términos de compatibilidad no de deducibilidad y se entiende como una condición de pertenencia necesaria pero no suficiente. En este punto resulta esencial tener en cuenta que las normas compatibles son muchas más que las deducibles.

permite, mediante el ejercicio de una discreción débil⁴⁶, conocer el contenido correcto de los criterios materiales susceptibles de incidir en la identificación de las normas jurídicas válidas⁴⁷.

Ahora bien, la discrecionalidad a la que hace referencia el positivismo, a pesar de ser una discrecionalidad fuerte, no es una discrecional total, sino limitada⁴⁸ que presupone, por ende, la relativa determinación del Derecho. De cualquier forma, la comprensión del Derecho como un sistema normativo orientado al logro del control social exige asumir este rasgo⁴⁹. En relación con esta consideración, interesa adelantar que afirmar la absoluta indeterminación del Derecho desmentiría la plausibilidad teórica y la importancia práctica de los criterios sistemáticos de validez materiales y formales en la medida en que no permitiría enjuiciar la validez de las normas en relación con su compatibilidad con los contenidos de las normas superiores, pero tampoco respecto de la autoridad de los sujetos que las emiten y el procedimiento de producción⁵⁰.

El rasgo de la relativa determinación del Derecho puede fundamentarse en términos plenamente compatibles con el positivismo jurídico recurriendo a la noción de significado literal y a los rasgos que lo

⁴⁶ La discreción débil exige capacidad de discernimiento y un importante esfuerzo argumentativo, pero, a diferencia de la discreción fuerte, no conlleva una elección entre alternativas abiertas, y, por ende, una dimensión creativa. *Vid.* sobre esta distinción, DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 61-101, pp. 61-101, 85 ss. Sobre la proximidad de los planteamientos de Dworkin y el positivismo incluyente en relación con la tesis de la discrecionalidad JIMÉNEZ CANO, R. M., *op.cit.*, pp. 217 ss., y ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», *cit.*, pp. 311 y 312.

⁴⁷ En este sentido se afirma que cualquier forma «genuina» de positivismo incluyente se compromete con el objetivismo moral, BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», *cit.*, p. 74. Para no dejar de lado la tesis de la discrecionalidad los autores incluyentes han tildado su objetivismo de «modesto» —COLEMAN, J. y LEITER, B., «Determinacy, Objectivity and Authority» en MARMOR, A., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 163— y han considerado que no siempre que el derecho apela a la moralidad es posible hallar una única respuesta correcta —WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994, pp. 240 ss.— por lo que en los *casos difíciles* los jueces tendrían discreción, MORESO, J. J., «En defensa del positivismo inclusivo», *cit.*, p. 101. De cualquier forma, dicho compromiso sí supone abandonar uno de los rasgos que, según Hart, caracterizan al positivismo como es el de no adscribirse a ninguna posición concreta en el ámbito de la metaética.

⁴⁸ *Vid.* la descripción de esta tesis que realiza HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *cit.*, pp. 5 y 6. Tampoco KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, *cit.*, Cap. VIII, maneja un escepticismo interpretativo radical, sino moderado, al considerar la interpretación auténtica como una elección —un acto de voluntad— dentro de un marco de posibilidades traídas a la luz por un acto de conocimiento.

⁴⁹ Asíf ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, *cit.*, p. 97. En efecto, asumir la tesis de la total indeterminación dejaría sin sentido a las notas que definen la idea de sistema e impediría que el Derecho pudiese desempeñar con alguna garantía de éxito su función de control social.

⁵⁰ *Ídem*, p. 109.

caracterizan⁵¹. En efecto, el significado literal –definido como el sentido que ineludiblemente posee cualquier enunciado inteligible para los hablantes competentes en un determinado lenguaje, en virtud de reglas semánticas y sintácticas que expresan la existencia de usos y convenciones acerca del modo de empleo de las expresiones en una determinada comunidad lingüística⁵²– constituye el fundamento del éxito del lenguaje en el desarrollo de su función comunicativa –del que depende, en un sentido esencial, el éxito del Derecho en el desempeño de su función de guía de conducta– y opera como parámetro *a priori* desde el que enjuiciar la corrección de las actuaciones lingüísticas particulares⁵³. Así, la afirmación de la relativa determinación de los enunciados jurídicos, también de aquellos que incluyen criterios materiales de validez, no implica un compromiso necesario con el objetivismo moral, sino con un objetivismo semántico modesto o moderado.

A mi modo de ver, el carácter relativamente determinado del Derecho debe entenderse en términos de determinación mínima lo que implica considerar que la interpretación es *siempre*, incluso en los casos fáciles, una decisión *nunca* plenamente discrecional, ni siquiera en los casos difíciles⁵⁴. Desde esta óptica, la validez de la interpreta-

⁵¹ Entiende ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., p. 210, que el significado literal es un hecho social al que el positivismo podría recurrir para determinar el contenido de los conceptos «morales».

⁵² SCHAUER, F., *Las reglas en juego*, trad. de C. Orunesu y de J. L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 116, y PLATSS, M., *Las sendas del significado*, trad. de C. Hidalgo y de E. A. Rabossi, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 14.

⁵³ Esta visión del lenguaje implica sostener que lo que las palabras significan depende de una práctica social, del comportamiento regular de los miembros de una determinada comunidad lingüística pero no de la actuación de un sólo individuo en una particular situación comunicativa, *Vid.* en apoyo de esta consideración, entre otros, DUMMETT, M., «A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking» en Lepore, E., (ed.) *Truth and interpretation*, Oxford, Basil Blackwell, pp. 459-476, p. 473; FENICHEL PITKIN, H., *Wittgenstein: el Lenguaje, la Política y la Justicia*, trad. de R. Montoro, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 285; DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 248. Y puede fundamentarse en una determinada interpretación del segundo WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, trad. de E. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, según la cual la llamada paradoja del seguimiento de reglas no implica una nueva forma de escepticismo –como afirma KRIPKE, S., *On rules and private Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1982– sino que pretende simplemente revelar la necesidad de ciertos hechos fundantes, de un *background* común, en definitiva, de un acuerdo básico en la forma de vida que posibilita el surgimiento de regularidades en el uso de las expresiones susceptibles de integrarse en reglas lingüísticas y que hace viable la comunicación.

⁵⁴ Se trata de la visión que maneja el positivismo kelseniano. El positivismo hartiano manejaría la tesis de la determinación parcial, lo que implica afirmar que el Derecho es totalmente determinado en unos casos, los fáciles, que caen en la zona de certeza de los enunciados jurídicos y en los que los intérpretes no gozan de discrecionalidad, pero totalmente indeterminado en otros, los difíciles, que caen en la zona de penumbra y en los que la discrecionalidad interpretativa es total, HART, H. L. A., *El*

ción no depende en exclusiva de la voluntad del intérprete, como pretenden los escépticos, pero tampoco de parámetros o fuentes morales objetivas que éste pueda descubrir más allá de los límites del Derecho; o llegar a integrar en sus confines, como pretenden Dworkin y los partidarios del positivismo incluyente⁵⁵, sino de que se respete el significado literal de los enunciados jurídicos que le sirven de referente.

El carácter mínimamente determinado del significado literal se basa en la consideración de que no se puede «hacer decir» a un enunciado «cualquier cosa»⁵⁶. Visto así el asunto, la literalidad proporcionaría, no ya una información positiva, sino negativa en el sentido de manifestar no lo que el enunciado dice, sino lo que no puede decir⁵⁷. En este sentido, el significado literal opera como un límite mínimo y negativo que excluye la validez de aquellas interpretaciones que se enfrentan con la literalidad del enunciado objeto de interpretación y, cabe añadir, con la de los enunciados jerárquicamente superiores⁵⁸. De nuevo, este límite no se defiende desde una toma de postura en torno a la justicia y a la legitimidad de las decisiones interpretativas, sino desde la comprensión del Derecho como una técnica normativa de control social⁵⁹.

En todo caso, la cuestión decisiva en la justificación de la tesis del carácter mixto del sistema jurídico, y en la demostración de su compatibilidad con el iuspositivismo, radica en la interpretación de las palabras «morales» incluidas en las normas constitucionales. Pues bien, esas palabras morales son también palabras y, por tal razón, poseen, exactamente igual que otros términos, un significado literal que tampoco puede ser absolutamente indeterminado. Dicho de otro modo,

Concepto de Derecho, cit., p. 153. Así, a tenor de la visión hartiana, el sistema jurídico se configuraría como un sistema normativo parcialmente mixto.

⁵⁵ *Vid.* sobre la posición de Dworkin RAZ, J., «Legal principles and the limits of Law» en Cohen, M., (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, pp. 73-87, p. 85, y sobre la del positivismo incluyente ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, p. 406 y 407.

⁵⁶ JORI, M. y PINTORE, A., *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1995. p. 333. También GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 2.^a ed., 1992, p. 145.

⁵⁷ Desde este enfoque, la concepción interpretativa que aquí se maneja no es capaz de establecer el significado unívoco o correcto de un enunciado jurídico, pero sí de descartar ciertos significados. La imagen del marco que KELSEN, H., *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 350, propone para explicar la fisonomía de las decisiones interpretativas representa a la perfección la esencia de esta concepción.

⁵⁸ También el criterio sistemático sirve de límite a cualquier interpretación pero éste no se entiende sin hacer referencia al significado de enunciados superiores y, por tanto, al significado literal, ASÍS ROIG, R., *El Juez y la motivación en el Derecho, cit.*, pp. 97 y 98.

⁵⁹ Si los contenidos materiales de las normas superiores poseen un significado relativamente determinado, las autoridades normativas inferiores están –por razones vinculadas con la propia consistencia y funcionalidad del Derecho como sistema normativo, y relacionadas con el deber de coherencia, con la jerarquía normativa, con la exigencia de sometimiento al Derecho– obligadas a respetarlo.

también las normas materiales constitucionales que incluyen contenidos con una evidente carga moral son enunciados inteligibles y no «entidades lingüísticas vacías» susceptibles de amparar cualquier decisión⁶⁰. Y por tal razón aunque, ciertamente, admiten una amplísima gama de significados, no admiten cualquier significado. En efecto, es difícil establecer qué significan los términos «dignidad humana» o «trato inhumano y degradante», pero no lo es tanto señalar qué es lo que no significan⁶¹. En este sentido, habrá casos en los que una decisión respecto de estos términos podrá ser calificada –como pretende el positivismo incluyente– no como injusta o incorrecta, sino como inválida o antijurídica⁶². Pero lo podrá ser atendiendo no a referentes extrajurídicos entendidos como «un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera de un Derecho natural», lo que supondría supeditar la validez jurídica a la concordancia de las normas con una determinada moralidad «no necesariamente explicitada en las normas», sino a contenidos internos, prefijados en normas jurídicas y a criterios extraídos del lenguaje en el que se expresa el Derecho que no puede considerarse completamente indeterminado⁶³. Asumiendo esta visión, la determinación de la validez jurídica conforme a estos contenidos, como reclaman los excluyentes, no implica desarrollar una argumentación genuinamente moral, ni supone realizar una indagación evaluativa o valorativa⁶⁴.

En resumen, desde la concepción del Derecho como sistema mixto que aquí se maneja, la exigencia de compatibilidad como criterio de validez material se reduce a la no trasgresión del significado literal que las normas superiores necesariamente poseen. La elección discrecional entre las opciones que no se enfrentan a este límite –como indica el positivismo excluyente– es imputable a la creatividad del intérprete, responde a consideraciones extrajurídicas y su validez depende, únicamente, de la competencia del órgano que escoge⁶⁵. El análisis de su corrección –pero no ya el de su validez– exige desarrollar una teo-

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 124 y 125.

⁶¹ Se trata de los términos que suelen aparecer en las discusiones entre las versiones incluyente y excluyente. A mi modo de ver, una norma que estableciera que están permitidos los castigos físicos trasgrediría el significado de la norma constitucional que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes.

⁶² Esta posibilidad parece no ser admitida por los excluyentes, JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 201.

⁶³ AsíS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, *cit.*, p. 108.

⁶⁴ ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo jurídico*, *cit.*, pp. 209 y 210.

⁶⁵ En este punto coincido con ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, pp. 410 y 411. Importa advertir que esta visión se aplica en forma idéntica a los conceptos «jurídicos». *Vid.* la distinción entre conceptos morales y jurídicos en JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 201. También los jueces pueden gozar de discrecionalidad a la hora de determinar cuando están ante un homicidio o una letra de cambio e, igualmente, en estos casos la elección entre las posibilidades interpretativas responde a consideraciones extrajurídicas. *Vid.* en este sentido KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 354.

ría de la argumentación, tarea que excede de la competencia del positivismo jurídico y que implica, ahora sí, asumir, al menos, un objetivismo moral modesto⁶⁶. De esta forma, desde un planteamiento positivista, el Derecho sólo puede ser contemplado como un sistema mixto en un sentido mínimo. Pero es, en todo caso, un sistema mixto puesto que la validez de las normas jurídicas no depende exclusivamente de criterios formales, de su creación por un órgano competente a través del procedimiento adecuado, depende también de que ese órgano respete el significado relativamente determinado que las normas superiores necesariamente poseen.

II. LA TESIS DE LA SUPERIORIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ.

Las reflexiones precedentes han permitido justificar la presencia en el sistema jurídico de criterios de validez de índole material en términos que pueden ser asumidos por el iuspositivismo. De cualquier modo, y como al comienzo se advirtió, los planteamientos positivistas que admiten esta presencia se caracterizan por afirmar la prevalencia de los criterios formales de validez.

La primera razón que se aduce como determinante de la primacía de las dimensiones formales consiste en que los criterios materiales de validez –aunque nos puedan parecer expresión de la mejor moral– adquieren ese papel por haber sido incorporados al sistema por las autoridades competentes⁶⁷. Esta primera proyección de la tesis de la superioridad de los criterios formales, que resulta difícilmente cuestionable sin terminar rebasando los esquemas de un planteamiento positivista, ha sido asumida por la idea de sistema mixto que aquí se defiende. La segunda razón que se esgrime para justificar la prevalencia de los criterios formales de validez se sitúa en el ámbito de la teoría de la invalidez jurídica, centrándose en el problema de las normas materialmente irregulares, y considera que una adecuada descripción del funcionamiento del Derecho –pretensión considera central en el programa positivista– exige admitir que, al final, lo único relevante en la determinación de la (in)validez jurídica son las decisiones de los

⁶⁶ El iuspositivismo se ocupa del problema de la validez y no del de la corrección, problema este último que exige manejar una posición en torno al Derecho justo, ASÍ ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 133.

⁶⁷ ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., p. 69, y ASÍ ROIG, R. de, *Una aproximación...*, cit., p.133. En efecto, la determinación de los criterios últimos de validez jurídica descansa en la voluntad del órgano «competente», ANSUÁTEGUI ROIG, J., *op.cit.*, p. 618, y ASÍ ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., pp. 123 y 124, y en caso de diversas «opciones de decisión» conformes con las exigencias materiales de validez, prevalece la opción que la autoridad competente elija, ídem, p. 124.

órganos competentes⁶⁸. Pues bien, frente a este argumento intentaré demostrar que también, en última instancia, cobran importancia los criterios materiales de validez.

La tesis de la superioridad de los criterios formales de validez parte de la consideración de que el modo en el que en el mundo jurídico se trata de asegurar el respeto a los criterios sustantivos de validez consiste, precisamente, en conferir un poder⁶⁹. Desde esta premisa, se afirma que la vulneración de los contenidos de las normas superiores sólo tiene consecuencias para la (in)validez jurídica cuando es constatada y en el sentido en que lo es por un órgano con competencia a través del procedimiento adecuado, de tal manera que los criterios materiales de validez quedarían subordinados a los criterios formales⁷⁰. A mi modo de ver, es posible descomponer esta afirmación en dos argumentos estrechamente relacionados.

El primero de ellos se cifra en la afirmación de que la invalidez material sólo opera a partir del pronunciamiento del órgano competente⁷¹. Desde esta óptica la repercusión efectiva de los criterios materiales en la (in)validez jurídica depende, en efecto, de los criterios formales. El segundo argumento sostiene que la invalidez material sólo opera a partir de la interpretación que de los contenidos de las normas superiores realiza el órgano competente, y, en caso de controversia, el máximo órgano competente y se apoya en la consideración de que tal interpretación vale cualquiera que sea su sentido⁷². Este segundo argu-

⁶⁸ Este argumento es asumido por KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 274, y por el positivismo excluyente ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo jurídico*, cit., pp. 236 ss., y JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 233 y ss. Aunque me centraré en estos autores, se trata de un planteamiento al que no faltan defensores. Cabe señalar que el positivismo excluyente, si bien podría admitir la presencia de criterios materiales de validez en los términos en los que ha sido asumida en este trabajo, e incluso en algunas ocasiones parece hacerlo, se adhiere de manera categórica a la tesis de la superioridad de los criterios formales sea cual sea la comprensión de las dimensiones materiales.

⁶⁹ CELANO, B., *op. cit.*, p. 415.

⁷⁰ *Vid.* en este sentido KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 274.

⁷¹ *Vid.* ídem, pp. 283 y ss., y KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 189, quien confiere a la decisión que anula un precepto jurídico un carácter *constitutivo* de su invalidez. También los partidarios del positivismo excluyente defienden esta visión ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 236 ss. En relación con este tema señala JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 238 y 239, que la regla de reconocimiento que establece que «una norma es derecho si y sólo si se conforma con los principios formales y materiales (debidamente interpretados)» contrasta «con la práctica que tienen los operadores jurídicos de tratar una norma como derecho mientras satisfaga los requisitos procedimentales o formales derivados de las normas constitucionales u ordinarias», de manera que la regla practicada en realidad por éstos podría enunciarse de la siguiente forma: «una norma es derecho si y sólo si ha sido debidamente promulgada conforme a los principios formales derivados de la constitución y lo es mientras no ha sido derogada, anulada, o declarada inconstitucional por la autoridad final».

⁷² Se trata de la que HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 175, calificó como la «última y más interesante forma de escepticismo ante las reglas» que

mento supone contemplar los juicios de (in)validez material, al menos los juicios últimos, como decisiones absolutamente discrecionales e implica, por tanto, negar la distinción entre su «definitividad» y su «infalibilidad»⁷³.

La razón que justifica la ausencia de límites susceptibles de proyectarse en la validez de las interpretaciones últimas radica en la peculiar situación del órgano que decide. Esta posición privilegiada, como máxima autoridad competente, conlleva la inexistencia de órganos que revisen sus decisiones, que se configuran así como jurídicamente inatacables⁷⁴. De esta forma, la respuesta autoritativa a la cuestión de la adecuación material de las normas inferiores con las superiores es, en última instancia, «constitutiva de tal hecho»⁷⁵; radicando la razón de su validez «no en el contenido de la respuesta», sino sólo en la competencia del órgano que contesta⁷⁶. Vistas así las cosas, la influencia de los criterios materiales en la identificación del Derecho válido se desenvuelve en un sentido ficticio, formal y casi paradójico pues son, precisamente, las decisiones finales de los órganos competentes las que establecen su sentido⁷⁷.

En virtud de estos argumentos las normas que trasgreden los criterios materiales de validez se consideran normas válidas, con carácter provisional o definitivo, y su validez descansa únicamente en criterios formales: en la competencia del órgano que las emite o que las declara válidas⁷⁸. En rigor, sólo los criterios formales resultan determinantes para la cuestión de la validez jurídica⁷⁹, contemplándose los criterios

apela al «hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final». Esta versión del escepticismo sí es asumida por KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 355, y *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p. 184.

⁷³ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 176, y MORESO, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 215 y ss.

⁷⁴ Vid. sobre la noción de autoridad final, JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 235 ss.

⁷⁵ NINO, C. S., «El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho» en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 131-146, pp. 135 y 136.

⁷⁶ DICIOTTI, E., «Operative Interpretation and Systemic Validity» en Gianformaggio, L., y Paulson, S. (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giapichelli 1995, pp.51-83, p. 63.

⁷⁷ ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales: una aproximación dualista*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, Dykinson, 2000, p. 91.

⁷⁸ PAULSON, S., «Material and formal authorisation in Kelsen's Pure Theory», *Cambridge Law Journal*, 1989, núm. 39, pp. 172-193, p. 172.

⁷⁹ Para explicar la validez de las normas irregulares KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 275, recurre al expediente de la cláusula alternativa tácita. Según esta doctrina, las autoridades inferiores quedan habilitadas, bien para producir normas con el contenido y por el procedimiento establecidos en las normas superiores, bien para crear normas con el contenido y por el procedimiento que ellas mismas determinen.

materiales como un motivo para criticar, por incorrectas, las decisiones jurídicas, en cualquier caso válidas, que los vulneran⁸⁰. Pues bien, los argumentos que conducen a afirmar la preponderancia de los criterios de validez formal pueden rebatirse a partir de la consideración de que lo que vale para el contenido vale también para el órgano y el procedimiento⁸¹, y viceversa, por lo que su aceptación supondría el completo derrumbe del concepto de sistema normativo.

En esta línea, frente al primero de los argumentos antes apuntados, cabe sostener que el problema de la irregularidad no puede resolverse identificando la validez con el cumplimiento de los criterios de índole formal pues, como muestra la realidad del funcionamiento de los órdenes jurídicos, dicho problema se plantea en forma idéntica en relación con este tipo de criterios. En efecto, en el Derecho encontramos normas que vulneran los requisitos formales de competencia y procedimiento que, de aceptarse este primer argumento, tendrían, al igual que las que transgreden los criterios materiales, que considerarse válidas hasta la concurrencia de un pronunciamiento oficial de invalidez⁸².

Frente al segundo argumento, cabe afirmar que los juicios últimos de (in)validez material no pueden contemplarse como decisiones plenamente discrecionales. El rasgo de la mínima determinación del Derecho implica que los enunciados jurídicos materiales poseen un significado preexistente, respecto del cual también el último intérprete competente puede acertar o equivocarse. Y las eventuales equivocaciones dan lugar a decisiones que no se conforman objetivamente a las determinaciones sustantivas de las normas superiores, esto es, que deben considerarse decisiones inválidas. También las autoridades finales tienen el deber de ajustarse al Derecho aplicable⁸³. Que este deber en ocasiones no se cumpla y que, finalmente, no pueda ser interna-

Puesto que la actuación de las autoridades jurídicas culmina indefectiblemente en la creación de normas válidas, el único criterio determinante de la validez jurídica es el criterio formal que apela a su cualidad de órganos jurídicos.

⁸⁰ En este sentido, el positivismo excluyente estima que afirmar que la validez de las normas depende de criterios meramente formales no impide que el jurista analice críticamente la opción tomada por el órgano competente, ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 238 y 239, y JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 239.

⁸¹ MORESO, J. J., *Normas jurídicas y Estructura del Derecho*, México, Fontamara, 1997, p. 82.

⁸² Señala Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución», cit., p. 123 que *a priori* tampoco es posible considerar como nulo un acto que emane de una autoridad incompetente. Vid. sobre la posición de Kelsen, TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 149 ss., y MORESO, J. J., *Normas jurídicas y Estructura del Derecho*, cit., p. 82.

⁸³ Apunta HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 179, que, sólo cuando se habilita al tanteador para decidir según su arbitrio y no según la regla del tanteo, «las decisiones del tanteador serían a la vez definitivas e infalibles, o mejor dicho, la cuestión sobre su falibilidad o infalibilidad carecería de sentido, porque respecto de nada podría acertar o equivocarse».

mente garantizado, pues alguien ha de tener la última palabra, no significa que no exista⁸⁴.

Como es sabido, la solución que arbitra Kelsen frente a estos supuestos consiste en convertir este deber en un deber alternativo impidiendo que las decisiones de los órganos competentes, y, en especial las del último órgano, puedan enfrentarse al contenido del Derecho. Por su parte, algunos de los defensores del positivismo excluyente parecen apoyarse en este punto en la imposibilidad de constatar si las decisiones definitivas, y, en general, cualquier decisión jurídica, vulnera, o no, los criterios materiales de validez entendidos como referencias a una moral objetiva⁸⁵.

En relación con esta última observación, conviene tener presente que los planteamientos que afirman la superioridad de los criterios formales parecen establecer una diferencia esencial entre la naturaleza de los juicios de validez formales y materiales. Mientras que los juicios de validez formal se conciben como juicios fácticos, que dependen de la comprobación de un hecho y son susceptibles de verificarse empíricamente de manera absolutamente objetiva, los juicios de validez material se contemplan como juicios de valor eminentemente subjetivos que dependen de una elección entre valores últimos⁸⁶. Pues bien, a mi modo de ver, ambos tipos de juicios son sustancialmente idénticos y consisten en comprobar la concurrencia de requisitos de contenido o de forma contemplados en normas superiores exigiendo, por tanto, la interpretación de tales normas⁸⁷. Desde esta óptica, uno de los principales retos que se le plantea al positivismo radica en justificar una teoría interpretativa que defienda al mismo

⁸⁴ BULYGIN, E., «Cognition and Interpretation of Law» en Gianformaggio, L. y Paulson, S., (eds.), *Cognition and interpretation of law*, cit., pp. 11-35, pp. 23 y 24, y MERKL, A., «Il duplice volto del diritto» en MERKL, A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. de C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 99-128, pp. 113 y 115.

⁸⁵ Indica JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 240 y 241, que su posición conduce a un escepticismo hacia determinadas reglas, aquéllas que contienen referencias a la moral y ésta es entendida como moral objetiva. Si estas reglas no poseen un núcleo de certeza, entonces no cabría calificar las decisiones de la autoridad final como «falibles o infalibles, desde un punto de vista jurídico, aunque sí como finales o definitivas». Ello supone, precisamente, que tales reglas pueden conducir a que «el juego de las reglas jurídicas se convierta en el juego del arbitrio del tanteador». Cabe plantearse si este escepticismo se proyectaría también sobre la comprensión de los criterios materiales de validez aquí manejada y, de no ser así, si ello conllevaría admitir que la validez jurídica depende de algo más que de criterios formales.

⁸⁶ Vid. JORI, M. «La cicala e la formiga» en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 66-119, pp. 85 ss.

⁸⁷ La derivación formal de la validez necesita la concurrencia del hecho de la producción normativa pero la validez no deriva «del hecho en sí», sino «de la descripción relevante» de tal hecho regulada por el propio Derecho». Igualmente, la derivación de la validez material hace referencia a criterios «formalmente» delimitados, establecidos en normas jurídicas, ídem, pp. 83 y 84.

tiempo el carácter indeterminado de las normas que se refieren a cuestiones materiales y el carácter determinado de las normas que se refieren a cuestiones formales⁸⁸. De nuevo, la diferencia es meramente cuantitativa: aunque, normalmente, las normas formales son «semánticamente más precisas que las materiales» manifiestan, quizá en menor medida, idénticos problemas de indeterminación, discrecionalidad interpretativa, y referencia a parámetros valorativos⁸⁹. Consecuentemente, tanto la total indeterminación de los criterios materiales cuanto la tesis del carácter constitutivo del pronunciamiento sobre la (in)validez material⁹⁰ afectarían, igualmente, a los criterios formales, lo que haría inviable la identificación de las autoridades competentes –también de la última autoridad competente– e implicaría hacer descansar la validez de la decisión en la fuerza del sujeto que la emite, «(sea éste el que sea)»⁹¹.

En este orden de ideas la objeción más contundente que cabe plantear a la tesis que afirma la superioridad de los criterios de validez formal es que la noción de validez formal que se privilegia termina vaciándose de sentido, o adquiriendo un significado distinto al que, en principio, le atribuyen sus defensores. Así, el argumento central al que parece recurrir el positivismo «excluyente» para justificar la afirmación de que «en ninguna medida» la validez de las normas se ve afectada «por el supuesto respeto a un criterio material»⁹² radica en que, incluso admitiendo la posibilidad de que, en algunos casos, pueda determinarse de forma objetiva que las autoridades jurídicas han vulnerado ese hipotético criterio sustantivo, sus decisiones son reconocidas como válidas, precisamente, por haber sido creadas por un órgano competente⁹³. Ahora bien, lo mismo puede suceder, como cuestión de

⁸⁸ Asís ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 120.

⁸⁹ JORI, M., *op. cit.*, p. 84.

⁹⁰ En efecto, quien adopta una decisión constitutiva sobre el Derecho existente no sólo resuelve acerca del significado de las normas materiales, sino también sobre las normas formales de manera que un órgano se convierte en competente por un acto de voluntad que él mismo ha realizado. *Vid.* esta idea en GUIBOURG, R., *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 59, y DICIOTTI, E., «Operative Interpretation and Systemic Validity», cit., p. 76.

⁹¹ Asís ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 127.

⁹² ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», cit., p. 317.

⁹³ JIMÉNEZ CANO, R., *op. cit.*, pp. 238 y 239, y ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», cit., p. 318, y *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 236 y ss. Este último autor señala que «el positivismo excluyente no cree que las llamadas a la moral sean siempre y en todo caso decisiones discrecionales» y entre los elementos que limitan la discrecionalidad menciona los enunciados lingüísticos y el consenso o acuerdo que exista en la comunidad acerca del significado de tales términos lo que, a su modo de ver, permite mantener «inalterada» la tesis de las fuentes sociales, ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», cit., p. 410. En todo caso, parece que también si se vulneran estos límites Escudero considera que la decisión tendría que considerarse válida, *vid. ídem*, p. 403.

hecho, con las normas que vulneran los criterios formales⁹⁴. Para mantener su coherencia esta concepción tendría entonces que admitir que el criterio formal, que hace referencia a la creación de una norma por un órgano competente, tampoco «añade nada» a la determinación de la validez jurídica⁹⁵. La identificación de las «autoridades» dependería entonces no de las normas de competencia, sino de la eficacia de sus mandatos⁹⁶, de tal manera que la validez del Derecho se apoyaría exclusivamente en la «capacidad de coacción psíquica o psicológica» de quien lo impone⁹⁷.

En este punto el positivismo jurídico se enfrenta a un dilema, o bien asume esta visión escéptica radical, o bien admite que el Derecho se configura, también en última instancia, como un sistema normativo mixto. La primera opción, además de incurrir en un error de tipo conceptual, implica manejar una descripción errónea de lo que opera y puede operar socialmente como Derecho. Optar por el segundo cuerno del dilema implica afirmar que las decisiones irregulares, que trasgreden el significado mínimamente determinado de los criterios de validez *formales o materiales*, ya se trate de decisiones provisionales o definitivas, tienen que considerarse inválidas⁹⁸. Ciertamente, ello obliga a admitir, como indica el positivismo excluyente, que existen normas inválidas que funcionan en la realidad jurídica *como si* de normas válidas se tratasen⁹⁹. En todo caso, creo que esta consideración ni «confunde más que ayuda», ni convierte «en inútil» «toda la explicación de la validez jurídica», ni supone una deficiente descripción del funcionamiento del Derecho¹⁰⁰, sino más bien todo lo contrario.

⁹⁴ Apunta JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 242: «también es posible que una autoridad a la hora de producir una norma jurídica, vulnerase un criterio formal y que, pese a ello, los operadores jurídicos consideraran a dicha norma como parte del sistema». ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, p. 404, advierte que también podría ocurrir «que un juez vulnerase un requisito de competencia y, que, aun así, la sentencia fuera jurídicamente válida». La pregunta que se plantea es de acuerdo con qué criterio. Creo que, desde un planteamiento positivista, tal criterio tendría que ser el de la eficacia asumiéndose, así, una teoría fáctica de la validez.

⁹⁵ *Vid.* en relación con el criterio material ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», *cit.*, p. 317.

⁹⁶ Tiene razón JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 242, en que el problema aquí radica en si «la calificación de una norma o de un acto jurídico dependen del hecho de que éstos se ajusten a las normas de competencia o de si, en cambio, dependen de otro tipo de hecho».

⁹⁷ Asís ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, *cit.*, p. 109. Se trata de una crítica que afecta a la doctrina de la cláusula alternativa tácita y a las concepciones que tratan de resolver el problema de las normas irregulares a partir de la comprensión de las normas de competencia como normas constitutivas.

⁹⁸ En efecto, el positivismo jurídico «no puede aceptar que sea Derecho cualquier norma, ni que valga cualquier decisión», *ídem*, p. 127.

⁹⁹ JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 239, y ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos...*, *cit.*, p. 238.

¹⁰⁰ *Ídem*, p. 239. En términos similares JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 239. En lo que sí coincide con el positivismo excluyente es en que distinciones como las establecidas entre validez y vigencia o validez y aplicabilidad no resultan apropiadas

A mi modo de ver, la existencia de normas irregulares expresa un conflicto entre el Derecho sistemáticamente válido y el Derecho efectivo que se aplica y se obedece¹⁰¹. Este conflicto pone de relieve que el concepto de sistema no sirve para identificar todas las normas que en el terreno de los hechos cuentan como jurídicas¹⁰². Desde estas premisas, el Derecho válido es, a veces, no el Derecho *que es*, sino el Derecho que *debería ser*. En este sentido, una concepción sistemática de lo jurídico sólo sirve para describir el funcionamiento regular del Derecho, planteándose como un modelo teórico normativo en relación con la praxis jurídica irregular¹⁰³. En estas coordenadas se pone de manifiesto el doble rostro del Derecho¹⁰⁴. Pues bien, a mi juicio, una teoría jurídica integral capaz de explicar la realidad de Derecho en toda su complejidad tiene que dar cuenta de estas dos caras.

Como se ha señalado, la idea de sistema –mixto– funciona en ocasiones como un modelo normativo. No obstante, se trata de un modelo normativo exento de dimensiones de moralidad, lo que mantiene su compatibilidad con la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral¹⁰⁵; y que se apoya en la eficacia como cumplimiento y en la eficacia como aceptación, lo que confirma su relevancia práctica. En efecto, el funcionamiento regular del Derecho del que da cuenta el modelo de sistema mixto es, además, su funcionamiento ordinario o cotidiano. Los criterios de validez formales y materiales son *de hecho* utilizados y aceptados como pautas de identificación de las normas jurídicas y, por tal razón, son respetados con carácter general. E incluso las decisiones patológicas que los vulneran intentan presentarse *como si* fuesen normas válidas apelando conjuntamente a ambos tipos de criterios¹⁰⁶.

para explicar el estatus de las normas irregulares, pero no por su falta de relevancia práctica o porque, al final, lo decisivo sea la vigencia o la aplicabilidad determinada por criterios formales –ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo jurídico*, cit., pp. 239-241– sino porque, según se dijo, el problema de la irregularidad puede plantearse, igualmente, en relación con los criterios formales que determinan la vigencia o la aplicabilidad de las normas jurídicas. Critica este modo de resolver el problema de las normas irregulares CELANO, B., *op. cit.*, p. 419.

¹⁰¹ Se trata de un conflicto del que Kelsen, condicionado en este punto por su neokantismo, no puede dar cuenta, DELGADO PINTO, J., «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 101-161, p.154.

¹⁰² Esto no significa alejar el concepto de validez de todo lo que tenga que ver con la identificación del Derecho –ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, p. 404– aunque sí supone su limitación en este ámbito.

¹⁰³ CARACCILO, R., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 23.

¹⁰⁴ MERKL, A., *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁵ En efecto, la praxis irregular se juzga inválida atendiendo no a criterios morales externos sino a criterios internos prefijados en el propio Derecho positivo.

¹⁰⁶ Indica TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., p. 149, «la tesis de la prevalencia del principio dinámico sólo sería verdadera si el tribunal ante el que se hubiera interpuesto una demanda de anulación afirmara simultáneamente que el contenido de la norma es contrario al de la norma superior y que esa norma es no obstante válida porque ha sido producida por el órgano competente».

A partir de aquí, una teoría jurídica integral tendría que plantearse, de un lado, por qué la práctica jurídica se adecua normalmente a la idea de sistema mixto y, de otro lado, por qué las normas irregulares que no se ajustan a este modelo se reconocen como jurídicas y, por ello, se obedecen. Aunque excede con mucho de las pretensiones de este estudio resolver estos problemas, intuyo que el primero tiene que ver con factores psicológicos, que pondrían de relieve que los poderes jurídicos reconocen la vinculatoriedad de las normas formales y materiales que se orientan a limitar su actuación y se sienten obligados por ellas, posiblemente, «sobre el trasfondo» de factores sociológicos, esto es, porque «la sociedad» y el propio entramado institucional reaccionarían contra un poder que incurriera en desviaciones masivas o selectivas, si se trata de preceptos considerados básicos, respecto de lo que debe ser su actuación conforme a Derecho¹⁰⁷. Y, en relación con lo anterior, el segundo tendría que ver con la confianza de la comunidad jurídica hacia el papel de los detentadores del poder; confianza que depende, en su sentido esencial, de que su actuación se mantenga, con carácter general, dentro de los límites del Derecho. De esta forma, el Derecho puede «tolerar» decisiones irregulares siempre y cuando se trate de decisiones esporádicas y que no pongan en juego bienes y valores en los que descansa su aceptación por parte de los operadores jurídicos y de los ciudadanos. La trasgresión de estos límites supondría una disminución de la confianza hacia el papel de los detentadores del poder y, por ende, redundaría en una pérdida del reconocimiento «del valor social del Derecho», lo que terminaría, finalmente, afectando a su validez¹⁰⁸.

En definitiva, considero que la concepción mixta del sistema jurídico constituye la mejor descripción del modo en el que *opera* y *se contempla* socialmente el fenómeno jurídico y que el iuspositivismo puede ser esa teoría jurídica integral, a la que he venido haciendo referencia, capaz de analizar los hechos, las «creencias compartidas» y las «actitudes y expectativas interdependientes»¹⁰⁹ que explican la importancia de la idea de sistema mixto para el funcionamiento práctico del Derecho.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

¹⁰⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Hablando de Kelsen con Delgado Pinto» en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, cit., pp. 1199-1209, p. 1207.

¹⁰⁸ ASÍS ROIG, R. de, «Sobre el razonamiento jurídico correcto», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 45, 2000, pp. 153-167, p. 167.

¹⁰⁹ BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo...», cit., p. 49.

¿Un puente sobre aguas turbulentas?
Reflexiones sobre el estatuto epistemológico de la
iusfilosofía y su relación con la ciencia del derecho

Por ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO
Universidad de Sevilla

RESUMEN

En el conjunto de los saberes jurídicos, las disciplinas iusfilosóficas y la Ciencia del Derecho mantienen una relación de tensión permanente que está lejos de ser pacífica. Sin embargo, se trata de saberes interdependientes y conexos que se precisan mutuamente. En este trabajo se reflexiona, a partir de la relación ciencia/filosofía, sobre el alcance actual de ese desencuentro, argumentando, sucesivamente, a partir de las aportaciones de Thomas S. Kuhn y de J. von Kirchmann, la necesaria interconexión a la que antes nos referíamos, la cual encuentra una respuesta cabal en la concepción global de las disciplinas iusfilosóficas como saber totalizador sobre el fenómeno jurídico que representa la Filosofía de la Experiencia Jurídica.

Palabras-clave: Epistemología Jurídica, relaciones Ciencia/Filosofía, Filosofía del Derecho, Ciencia del Derecho, Filosofía de la Experiencia Jurídica.

ABSTRACT

In the whole of juridical knowledges, Philosophy of Law and Legal Science support a relation of permanent tension between them, that is far from being pacific. Nevertheless, one treats of interdependent and interconnected

knowledges, mutually needed each other. In this work it is thought over, from the relation Science / Philosophy, on the current scope of this misunderstanding, arguing, successively, from the contributions of Thomas S. Kuhn and J. von Kirchmann, this necessary interconnection, who finds a complete response in the global conception of Legal Philosophy as a comprehensive knowledge on juridical phenomenon, represented by the Philosophy of Legal Experience.

Key words: *Juridical Epistemology, Science/Philosophy relations, Philosophy of Law, Legal Science, Philosophy of Legal Experience.*

SUMARIO: 1. LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE CIENCIA Y FILOSOFÍA.-2. FILOSOFÍA, TEORÍA Y CIENCIA DEL DERECHO: 2.1 *La Filosofía del Derecho y la indagación sobre la Justicia;* 2.2 *Filosofía y Ciencia del Derecho;* 2.3 *Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho.*-3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA.

1. LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE CIENCIA Y FILOSOFÍA

Constituye un lugar común en la moderna epistemología la aseveración según la cual ciencia y filosofía no son saberes independientes: bien se podría decir que ambos se necesitan mutuamente, pues toda ciencia precisa irremisiblemente de una reflexión sobre sí misma, sobre el sentido y alcance de su conocimiento, sobre su metodología y estatuto epistemológico, sobre su ubicación en el universo de los saberes y en el conjunto de las realidades humanas; y la filosofía precisa de la ciencia, de una ciencia que dé respuestas a los problemas prácticos de la existencia, que elimine incertidumbres y que contribuya a la mejora de las condiciones de la vida humana, al progreso y al perfeccionamiento de los individuos y de las sociedades, una ciencia al servicio del hombre que le permita avanzar en la comprensión del mundo que le circunda. Las ciencias se configuran como ensayos de explicación parcial de un sector de la realidad en tanto que la filosofía nos proporciona una explicación global del mundo. Ambas, observa García Máynez, persiguen la verdad, pero mientras las ciencias particulares «*buscan verdades aisladas, en relación con aspectos especiales de lo real*», la filosofía trata de aprehender «*la verdad completa, el conocimiento último y definitivo, síntesis de todas las verdades*»¹.

A la ciencia le corresponde la labor de establecer las relaciones causales entre los fenómenos. Su conocimiento es un conocimiento descriptivo, dirigido a explicar las relaciones que se producirán regu-

¹ GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, 25.ª edic. revisada, México, Porrúa, 1975, p. 116.

lar e invariablemente entre los fenómenos según un principio de causalidad. Describen, por tanto, el mundo del ser y avanzan teorías cuya credibilidad descansa sobre la posibilidad de verificarlas empíricamente. El conocimiento científico se desarrolla, pues, desde la seguridad aparentemente inquebrantable que le proporciona el acervo teórico sobre el que se construyen las sucesivas aportaciones. De este modo, una aportación conduce a la siguiente, y así sucesivamente, en una cadena interminable de «descubrimientos» cuyos eslabones confieren al conocimiento científico apariencia de inmutabilidad y consistencia. El carácter empírico del conocimiento científico supone así una remisión a la experiencia, sus resultados pueden ser verificados a través de los sentidos; pero, sin embargo, su labor no tiene siempre como referente los datos que proporciona la experiencia sensible, pues con frecuencia el científico se aparta de la realidad empírica y construye hipótesis cuya aceptabilidad dependen no de su verificación sino de su falsación. Además, como indica García San Miguel, los científicos manejan conceptos que posiblemente no llegarán nunca a ser percibidos por los sentidos (eso sucede, por ejemplo, con los conceptos y símbolos matemáticos). Pero, a pesar de todo, el conocimiento científico goza, generalmente, de la garantía de su referencia a hechos que pueden ser contrastados, y esto confiere a sus aportaciones el respaldo prácticamente unánime de la comunidad científica: los desacuerdos suelen ser aislados, puntuales y episódicos, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito filosófico en el cual los acuerdos vienen condicionados por la pertenencia a un grupo o escuela.

El carácter especulativo de la filosofía se traduce en la disparidad de criterios no sólo con respecto a las soluciones, sino incluso con respecto al método que se considera más adecuado. Y es que el conocimiento científico posee una medida de objetividad que evita la controversia y propicia el consenso entre los miembros de la comunidad científica. ¿Quién podría decir esto de la filosofía? Su naturaleza problemática, su método especulativo atraviesan diagonalmente toda construcción teórica. La filosofía queda marcada por la subjetividad: al albur de valoraciones y de prejuicios cuyo influjo condiciona el propio conocimiento. Pero a pesar de estas distancias considerables entre ciencia y filosofía, conviene reparar en esa seguridad aparentemente inquebrantable que exhibe el conocimiento científico. Y es que, se quiera o no, toda ciencia posee una cierta dosis de apriorismo, de «verdades» que, por incontestadas, se consideran irrefutables, de elaboraciones conceptuales construidas al margen de la experiencia y que constituyen la base de muchas de sus aportaciones más indubitadas².

Sin embargo, el conocimiento científico tiene también sus «incertidumbres». Así, lo demostró Thomas S. Kuhn, al probar que la propia cientificidad depende del paradigma de conocimiento generalmente

² GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Notas para una crítica de la razón jurídica*, 2.^a edic. corregida, Madrid, Universidad Complutense, 1985.

aceptado en la comunidad científica. Tras graduarse en física teórica, Kuhn continúa sus estudios y va derivando paulatinamente hacia cuestiones de filosofía de la ciencia. Sin embargo, es en 1958 cuando nuestro autor va a descubrir el que sería el hilo conductor de su investigación sobre el conocimiento científico. Con motivo de una estancia en el curso 1958/1959 en el *Center for Advanced Studies in the Behavioral Sciences*, y tras convivir estrechamente con científicos sociales, Kuhn se interroga sobre la permanencia y certeza de las aportaciones de las ciencias experimentales.

En el prefacio³ de su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, confiesa Kuhn su perplejidad ante el volumen y alcance de los desacuerdos existentes entre los científicos sociales, así como sobre los problemas y métodos científicos aceptados. En contraste con esta extraordinaria disparidad de criterios, las ciencias experimentales parecían convenir de forma unánime en el alcance y sentido de sus aportaciones. ¿Era el conocimiento de las ciencias experimentales realmente tan sólido e inquebrantable? Al indagar sobre esta cuestión, Kuhn descubre que esa «inmutabilidad» del conocimiento científico es, en alguna medida, aparente, pues los avances están profundamente condicionados por lo que Kuhn denomina «paradigmas». De modo que no existe un desarrollo lineal del conocimiento científico, sino que éste avanza y retrocede para revisar el conocimiento anterior al compás de las crisis que provocan los cambios de paradigmas. Los paradigmas son concebidos como «*la fuente de los métodos, problemas y normas de resolución aceptados por cualquier comunidad científica madura, en cualquier momento dado. Como resultado de ello, la recepción de un nuevo paradigma frecuentemente hace necesaria una redefinición de la ciencia correspondiente*»⁴. Por eso, toda mudanza de paradigma comporta una mutación profunda de la propia ciencia, que se ve compelida a revisar teorías, métodos y reglas, alterándose, consecuentemente, los criterios que determinan la legitimidad, tanto de los problemas como de las soluciones propuestas. Las hipótesis, elevadas a teorías de acuerdo con las reglas de un paradigma, pueden perder su crédito según las reglas del nuevo paradigma. La revolución científica entraña, por ende, una crisis que se sustancia en el cambio de paradigma⁵; es decir, que las condiciones de posibilidad del conocimiento científico dependen de paradigmas que pueden cambiar con el transcurso del tiempo. La «cientificidad» queda, con ello, preñada de «historicidad». El cambio de paradigma conlleva un proceso de «reconstrucción» del saber acumulado, que debe ser revisado para

³ Cfr. KUHN, T. S., Prefacio a *La estructura de las revoluciones científicas*, 7.^a reimpr., México, F. C. E., 1981, p. 13.

⁴ KUHN, T. S., *op. cit.*, p. 165.

⁵ Kuhn considera las revoluciones científicas como «aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en que un antiguo paradigma es reemplazado, completamente o en parte, por otro nuevo e incompatible» (KUHN, T. S., *op. cit.*, p. 149).

adecuar el conocimiento anterior a los apremios y exigencias del paradigma actual⁶. Con ello, los científicos se vuelven hacia el saber consolidado proyectando nuevos métodos y buscando en las teorías hasta entonces admitidas la raíz de su propia aceptación, como consecuencia de lo cual «durante las revoluciones los científicos ven cosas nuevas y diferentes al mirar con instrumentos conocidos y en lugares en los que ya habían buscado antes»⁷.

La obra de Kuhn pulveriza con agudeza algunos de los mitos sobre los que tradicionalmente han descansado las construcciones de la ciencia y pone de relieve la inestabilidad con la que la ciencia procede tanto en el planteamiento de los problemas como en la propia búsqueda de soluciones. Se pone de relieve, de esta suerte, que la «cientificidad» no es ajena a los procesos históricos y a los condicionantes de todo tipo que determinan la gestación de los fenómenos sociales, pues los paradigmas que establecen las condiciones de legitimidad del conocimiento científico han surgido históricamente en el seno de una sociedad determinada y son consecuencia de los procesos históricos en que esa sociedad se desenvuelve. Y esto quiere decir, ni más ni menos, que la propia ciencia está históricamente condicionada y que la pretendida inmutabilidad del conocimiento científico tiene mucho de desiderátum.

¿Qué conclusiones nos interesa extraer de un planteamiento de este tipo? Son varias: *a*) en primer lugar, el condicionamiento histórico-social de los paradigmas y, en consecuencia, del propio conocimiento científico, cuya naturaleza está en relación con las convicciones y criterios acuñados en una determinada tradición; *b*) en segundo lugar, y en relación con lo anterior, la caída del gran tótem de las ciencias experimentales: la pretensión de seguridad y de firmeza que acompaña al conocimiento científico. A partir de ahora esa firmeza es una imagen cultural, en el sentido de que está históricamente condicionada. La idea de inmutabilidad del conocimiento científico se desmorona en beneficio de una pretensión mucho más modesta de estabilidad del conocimiento; *c*) en tercer lugar, la obra de Kuhn pone el dedo en la llaga de la autosuficiencia de las ciencias experimentales que, hasta ahora, habían salido indemnes en la mayoría de las ocasiones de las especulaciones improductivas y esencialmente inseguras de las ciencias sociales y, no digamos, de la propia filosofía. Pues bien, a partir de ahora se pone de relieve que la ciencia no puede desarrollarse al margen del conocimiento social y de la filosofía, puesto que las aportaciones de estos saberes son de vital importancia para que la ciencia pueda abundar en el sentido y condiciones de los criterios de legitimidad de sus contribuciones; *d*) por último, esta idea conecta con la

⁶ Así, sostiene Kuhn, la transición de un paradigma a otro está lejos de ser un proceso de aceptación, sino que se trata más bien de un proceso de reconstrucción del campo a partir de nuevos fundamentos (Cfr. KUHN, T. S., *op. cit.*, p. 139).

⁷ KUHN, T. S., *op. cit.*, p. 176.

necesidad de superar esa visión provisoria y secundaria que pesaba sobre la filosofía, la cual, históricamente concebida como «*ancilla scientiarum*», parecía haber quedado como rehén de un conocimiento científico ante el cual debía postrarse en señal de veneración.

La obra de Kuhn, publicada en los primeros años de la década de los sesenta, constituye uno de los más sólidos empeños teóricos contra lo que Ortega y Gasset denominó «*terrorismo de laboratorio*»⁸: la dictadura de una ciencia pagada de sí misma que reaccionó airadamente contra el conocimiento filosófico, sojuzgando cualquier tentativa que fuera más allá de lo estrictamente empírico, negando a la filosofía su propia condición de saber general y omnicompreensivo —despectivamente calificada como metafísica— y constriñendo su función a la mera reflexión sobre el sentido y función de la ciencia. La filosofía postrada humildemente ante el monstruo bíblico de un saber endiosado, transfigurada en teoría del conocimiento⁹, que reniega de sus métodos para ir a sumergirse en una metodología positiva que todo lo anega: filosofía sólo para la ciencia y con métodos científicos. Al denunciar esta reducción científicista, Ortega proclama que la filosofía «*quedó aplastada, humillada por el imperialismo de la física y empavorecida por el terrorismo intelectual de los laboratorios*»¹⁰.

El saber filosófico, sin embargo, no puede quedar condenado a desempeñar una función secundaria respecto del conocimiento científico; eso sería tanto como limitar la propia capacidad del hombre para conocer más allá de los datos que proporciona la experiencia truncando con ello el potencial crítico de la Filosofía y su auténtico sentido, pues como atinadamente se ha indicado: «*La filosofía que se quiere “esclava” de la ciencia y que algunos consideran como la única posible, es una filosofía que renuncia a su verdadera tarea. No es inútil considerar críticamente los supuestos del conocimiento científico, pero es demasiado poco. La filosofía no puede reducir hasta ese punto su campo de acción*»¹¹. Esta actitud de desdén hacia el conocimiento filosófico, convirtiéndolo en disciplina auxiliar del saber científico, conduce, en últi-

⁸ La vida intelectual de Europa ha sufrido durante casi un siglo lo que Ortega denomina el «*terrorismo de los laboratorios*»: «*Agobiado por tal predominio, el filósofo se avergonzó de serlo; es decir, se avergonzó de no ser físico. Como los problemas genuinamente filosóficos no toleran ser resueltos según el modo de conocimiento físico, renunció a atacarlos, renunció a su filosofía contrayéndola a un *mínimum*, poniéndola humildemente al servicio de la física. Decidió que el último tema filosófico era la meditación sobre el hecho mismo de la física, que filosofía era sólo teoría del conocimiento*» (ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, Alianza, Madrid, 1998, p. 37).

⁹ Añade Ortega en otro lugar que precisamente ese rótulo daba nombre a la mayoría de las obras filosóficas publicadas entre 1860 y 1920 (ORTEGA Y GASSET, J., *op. cit.*, p. 40).

¹⁰ ORTEGA Y GASSET, J., *op. cit.*, p. 39.

¹¹ GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Notas para una crítica de la razón jurídica*, cit., p. 41.

ma instancia, a la negación de la propia filosofía¹², pues hay dos actitudes opuestas que producen este efecto: *a)* de un lado, el irracionalismo, que pugna contra los parámetros de racionalidad del conocimiento filosófico y exalta las pulsiones emocionales, el culto al arbitrio de una voluntad sin asimiento, para hundir de lleno el humano afán por conocer en las tierras cenagosas de un escepticismo ramplón; la filosofía trasmuta así su imagen para aproximarse al mito: un saber místico aunque secularizado, irracional, voluntarista, arbitrario y emotivo que, en su empeño por reaccionar críticamente contra las tendencias negativas del mundo y contra la propia dificultad de todo acto de conocer, acaba desembocando en el escepticismo; *b)* de otro, la emulación del conocimiento científico que ha caracterizado al pensamiento filosófico bajo la égida del positivismo que tiene su culminación en la negación de la filosofía, en cuanto que ésta va a absorberse en la ciencia: una filosofía acomplejada, avergonzada de su propia naturaleza de saber especulativo, que busca una seguridad aparente en los métodos positivos del conocimiento científico y que se diluye en la ciencia.¹³

Por eso, frente a esas visiones sesgadas del conocimiento filosófico que apenas aciertan a ver en la filosofía el palpito cansino, desfalleciente y tenue de un saber en estado terminal, creemos que las nuevas direcciones del pensamiento filosófico contemporáneo, a pesar de la necrofilia filosófica de que hacen gala los autores postmodernos, muestran la senda de una recuperación del sentido de la filosofía: un saber que no se agota porque su objeto es, en realidad, inabarcable, y es constitutivamente humano: la vocación intelectual, que todo ser humano encierra en su interior, por llegar a aprehender la totalidad, el universo, esa última verdad huidiza que se nos escurre entre los dedos cuando queremos atraparla. Es una perentoria necesidad humana que no puede ser saciada más que con la Filosofía, a pesar de sus miserias, a pesar de sus inseguridades.

Y es que el objeto de la filosofía trasciende la concreta realidad de un fenómeno determinado para desembocar en la reflexión global sobre el todo, una reflexión sin la cual los saberes parciales que construyen las ciencias experimentales carecen de sentido. Frente al método inductivo de las ciencias experimentales, la filosofía cuestiona,

¹² Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Mergablum, Sevilla, 1998, pp. 25-27.

¹³ Esa es la predicción que Augusto Comte aventura en su *Curso de Filosofía Positiva* cuando pronostica que la evolución progresiva de las civilizaciones y del desarrollo humano habrá de resolverse con la superación definitiva del estadio metafísico (una vez superado el estadio teológico anterior), por el estadio positivo, en el que todos los fenómenos podrían ser explicados a través de la observación de los hechos y sus causas, mediante un proceso empírico que sometería toda hipótesis a la verificación fáctica. En el estadio positivo, la filosofía dejaría de ser conocimiento especulativo para convertirse en filosofía positiva, contrastable empíricamente, esto es, en sociología en cuanto ciencia universal de la sociedad humana (COMTE, A., *Curso de Filosofía Positiva*, Buenos Aires, Aguilar, 1985).

problematiza, indaga, sirviéndose de un método apriorístico, sin que eso signifique que sus conclusiones no puedan gozar de una cierta medida de exactitud y veracidad, que puede ser alcanzada a través de la intuición racional, aunque sus conclusiones no gocen de la precisión y fiabilidad de las comprobaciones empíricas¹⁴.

La realidad misma en sus múltiples manifestaciones sólo puede ser comprendida a partir de una reflexión de naturaleza filosófica. Por eso, la ciencia, nos recuerda el maestro Ortega, no se basta a sí misma: su verdad, a pesar de ser exacta, es incompleta y penúltima. Como tal, responde al cuestionamiento de un problema concreto, lo cual confirma su carácter fragmentario, y muchos de los supuestos de los que parte se aceptan acríticamente. Por eso, Ortega distingue dos tipos de verdad: la científica y la filosófica. La primera es exacta pero insuficiente, la segunda, suficiente pero inexacta. Y Husserl, al tratar la diferencia entre el conocimiento científico y el filosófico, incide en el carácter esencialmente controvertido de las aportaciones de la Filosofía: frente a la verdad objetiva de una ciencia, cuyos postulados son generalmente aceptados, la precaria realidad de la filosofía luchando contra sí misma en un empeño denodado por establecer conocimientos que puedan ser aceptados: «Ningún hombre razonable –afirma– puede dudar de la verdad objetiva o, cuando menos, de la probabilidad objetivamente fundada de las notables teorías de la matemática y de las ciencias de la naturaleza ... De una especie totalmente distinta que la de la ciencia es la imperfección de la filosofía. No es que esta disponga de un sistema de doctrina imperfecto y que no sea incompleto más que en casos particulares, es simplemente que no dispone de ningún sistema. Absolutamente todo es controvertido aquí; cada toma de posición es materia de convicción particular, de interpretación de una escuela, de punto de vista»¹⁵. Esa inseguridad del conocimiento filosófico no invalida su inexorabilidad: la verdad filosófica, aunque imperfecta, es más radical que la científica puesto que ésta precisa irremisiblemente de la reflexión filosófica, pues, como sostiene el filósofo español, «donde acaba la física no acaba el problema; el hombre que hay detrás del científico necesita una verdad integral»¹⁶.

2. FILOSOFÍA, TEORÍA Y CIENCIA DEL DERECHO

2.1 La Filosofía del Derecho y la indagación sobre la Justicia

Es bien sabido que el concepto de filosofía del derecho es relativamente reciente en cuanto a su formación histórica, y también que su

¹⁴ Cfr. GARCÍA SAN MIGUEL, L., *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ HUSSERL, E., *La Philosophie comme science rigoureuse*, Paris, P. U. F., 1955, p. 52.

¹⁶ Cfr. ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, cit., p. 58.

alumbramiento se produce en el siglo XIX como reacción antimetafísica frente a la denostada trascendencia religiosa del viejo iusnaturalismo. La expresión se difunde por Europa a partir del primer tercio del siglo XIX: así, por ejemplo, las *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de Hegel son de 1821, la *Philosophie du Droit* de Lermnier, de 1831, las seis lecciones de Austin *The Province of Jurisprudence Determined*, subtituladas *A Philosophy of Positive Law*, de 1832, y la *Filosofía del diritto* de Antonio Rosmini, que fue publicada entre 1841 y 1843.

En su *Curso de Teoría del Derecho*, Martínez Roldán y Fernández Suárez desentrañan los antecedentes de esta inmersión científicista de la filosofía del derecho y de las ciencias sociales en general. El avance que durante el Renacimiento experimentaron las ciencias naturales, en contraste con la filosofía y con las ciencias sociales, tuvo consecuencias en el ámbito metodológico y dio pábulo a un fervor naturalista que exaltaba los métodos de las ciencias naturales como los únicos válidos y objetivos. Esta suerte de «cientificismo naturalista» propició la expansión de un método inductivo y generalizador, basado en la contrastación empírica de sus reglas obtenidas por vía inductiva a través de la contemplación de un número suficiente de casos¹⁷. Con el transcurso del tiempo, este fervor científicista acabaría invadiendo, merced a la irrupción del positivismo filosófico, todos los ámbitos del saber. Se denostan, entonces, los saberes especulativos que se batían en retirada ante las acometidas de una ciencia pagada de sí misma. La persecución del derecho natural era una consecuencia inevitable de esta actitud metodológica que condenaba a la metafísica a la condición de superchería y, en su lugar, surge un nuevo saber, imbuido de los métodos y procedimientos de la nueva filosofía positiva que trata de situar al derecho en el ámbito de los saberes plenamente científicos.

La «filosofía del derecho» surge así como empeño frente a las iniciativas iusnaturalistas y a sus pretensiones metafísicas: la filosofía del derecho como filosofía empírico-positiva, como negación de toda reflexión metafísica sobre el derecho: no hay espacio para la metafísica en el ámbito del derecho. De este modo, el nuevo saber supone una nueva manera de entender el derecho basada en la reivindicación del carácter esencialmente empírico del conocimiento jurídico y de la naturaleza histórica de la propia juridicidad¹⁸. Sin embargo, ese modo de entender el derecho y el conocimiento filosófico sobre el mismo con un sesgo marcadamente positivista sería superado tras la crisis del positivismo jurídico hacia 1870¹⁹. Tras el eclipse que el conocimiento

¹⁷ Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN, L., y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., *Curso de Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 49.

¹⁸ Sobre este particular, cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1979, p. 227.

¹⁹ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Murcia, Universidad de Murcia, 1986, p. 22.

propiamente filosófico sobre el derecho experimenta en las primeras décadas del siglo XIX, el pensamiento filosófico comienza a renacer cuando se adquiere conciencia de las dos limitaciones principales de la ciencia del derecho: la incapacidad de la ciencia jurídica para explicar los cimientos de su propio conocimiento y las ideas que trascienden al conocimiento dogmático que son las que le dan sentido; en palabras de Recaséns, el «más acá» y el «más allá» de la ciencia jurídica²⁰.

A partir del neokantismo, la filosofía del derecho deja de ser concebida como concepto histórico, en su sentido exclusivamente positivo o empírico, y se convierte en un saber general con una significación más amplia y flexible. Desde ese momento, la filosofía del derecho comienza a comprender en su ámbito problemas que no tenían cabida en la filosofía jurídica del positivismo, cuestiones que resurgen ahora en el seno del nuevo saber pero que habían sido abordadas históricamente por el viejo derecho natural. El núcleo temático de la filosofía del derecho se amplía así hacia problemas que hasta ese momento se habían considerado por el positivismo ajenos al propio derecho; temas que atañen, fundamentalmente, a la teoría de la justicia y a esa misión crítico-valorativa que secularmente había desempeñado el derecho natural. De este modo, la filosofía del derecho viene a constituirse como una versión moderna de la tradicional *iuris naturalis scientia*, con una significación más amplia y flexible.

Por eso, cuando nos preguntamos por el contenido temático de la filosofía del derecho surge una primera pregunta a la que hay que dar respuesta: ¿cómo concebimos a la filosofía del derecho?: ¿como un saber limitado a los datos empíricos que proporciona la experiencia? ¿Un saber positivo cuya virtualidad no sería otra que el análisis de los datos sensibles? ¿O acaso la filosofía del derecho debe ir más allá de la propia experiencia sensible para plantear cuestiones que la trascienden? ¿Cuál es el contenido temático de la filosofía del derecho?

La respuesta que se ha dado a estas preguntas a lo largo del tiempo evidencia una disparidad de criterios generalizada acerca del contenido y alcance de la disciplina; disparidad que se manifiesta en los manuales y en los textos que habitualmente se usan para el estudio de las materias iusfilosóficas, en los que se pueden apreciar discrepancias profundas en las orientaciones metodológicas y en la configuración temática de nuestra disciplina. Esta dispersión provoca una crisis profunda de identidad de la propia disciplina, cuyos contornos aparecen frecuentemente difuminados para ir a confundirse bien con la sociología, bien con la filosofía general o bien con la propia ciencia del derecho.

Es frecuente que en la base de esta preocupante dispersión temática esté la persistente actitud de los iusfilósofos que insisten con contumacia en construir teorías al margen de la realidad social: bellos edifi-

²⁰ Cfr. RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., México, Porrúa, 1970, pp. 10-11.

cios teóricos en cuya contemplación se agota todo goce, una autocomplacencia intelectual cuya utilidad no es otra que proporcionar un placer efímero; y es que, como señala Prieto Sanchís, a menudo los filósofos del derecho huyen de la reflexión crítica sobre el propio derecho y se refugian en alguna suerte de construcción intelectual ajena a lo jurídico²¹. Por eso, la filosofía del derecho que preconizamos debe hundir sus raíces en la realidad: una filosofía del derecho que no permanezca ajena a las necesidades reales de los hombres concretos, que no abdique de su potencial crítico y que no reniegue de la posibilidad de construir un mundo más justo; una filosofía del derecho preocupada por el hombre en su radical historicidad, por sus condiciones materiales de vida y por la propia posibilidad de pervivencia de la especie; una filosofía del derecho orientada hacia la transformación de la realidad, teniendo como objetivo último la plena emancipación humana. En los tiempos actuales, la reflexión iusfilosófica debe abordar las cuestiones candentes que afectan a la propia posibilidad de una existencia humana digna, superando los angostos límites de un academicismo estéril. La filosofía del derecho de nuestro tiempo no puede perder de vista el horizonte de la justicia, de los derechos humanos y de la reflexión global sobre el conjunto de problemas que amenazan a la humanidad como especie. La filosofía del derecho debe incorporar nuevas dimensiones de análisis de lo jurídico, dimensiones que nos permitan comprender esta realidad cambiante de un mundo que se está tornando cada vez más complejo y que precisa del aliento de una reflexión filosófica de carácter global, si pretendemos evitar que estalle ante nuestros ojos en una miríada irreconocible de fragmentos minúsculos. Una filosofía del derecho que tiene que avanzar sin dilación hacia la solución de nuevos problemas de magnitudes insospechadas que nos acucian y nos aturden. Sin sacrificar el rigor académico, la filosofía jurídica de nuestro tiempo tiene que comenzar a abordar con premura cuestiones que no pueden seguir siendo soslayadas: cuestiones que tocan de lleno la línea de flotación de nuestro mundo y del paradigma jurídico que ha jalonado el discurrir de nuestra era.

La crisis del derecho exige respuestas inmediatas y, en alguna medida, urgentes, bien entendido que toda reflexión intelectual rigurosa precisa indispensablemente de una importante dosis de serenidad; pero también es cierto que los problemas que la humanidad tiene planteados no admiten demora: cada día nuestra realidad está siendo pulverizada por otra realidad emergente, que irrumpe con violencia para trastocar nuestra comprensión del mundo. A cada momento las instancias de lo jurídico se multiplican y se difumina el poder del derecho para revertir algo de racionalidad sobre un mundo dominado por la eficacia de un capitalismo transnacional que hace ya mucho tiempo que se desbordó; problemas de un poder económico que escapa a todo control y que va

²¹ PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, p. 592.

dejando a su paso un reguero interminable de sufrimientos; problemas que acucian ante la realidad descarnada del capitalismo transnacional, cuya utopía desarrollista resulta cada vez más insostenible, problemas que atacan a la continuidad de la especie (cuestiones medioambientales o bioéticas, p.e.) y que no sólo están minando nuestra cosmovisión, que comienza a tambalearse ante sus embates, sino que amenazan seriamente el futuro de la humanidad. Miles de problemas que se agolpan esperando respuestas que no pueden llegar mientras no cambiemos los moldes de un saber jurídico que ya quedó desfasado. No podemos seguir arrojando los problemas al vertedero, es urgente comenzar ya, hoy, cuanto antes, a dar respuestas. Estamos con Warat cuando afirma que es necesario incorporar un plus de ética, de estética y de justicia a nuestra comprensión del derecho, pues las viejas concepciones sistémicas han quedado ya superadas: «*En términos de filosofía del Derecho ya no es suficiente preocuparse por las normas desde ángulos sistémicos, denunciar el dogmatismo jurídico por sus presupuestos mágicos o tratar de explicar semiológicamente los mecanismos de la interpretación de la ley. Tampoco es suficiente ver al Derecho como expresión del Estado. Hay un “plus” ignorado en todos estos intentos que es necesario desmenuzar. Un “plus” altamente complejo. Una exigencia de ética, de justicia y de estética que no puede ser simplemente reducida a la instancia instituida del Derecho. Hay un “plus” de ética, de justicia y de estética que tiene que ser referido a los (no)lugares a los que están siendo condenados lo social, lo político y lo subjetivo en el fin de milenio*»²².

2.2 Filosofía y Ciencia del Derecho

En pleno fervor codificador, cuando el purismo metodológico se enseñoreaba en los foros académicos de la Europa del XIX, VON KIRCHMANN alzó su voz con contundencia para cuestionar la propia razón de ser de eso que se autodenominaba «Ciencia del Derecho». Su alegato no cayó precisamente en el olvido y fue replicado con la reacción airada de aquellos que, enojados por tamaña ofensa, no acertaban a ver más allá del código y de sus principios pretendidamente universales. La ciencia, aherrojada, vituperada, cuestionada en su propio estatuto epistemológico, precipitada a las tierras inhóspitas de lo temporal, de lo particular y contingente, despojada de su más preciada etiqueta, una vez desvanecida la falsa imagen de su pretendida autonomía, inquilina desahuciada de la finca que creía en propiedad. La ciencia del derecho, reducida a mera técnica de resolución de conflictos, compareciendo ante el tribunal de su propia autosuficiencia.

²² WARAT, L. A., *¿Por quién cantan las sirenas? Informe sobre Eco-ciudadanía, Género y Derecho. Incidencias del barroco en el pensamiento jurídico*, Florianópolis, U.N.O.É.S.C./U.F.S.C., 1996, p. 136.

Tengo para mí que Von Kirchmann, seguramente sin saberlo, prestó algún servicio a la ciencia del derecho, porque la obligó a bajar de su pedestal, a justificar y a justificarse, a ser consciente de su propia precariedad y a sumergirse en el proceloso mar de su estatuto epistemológico. Una cura de humildad para la petulante altanería del jurista dogmático, encerrado en el caparazón doctrinal de un conceptualismo hueco y empeñado en la labor quijotesca de luchar contra molinos de viento: la pretensión de pureza metodológica de la jurisprudencia en su esfuerzo por reivindicar su autonomía científica, que sólo podía conducir a la paradoja de su insostenibilidad: una ciencia sin raíces y sin fundamento.

Para salvar el círculo vicioso de un científicismo decadente, la ciencia del derecho tuvo que ir más allá de aquellos confines que tan escrupulosamente había delimitado, buscando, explorando, «filosofando», en suma, sobre la condición de posibilidad de su propia existencia. Como un perro que sana sus heridas, dolorido y consciente de su vulnerabilidad, la ciencia del derecho se vio obligada a salir de sí misma para hacer teoría de la ciencia del derecho, reparando, en primer lugar, en la extraordinaria mutabilidad de su objeto de estudio y en su condición diferenciada respecto a las ciencias experimentales; en segundo lugar, en la importancia de proporcionar fundamentos epistemológicos sólidos a un conocimiento cuya científicidad se cuestiona, y por último, en la interconexión de las ciencias humanas y de los distintos saberes sobre el derecho. Hubiera sido deseable que a partir de entonces la ciencia del derecho dejase de considerar a la filosofía jurídica con una actitud decididamente despectiva, pues, a pesar de que la denuncia de Von Kirchmann vino a apaciguar la soberbia recalcitrante de una ciencia entronizada en sus dogmas y sirvió para tender puentes entre la ciencia y la filosofía del derecho, aquella seguía resistiéndose a reconocer su propia precariedad.

Durante algunas décadas, la ciencia del derecho continuó reconociendo en la filosofía jurídica una suerte de hermana menor a la que había que tutelar, o peor, una cenicienta cuya vocación servil no podía ser cuestionada. Anclada en una permanente minoría de edad, la filosofía del derecho quedaba condenada a ejercer una labor residual con respecto a la ciencia jurídica: sólo allí donde no cabía conocimiento científico tenía sentido la contemplación filosófica, y sólo en la medida en que ese conocimiento filosófico pudiera resultar útil para la ciencia. Además, confinada en la torre de un saber blindado contra la especulación, la filosofía hubo de expiar sus excesos metafísicos abdicando de sus métodos y asumiendo las exigencias de los métodos científicos, que demandaban la contrastación empírica de los datos y el recurso al método inductivo.

Sin embargo, entre 1870 y 1890 se produce un renacimiento de la filosofía jurídica, al constatarse cómo los estudios jurídicos –dramáticamente limitados por las exigencias del positivismo– ofrecían un paisaje caótico y desolador. Cada ciencia, encerrada dentro del palacio de cris-

tal del formalismo conceptual, trataba de explicar por sí misma fenómenos generales sin trascender más allá de sus angostos límites y proporcionando un panorama fragmentado del derecho, con construcciones no sólo divergentes sino opuestas entre sí. Fruto de esta dispersión en cuanto a la elaboración de soportes teóricos de las dogmáticas particulares, se adquirió conciencia de que hay cuestiones que no pueden ser abordadas desde la óptica de una particular disciplina jurídica, sino que precisan un enfoque global de carácter filosófico. Por otra parte, la insuficiencia del positivismo hizo que se plantearan cuestiones que con anterioridad se consideraban ajenas al derecho, aspectos de axiología que constituyeron también un importante bloque temático en el renacer de la filosofía del derecho. Este giro en las construcciones doctrinales vino a poner de relieve el papel que cumple a la reflexión filosófica sobre el derecho: un papel que no puede considerarse subordinado ni secundario. Y es que la crisis del positivismo había servido para constatar el carácter insuficiente y fragmentario de la propia dogmática. Más allá de las elaboraciones conceptuales, allí donde el conocimiento «científico» del Derecho terminaba, había un terreno que era necesario explorar, utilizando también métodos distintos, pues, así como las ciencias proceden por vía inductiva a obtener relaciones causales que expliquen los fenómenos, proporcionando así un conocimiento seguro de la realidad, la filosofía proyecta sobre la realidad que se trata de conocer una metodología distinta, esencialmente problematizadora, para captar su objeto de otra forma, proyectando un modo de razonamiento ajustado a la explicación última del derecho y a la aprehensión problemática no sólo de su significado, alcance y naturaleza, sino también del fundamento de los conceptos, principios, categorías e instituciones que lo componen: una contemplación global de lo jurídico desde una perspectiva unitaria que nos permita rescatar al derecho del abismo formalista y conceptual. Y todo ello remite a la dimensión crítico-valorativa del derecho: el análisis de la realidad para desentrañar cuáles son los fines a los que sirve, un cedazo que nos permite discernir la legitimidad del derecho positivo; la normatividad jurídico-positiva compareciendo ante el tribunal de la razón.

Por eso, la filosofía del derecho no puede quedar relegada a una función exclusivamente subordinada, pues proporciona una perspectiva distinta de la realidad jurídica sin la cual el conocimiento científico queda en entredicho. La ciencia del derecho zozobra sin un análisis de su propia condición de posibilidad desde una perspectiva global (aspectos lógicos, epistemológicos y gnoseológicos); sin embargo, esta función, con ser relevante, no es la única que compete a la iusfilosofía, pues además de ello el derecho necesita imperiosamente de un juicio de legitimidad que sitúe el derecho positivo en el encuadre teleológico en el cual se inserta toda acción humana reflexiva y consciente.

Queda con ello apuntado el camino de la interdisciplinariedad de lo jurídico y de la interconexión de los diversos saberes sobre el derecho, pues si a la ciencia le corresponde el estudio de las relaciones

causales entre los fenómenos estableciendo las conexiones entre ellos²³, a la filosofía se le atribuye la indagación de las causas últimas y de la esencia del objeto, orientada hacia una explicación sobre su finalidad, origen y fundamento. Saberes complementarios que se precisan mutuamente, cuya distinta metodología es, precisamente, la piedra de toque de su continuidad lógica y gnoseológica.

Hay que superar, por tanto, esa suspicacia antifilosófica que, como un residuo de un legalismo que se resiste a ser desplazado, permanece aún escondida entre los ropajes de la ciencia jurídica y que históricamente ha dado lugar, en palabras de Reale, a un «*divorcio entre los filósofos y los juristas*»²⁴, que se concreta en un aislamiento radical de ambos saberes. La mayoría de los juristas, indica el profesor brasileño, se mantienen aún fieles al espíritu de la pasada centuria pues, en general, el derecho es para ellos norma y nada más que norma²⁵. Así, los científicos del derecho se refugian en el análisis dogmático de los preceptos legales y con una buena dosis de autocomplacencia se limitan a cultivar con destreza la técnica jurídica y a pergeñar elaboraciones conceptuales, prescindiendo del diálogo interdisciplinar y despreciando las aportaciones de la filosofía del derecho y de otras ciencias sociales; por otra parte, los filósofos del derecho se encierran en el abstracto mundo de sus elucubraciones teóricas, prescindiendo de toda referencia jurídica concreta y, distanciándose de la experiencia del derecho vigente y de los mecanismos que lo hacen efectivo en la vida social, van a desembocar en el inabarcable mar de los principios abstractos, apriorísticos y universales. En pleno furor de recíproco aislamiento no han faltado «*actitudes incluso extremas, aunque afortunadamente excepcionales, vanagloriándose el filósofo enfáticamente de la inutilidad de sus investigaciones para el jurista y el jurista viendo, a su vez, en la Filosofía del Derecho un simple adorno o complemento humanístico para la Ciencia del Derecho, que debía ser positiva en sus orígenes, en sus métodos y en sus fines*»²⁶.

²³ En el ámbito de las ciencias sociales suelen considerarse como factores determinantes de la propia científicidad, los siguientes: a) la *objetividad*, dato éste que se centra en la lucha por eliminar la arbitrariedad del campo del saber; b) la *verificabilidad*, pues no resulta posible hacer «ciencia» si no existe la posibilidad de una contrastación empírica; c) la *previsibilidad*, pues las ciencias sociales, sin desconocer la libertad humana, deben aspirar a avanzar hipótesis sobre el futuro desarrollo de los fenómenos sociales en base a las leyes de causalidad histórico-social; d) la *sistematización*, exigencia según la cual el conocimiento debe estructurarse sistemáticamente de acuerdo con unos principios básicos que determinen su articulación racional; e) la *estabilidad*, pues a pesar de la mutabilidad de los fenómenos sociales y de su carácter eminentemente dialéctico, el conocimiento debe aspirar a lograr formulaciones perdurables que gocen de una cierta firmeza y certidumbre (Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Sevilla, Mergablum, 1998, pp. 129-130).

²⁴ REALE, M., *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 27 ss.

²⁵ REALE, M., *op. cit.*, p. 34.

²⁶ REALE, M., *op. cit.*, p. 29.

La ciencia jurídica aparece así profundamente marcada por la permanencia de su paradigma epistemológico. Se trata, como ha advertido Hernández Gil, de una ciencia tradicional que está pendiente de una transformación: la sustitución definitiva del viejo y ya caduco paradigma del positivismo legalista que pugna denodadamente por permanecer. Esta tarea precisa de la aportación de la filosofía del derecho para señalar el camino de la renovación epistemológica y metodológica. Ante esta realidad, el científico del derecho registra dos actitudes: el de los resignados que, sabedores de la insuficiencia del viejo paradigma, se conforman con su angostura y precariedad, y el de los disconformes, que apuestan por una renovación profunda de los métodos de conocimiento y buscan su transformación. De estos dos grupos —añade Hernández Gil— sólo el segundo tiene horizonte.

En la época del vértigo de un mundo frenético, tornadizo y cambiante se hace necesario salir de la estricta compartimentación de los saberes para reivindicar su radical complementariedad, de suerte que la ciencia del derecho de nuestro tiempo no puede permanecer por más tiempo al margen de la realidad social en la cual está inmersa: los condicionamientos sociales, políticos, económicos, éticos y culturales que inciden inevitablemente sobre la gestación del derecho positivo y determinan el curso de las aportaciones científicas sobre el derecho. ¿Puede la ciencia jurídica, a riesgo de hipotecar su propia cientificidad, soslayar estas realidades? ¿Acaso es posible un conocimiento objetivo, aséptico y neutral sobre el derecho como un objeto ajeno al sujeto cognoscente? Si el acto de conocimiento implica subjetivamente al agente que conoce y si el propio Derecho se genera en el curso de una vida social activa y en continua evolución ¿cómo es posible que la ciencia que sobre él se elabore permanezca ajena a las circunstancias que determinan el propio discurrir de las normas jurídicas?

Y es que, como en otro lugar ya he apuntado, «*Frente a la aspiración legítima pero inalcanzable de un derecho químicamente puro, un producto de laboratorio aislado de la sociedad en la que se genera, la nueva teoría jurídica debe reivindicar la necesidad de un diálogo permanente del derecho con otras disciplinas, con otros saberes: un derecho sin dogmas, permeable, abierto al cambio y la innovación, un derecho heteropoiético que abdique de la petulante autosuficiencia con que intentaron revestirlo. El fenómeno jurídico como algo multidimensional no puede permanecer aislado de la sociedad, de la cultura, de la política, de la economía, no puede vivir al margen de las innovaciones tecnológicas ni rehuir los enfoques interdisciplinares. La teoría jurídica de nuestro tiempo si quiere seguir siendo jurídica tendrá que ser una teoría impura del derecho*»²⁷.

Emerge así la necesaria relación de interdependencia y complementariedad de ambos saberes, de modo que ambas perspectivas se

²⁷ JULIOS-CAMPUZANO, A. de, *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2000, p. 302.

consolidan y enriquecen mutuamente, ampliando el horizonte de la propia reflexión sobre el derecho que abarca ahora no sólo el dato positivo estricto y las correlativas categorías y elaboraciones conceptuales, sino también el análisis de los hechos sociales y de las causas últimas de los fenómenos jurídicos en aras de la depuración del *ius condito* por el *ius condendum*.

Apostamos así por una visión interdisciplinaria de lo jurídico abierta a las nuevas aportaciones de las ciencias sociales y a otros campos del saber, una visión del derecho en íntima e inescindible relación con la vida humana y con la sociedad en la cual se genera, una visión que se pretende global, totalizadora y unitaria, superadora de las visiones parciales que tanto éxito han alcanzado históricamente y cuya precariedad ha sido también históricamente demostrada. Filosofía y ciencia del derecho cumplen papeles distintos: la primera, trascendiendo la experiencia pero sin prescindir de ella, para buscar el razonamiento problemático sobre lo jurídico, allí donde la mutabilidad del *ius in civitate positum* exige la búsqueda de los elementos perennes de la juridicidad; la segunda para sistematizar, ordenar, analizar y conceptualizar los datos concretos de la experiencia jurídico-positiva, poniendo el derecho y la propia técnica jurídica al servicio de los fines previamente dilucidados en la investigación iusfilosófica.

2.3 Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho

Al ocuparnos de la estructuración temática de la filosofía del derecho hemos visto que existe un acuerdo más o menos general en situar a la teoría del derecho como una de las dimensiones de la reflexión iusfilosófica. Concretamente, a la teoría del derecho le correspondería el estudio de las normas positivas desde la óptica intrasistemática de su validez. Parece conveniente, a la vista de lo anterior, abordar en los párrafos que siguen algunas cuestiones en relación con la teoría del derecho: en primer lugar, ¿es la Teoría del Derecho algo sustancialmente distinto de la ciencia del derecho o dogmática jurídica?; en segundo lugar, ¿son conceptos equivalentes la teoría del derecho y la teoría general del derecho? Si no lo son ¿en qué se diferencian?; por último, ¿es la teoría del derecho una parte temática de la filosofía del derecho? ¿Cuál es su alcance y contenido?

En definitiva, nos proponemos ahora considerar el estatuto epistemológico de la teoría del derecho, para lo cual nos parece oportuno partir de las siguientes consideraciones:

a) El recurso a la teoría del derecho debe entenderse dentro de las coordenadas de una concepción integral del derecho, en el sentido avanzado por la teoría tridimensional. Esto quiere decir que la teoría del derecho aspira a superar las visiones parciales, reduccionistas y unilaterales que han abundado en la historia del pensamiento jurídico y que han querido encerrar todo el derecho en el reducido ámbito de

uno de sus aspectos, ya sea éste el derecho positivo, la ley natural o la facticidad de las relaciones sociales. Por eso, el concepto de teoría del derecho debe estimarse como un concepto totalizador frente a la ciencia del derecho o dogmática jurídica, cuyo cientificismo se construyó desde el prurito de su pureza metodológica y la consideración sesgada del fenómeno jurídico. Frente a la proyección *tout court* de la razón científico-matemática y la aplicación de los métodos de las ciencias empíricas, la teoría del derecho recaba una contemplación científica del fenómeno jurídico, desde las exigencias de una razón práctica que, sin abdicar de la científicidad de su tarea, se compromete con la naturaleza eminentemente social de lo jurídico. Así, frente al rigor formal, a la neutralidad y a la pureza metodológica, la teoría del derecho reivindica la incorporación de nuevas metodologías al análisis de lo jurídico cuya científicidad no se construya en perjuicio de la interdisciplinariedad y la transversalidad inmanente de lo social. La impugnación de esa vacua pretensión de neutralidad en la que la ciencia jurídica quiso refugiarse distingue también a la teoría del derecho, por cuanto que ésta se constituye acogiendo las denuncias de las teorías críticas sobre los presupuestos ideológicos y la función social de los enunciados normativos y de las correspondientes elaboraciones conceptuales.

b) Sabido es que la teoría general del derecho surge en el contexto del pensamiento jurídico alemán del siglo XIX como alternativa del positivismo jurídico a la filosofía del derecho; un saber centrado en las elaboraciones conceptuales y en la sistematización de los datos del derecho positivo, que abandona voluntariamente el análisis del contenido y función de las normas e instituciones para centrarse en el estudio de su estructura lógica. Frente a él, la teoría del derecho pretende religar el empeño conceptualizador con la práctica jurídica, incorporando así la dimensión regulativa de las conductas al análisis y conceptualización del derecho. La teoría del derecho reviste importancia por cuanto supone la apertura del análisis normativo a dimensiones distintas de la pura positividad. Se amplían entonces los estrechos límites de la teorización jurídica y se incorporan dimensiones sociológicas, antropológicas, lingüísticas, etc.

c) Desde un enfoque comprensivo de la experiencia jurídica la teoría del derecho se configura como un marco genérico amplio, abierto y flexible en el que se pueden encuadrar los principales empeños de teorización sobre la realidad jurídica desde una perspectiva científica. Justamente, es esta dimensión científica la que la diferencia de la filosofía del derecho, cuya dimensión crítica y deontológica le confieren los rasgos propios de una teoría de la justicia en cuanto sistema de legitimidad de las normas jurídico-positivas desde el punto de vista axiológico, función que secularmente ha desempeñado la doctrina del derecho natural. Por otra parte, según se desprende del R.D. 1424/1990, la denominación de teoría del derecho aparece diseñada con unos contenidos amplios que permiten la consideración flexible de su estructura temática: una disciplina en la que la contemplación estrictamente

normativa del derecho quedaría superada en beneficio de visiones interdisciplinarias sin duda más enriquecedoras y en la que la proyección de las dimensiones sociológica y axiológica ensancha de forma significativa su propio ámbito temático. La teoría del derecho se nos presenta, entonces, como un proyecto superador de las visiones unilaterales y fragmentarias que limitaban el análisis del derecho a un aspecto de la juridicidad soslayando la multidimensionalidad del fenómeno jurídico. Esta determinación normativa consolida la contemplación de la teoría del derecho desde una perspectiva tridimensional en la que tendrían cabida tanto las implicaciones científicas de la experiencia jurídico-positiva, como las exigencias axiológicas que deben guiar a la concreta normatividad y los condicionamientos sociales derivados de la vigencia de las normas²⁸.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

La visión de la filosofía del derecho desarrollada en las páginas precedentes nos conduce coherentemente a una estimulante contemplación de la iusfilosofía como filosofía de la experiencia jurídica: una filosofía del derecho que intenta religar así teoría y práctica, huyendo tanto del apriorismo de las construcciones generales y abstractas del filósofo-jurista como de la falta de perspectiva global y del excesivo casuismo en los que suelen naufragar los juristas-filósofos. Una contemplación global del fenómeno jurídico en su radical integridad debe huir de la tentación de entregarse sin más a las seducciones del apriorismo y del casuismo. La filosofía del derecho, como aspiración comprensiva de la realidad jurídica en el complejo de las realidades huma-

²⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. *et alii*, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 45. En cuanto a los contenidos de la Teoría del Derecho, aunque aparecen delimitados genéricamente en el R.D. para la reforma de planes de estudios, no nos resistimos a realizar una enumeración de materias más detallada, siguiendo para ello la clasificación temática realizada por Peces-Barba. El interés de esta nueva nomenclatura reside principalmente en la conceptualización flexible de la teoría del Derecho, cuyos contenidos exceden del rígido normativismo de las visiones legalistas estrechas para incorporar nuevas perspectivas de análisis del sistema normativo desde las dimensiones valorativa y sociológica. Para el catedrático de la Universidad Carlos III, la teoría del derecho comprende un amplio elenco de cuestiones referidas al establecimiento del concepto de Derecho, que exponemos sucintamente a continuación: la crítica de la dogmática jurídica; las relaciones entre derecho y poder, con alusión especial al fundamento último de la validez del derecho; el contenido material del derecho; el derecho como ordenamiento; el deber de obediencia al derecho, su fundamentación y la posibilidad de resistencia a la norma injusta; la estructura y función del derecho; los conceptos fundamentales del derecho; la distinción de otros órdenes normativos, como la moral o las reglas del trato social (Cfr. PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1984, pp. 265-279).

nas, tiene que abrir perspectivas hacia una contemplación global y dinámica de lo jurídico. Global, porque se trata de huir de los reduccionismos, de la contemplación parcial del derecho y de la observación fragmentaria de sus aspectos como realidades independientes, visión global que aspira a concentrar el derecho como algo unitario, sin compartimentos estancos, en la que se supere definitivamente esa identificación exclusiva de lo jurídico, bien con la dimensión normativa, bien con su efectiva concreción práctica, o bien, por último, con la estricta normatividad del valor. Y dinámica, porque el Derecho no es un producto dado de una vez y para siempre, una construcción estática al margen de los anhelos y aspiraciones de la sociedad, ni una construcción inmutable, intemporal, impermeable a las concretas circunstancias históricas que interactúan en la sociedad en la que emerge. El dinamismo de lo jurídico evoca la idea de la interdisciplinariedad, de la interconexión de los saberes, del condicionamiento recíproco que opera en la práctica social entre elementos éticos, políticos, culturales, económicos e incluso religiosos. El derecho no está al margen de ello y las dimensiones de lo jurídico no operan aisladamente entre sí, al contrario, se condicionan mutuamente: el derecho incide sobre lo social pero lo social determina también al propio derecho, de suerte que la evolución continua de las formas de vida tiene su trasposición en nuevas categorías, conceptos y principios que se incorporan a la juridicidad.

Ese es el sentido de la invocación a la experiencia jurídica como lugar de encuentro para aquellos que persiguen una filosofía del derecho global y dinámica que abandone las visiones reduccionistas, parciales y fragmentarias y las concepciones estáticas sobre lo jurídico: aquellas que hicieron del derecho una realidad meramente postulada en un conjunto de principios abstractos sin reflejo alguno en la vida social, o aquellas otras que, envanecidas por la pureza de su método, terminaron por convertir al derecho en una elaboración químicamente pura, un producto de laboratorio que nada tenía que ver con el conglomerado de inquietudes, intereses y creencias que marcan el curso de los procesos históricos y de la evolución social. La filosofía de la experiencia jurídica articula así un empeño teórico notable surgido de la preocupación por vincular la especulación filosófica sobre el derecho a las concretas circunstancias en que se desenvuelve la experiencia jurídica en su totalidad, no en su dimensión estrictamente sociológica o normativa, sino comprendiendo también el complejo entramado de elementos que determina la evolución de los valores y de la sociedad.

Se trata de una estimulante apuesta teórica surgida en la filosofía jurídica italiana con aportaciones decisivas de autores como Capograssi o Piovani, a la que posteriormente se ha sumado el brasileño Miguel Reale. En nuestro país esta concepción de la filosofía del derecho ha arraigado a través de las aportaciones del profesor Pérez Luño con perfiles propios que le otorgan especial brillantez. Una propuesta a la que nos sumamos por cuanto representa un empeño original y

hasta ahora no superado por implementar en la filosofía del derecho los distintos aspectos de una comprensión global de lo jurídico cuyo valor principal reside en la vinculación entre teoría y praxis. La experiencia jurídica como fuente de la reflexión filosófica vincula la iusfilosofía a los datos emanados de la experiencia pero sin que esta actitud se traduzca en un empirismo pacato y conformista, antes bien la propia experiencia jurídica que trasmite una profunda permeabilidad de lo axiológico exige que la reflexión trascienda hacia una superación de los reduccionismos, hacia una contemplación del derecho como fenómeno global cuya integridad invita a ir más allá de la propia experiencia, de modo que, fruto de esa reflexión, se conjuren los riesgos de un casuismo excesivamente apegado a los datos concretos.

A partir de esta consideración de la reflexión iusfilosófica como reflexión global sobre la juridicidad, contemplada en su radical integridad, podemos establecer, siguiendo al profesor Pérez Luño²⁹, algunas premisas en torno al alcance y sentido de este posicionamiento teórico:

a) En primer lugar, la reflexión filosófico-jurídica remite a una realidad compleja, profundamente relacionada con otros factores (sociales, económicos, políticos o éticos) que condicionan e intervienen en su concreta formulación en una determinada sociedad. La consideración integral, crítica y comprensiva del fenómeno jurídico reenvía necesariamente a estos aspectos, sin los cuales resultaría imposible captar en su totalidad la praxis histórico-social en la que el Derecho se inserta.

b) Los presupuestos de la filosofía de la experiencia jurídica exigen una contemplación global del derecho, objetivo que resulta contradictorio respecto a las concepciones reduccionistas o unilaterales que limitan el alcance de la reflexión a una de sus notas características (hecho social, norma o valor).

c) La filosofía del derecho que se asienta sobre la filosofía de la experiencia jurídica se construye a partir de la ponderación de los datos proporcionados por la experiencia. La naturaleza filosófica de su conocimiento no le hace olvidar el carácter histórico de su objeto y su vinculación específica con una determinada sociedad y un concreto momento. Ignorar esto es, para la filosofía de la experiencia jurídica, algo inadmisibles. Por eso, esta posición está reñida con las actitudes idealistas, apriorísticas y dogmáticas que pretenden insertar el derecho en los esquemas predeterminados de una construcción filosófica realizada al margen de la experiencia. Este dato resulta de vital importancia para la determinación de una concepción axiológica pues, como

²⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones...*, cit., pp. 88-98 y 175-176. La consideración de la filosofía del derecho como filosofía de la experiencia jurídica es seguida, a partir de la contribución del profesor Pérez Luño, por E. Fernández (Cfr. FERNÁNDEZ, E., *Estudios de Ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, pp. 24-26).

indica el profesor Pérez Luño, la filosofía de la experiencia jurídica implica un rechazo de las teorías «*que sitúan los valores en el firmamento de las esencias abstractas, inmutables y absolutas*»³⁰.

d) Finalmente, la filosofía de la experiencia jurídica, por cuanto supone un importante empeño teórico por insertar al Derecho en el complejo de las realidades humanas, está en antítesis con las posiciones científicistas que aíslan el derecho del entorno social en el cual se produce. Por eso, frente a la tentación de reducir todo conocimiento a un conocimiento exclusivamente científico y frente a esa proclividad incorregible hacia la reducción del derecho a una mera técnica de resolución de conflictos, la filosofía de la experiencia jurídica reivindica el valor del conocimiento filosófico frente a las tendencias absolutizadoras de un científicismo fosilizado, decadente, yermo y estéril.

De esta suerte, la experiencia jurídica actúa como elemento aglutinador de la reflexión filosófica sobre el Derecho, ofreciendo una perspectiva unificadora que salve la dispersión caótica de la multiplicidad de enfoques parciales. Una vía para la armonización de la ingente variedad de cuestionamientos filosóficos en torno al derecho, superando la estrategia aislacionista de los distintos saberes y de los diversos enfoques metodológicos para articular un lugar de conciliación desde el que pensar el derecho: la experiencia jurídica como catalizador de la miríada de aspectos en que se resuelve el conocimiento iusfilosófico y como confluencia de los enfoques parciales sobre lo jurídico en una unidad de relativa armonía. A decir del profesor Pérez Luño: «*La Filosofía del Derecho en su variedad temática, y la Ciencia jurídica en su estructura pluralista, deben coincidir necesariamente, si son cultivadas con autenticidad, en las concretas determinaciones de la experiencia jurídica. [...] Esa es la tarea que, precisamente, está llamada a cumplir una Filosofía de la experiencia jurídica que, en cuanto discurso racional, crítico y globalizador supere las ópticas particulares de las ciencias jurídicas, o de aquellas perspectivas filosóficas (idealistas, neopositivistas, sistémicas...) que se traducen en aproximaciones reductivistas y unilaterales al Derecho*»³¹.

Recepción 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

³⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones...*, cit., p. 90.

³¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones...*, cit., pp. 175-176.

La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista¹

Por ISABEL LIFANTE VIDAL
Universidad de Alicante

RESUMEN

Tras esbozar un mapa conceptual de la interpretación jurídica, el artículo reivindica la relevancia de esta actividad en el seno de los Derechos contemporáneos. A partir de ahí, se defiende una concreta teoría prescriptiva de la interpretación jurídica, constructivista o basada en valores (frente a la alternativa de una teoría intencionalista), mostrando que la opción defendida es la que mejor encaja con los rasgos característicos del nuevo paradigma constitucionalista del Derecho.

Palabras clave: *Constitucionalismo, interpretación jurídica, intencionalismo, constructivismo.*

ABSTRACT

This article claims the relevance of legal interpretation in contemporary legal systems, placing this activity in the conceptual map previously drown up. Starting from this point, I argue for a prescriptive theory of legal interpretation: a constructivist or value founded theory (as opposed to an inten-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ 2007-64044/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

tionalist theory), showing that this option fits better into the features of the constitutionalist paradigm of Law.

Key words: Constitutionalism, legal interpretation, intentionalism, constructivism.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. SOBRE EL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.-3. EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA.-4. MODELOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.-5. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El título de este trabajo incorpora dos de los temas que mayor atención están recibiendo por parte de la teoría jurídica contemporánea. Por un lado, la discusión a propósito de si estamos asistiendo a un cambio en el paradigma jurídico, pasando del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. La discusión a propósito de en qué consisten las peculiaridades de este nuevo paradigma preocupan tanto a dogmáticos constitucionales, como a filósofos o teóricos del Derecho y por supuesto a juristas prácticos. Por otro lado, el interés por la interpretación jurídica ha pasado, en el último siglo, de ocupar un lugar periférico (recordemos las escasas páginas finales que se le dedica al tema en *La teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen) a situarse en el núcleo duro de la atención de la teoría del Derecho (y así por ejemplo, una de las teorías del Derecho contemporáneas de mayor predicamento, me refiero a la de Ronald Dworkin, se autoconsidera como una teoría «interpretativa» del Derecho). Creo, además, que el auge de la reflexión jurídica sobre estos dos fenómenos está interrelacionado; podríamos decir que el progresivo cambio de paradigma jurídico al que venimos asistiendo en los últimos años ha sido uno de los factores más relevantes a la hora de situar a la interpretación en el centro de la discusión jurídico-filosófica. En este sentido, Manuel Atienza –por ejemplo– afirma que el constitucionalismo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho, llevando a situar en un primer plano la dimensión argumentativa e interpretativa del Derecho Atienza, (2007, 113).

Hay dos modos de entender y por tanto abordar las relaciones entre el binomio interpretación/constitución. Una tiene que ver con cómo interpretar la constitución, es decir, las especificidades de la llamada «interpretación constitucional» frente a otro tipo de interpretaciones en el Derecho, mientras que la otra se relaciona con la cuestión de cómo interpretar el Derecho en un Estado constitucional. En este trabajo pretendo ocuparme fundamentalmente de la segunda de estas

cuestiones, y ello porque creo que esta cuestión es en algún sentido previa o más general que la primera (aunque de las tesis que aquí sostenga se seguirán algunas conclusiones para la caracterización de la interpretación constitucional).

Con este objetivo, y tras esbozar un mapa conceptual a propósito de la interpretación jurídica, presentaré una caracterización del constitucionalismo para pasar a continuación a defender el modelo de interpretación jurídica que, en mi opinión, mejor encaja dentro de este nuevo paradigma del Derecho: un modelo constructivista o basado en valores.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Es común aceptar la necesidad e importancia de la interpretación en el Derecho. Sin embargo, este punto de partida compartido no es, ni mucho menos, garantía de que exista una caracterización unánime sobre la interpretación jurídica. El primer problema para alcanzar dicha caracterización consiste en que bajo este rótulo se hace referencia a fenómenos muy distintos entre sí. En ocasiones las diferencias se encuentran en la configuración de la naturaleza de la actividad interpretativa (¿se trata de descubrir, atribuir o precisar significados?), en otras ocasiones las discrepancias se refieren más bien al tipo de entidades que se consideran como objetos posibles de la interpretación en general, o de la interpretación jurídica en particular. El segundo problema, íntimamente relacionado con el anterior, radica en que la elección de una u otra caracterización conceptual de la interpretación jurídica depende, en gran medida, de cuáles son los intereses y perspectivas adoptados en el estudio del Derecho. Es decir, no se trata única ni prioritariamente de discrepancias motivadas por cuestiones teóricas, sino también por cuestiones prácticas, y en este sentido creo que los distintos enfoques o perspectivas de estudio del Derecho, así como la ideología jurídica de la que se parte son las responsables de gran parte de estas discrepancias.

La multiplicidad de sentidos de la expresión «interpretación jurídica» viene generada en gran medida por las ambigüedades que afectan a los dos términos que la componen. En efecto, cuando hablamos de «interpretación» o de «Derecho» (y por lo tanto utilizamos el adjetivo «jurídico» para calificar a la interpretación) no hacemos referencia a fenómenos claros e indiscutidos. Ambas expresiones están preñadas de ambigüedades que se proyectan sobre los significados que puede adoptar la expresión «interpretación jurídica». En primer lugar señalaré algunos de los distintos sentidos en los que se utiliza el término

«interpretación» en general, para pasar a continuación a analizar las peculiaridades que presenta la interpretación jurídica².

La primera ambigüedad que encontramos al hablar de interpretación hace referencia a los diversos sentidos que adopta esta expresión, en función de cuál se considera que es el tipo de objeto respecto del cual la interpretación se puede predicar. Hay un sentido de «interpretación» que se predica de cualquier entidad capaz de ser portadora de un sentido (es decir, cualquier objeto no natural); así, por ejemplo, se habla de la «interpretación» de una acción, de una práctica social, de un acontecimiento histórico, o de un cuadro. En otras ocasiones, sin embargo, utilizamos el término «interpretación» en un sentido más restringido, que se refiere únicamente a entidades lingüísticas. Nos encontramos así con dos distintos sentidos de interpretación a los que, siguiendo a Wróblewski (1985 y 1992), podemos llamar interpretación *sensu largissimo* e interpretación *sensu largo*. La primera se da cuando se trata de «la comprensión de cualquier objeto en tanto que fenómeno cultural», mientras que la segunda, más restringida, se predica únicamente de entidades lingüísticas.

Wróblewski introduce un tercer sentido: la interpretación *sensu stricto*, entendiéndolo por tal «la determinación del significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación» Wróblewski, (1985, 22). El objeto a interpretar sería el mismo en este tercer caso que en la interpretación *sensu largo*: una expresión lingüística; y es la presencia de dudas la que provoca que la actividad interpretativa presente peculiaridades. En este sentido, podríamos distinguir dos situaciones de comunicación: la comprensión directa de un lenguaje y la existencia de dudas que han de ser superadas precisamente por esta interpretación *sensu stricto*. Lo que distinguiría a ambos casos sería, entonces, la distinta actividad que se requiere para «captar» o «establecer» el significado de la expresión lingüística en cada una de estas situaciones.

La segunda ambigüedad del término «interpretación» a la que me quiero referir es una aplicación de la conocida ambigüedad proceso-producto. Tendríamos un primer sentido de «interpretación» que hace referencia a la actividad interpretativa, y un segundo sentido que se referiría al resultado o producto de dicha actividad.

Por lo que se refiere al primer sentido, la interpretación como actividad, nos encontramos con que hay diversas teorías que pretenden responder a la cuestión acerca de cuál es la naturaleza de esta actividad. Según algunos se trataría de decidir, para otros descubrir, para otros prever, o proponer el significado a un objeto. Guastini, por ejemplo, llevó a cabo una clasificación que ha gozado de gran éxito respec-

² En un trabajo anterior me ocupé con más detalle de realizar un análisis conceptual a propósito de la interpretación jurídica (LIFANTE VIDAL: 1999a: 27-49). Algunas de las tesis que a continuación presento son un resumen revisado de las que allí sostenía.

to a las teorías interpretativas atendiendo precisamente a esta cuestión Guastini, (1999, 13 y ss.). En su opinión nos encontramos en primer lugar con teorías formalistas o cognoscitivistas, según las cuales la actividad interpretativa tendría por objeto conocer el significado preexistente de un objeto. En segundo lugar estarían las teorías escépticas, para las cuales la interpretación sería siempre una cuestión de creación de significado (no hay nada que conocer, sino que se trata de una pura decisión: sería la tesis del realismo jurídico). Y por último, en tercer lugar, nos encontraríamos con las teorías intermedias, para las cuales la actividad interpretativa sería en algunos casos (los fáciles) una cuestión cognoscitiva, mientras que en otros (los difíciles) se trataría de una actividad creativa. La teoría de Hart suele ponerse como ejemplo de este tercer caso. Ahora bien, en realidad esta tercera teoría no considera que la actividad interpretativa sea nada distinto a las otras dos anteriores, no hay por tanto una actividad intermedia entre conocer y crear. Y en mi opinión, es precisamente eso lo que hace falta: hay una opción no contemplada a propósito de en qué puede consistir la actividad interpretativa: se trata de una actividad argumentativa.

En este sentido, me parece útil la subclasificación que hace Letizia Gianformaggio (1987) a partir de esta distinción que estamos analizando entre interpretación-actividad e interpretación-resultado (y que viene a coincidir con distinciones similares de otros autores). Según esta autora, dentro de la interpretación como actividad pueden distinguirse, a su vez (y además de otro sentido que aquí no viene al caso³), entre la interpretación como actividad noética y la interpretación como actividad dianoética.

Nos encontraríamos con una interpretación-actividad noética cuando se produce una captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible; mientras que hablaríamos de interpretación-actividad dianoética cuando se requiera un pensamiento discursivo, una argumentación. Teniendo en cuenta estos dos sentidos de interpretación, podría desvanecerse la aparente contradicción entre dos tesis que, en principio, parecen ambas aceptables: la tesis que considera que la interpretación es una actividad necesaria siempre (en cualquier ocasión que nos encontremos con una situación comunicativa); y la tesis de aquellos que consideran que en los casos en los que no existen dudas no se debe interpretar (tesis muy difundida en el ámbito jurídico, y que se condensaría en el conocido aforismo *in claris non fit interpretatio*). De modo que podría salvarse esta aparente contradicción diciendo que en todos los casos en los que haya que operar con normas hará falta llevar a cabo una actividad interpretativa en el sentido noético, aunque no en todos será necesario inter-

³ El tercer sentido del que habla esta autora es el de la interpretación como acto lingüístico, que sería «una enunciación de un enunciado interpretativo»; GIANFORMAGGIO (1987, 91).

pretar en el sentido dianoético, sino únicamente en aquéllos en los que existan dudas sobre el significado. Por otra parte, este segundo sentido de interpretación es el que parece más relevante⁴.

Estos sentidos de interpretación como actividad, originarán a su vez los correspondientes sentidos de interpretación-producto. La interpretación como producto noético sería un significado (lo que se entiende o se ha entendido) y la interpretación como resultado de la actividad dianoética, sería un enunciado o proposición del tipo: «*S* (el signo *S*) ha de entenderse como *S'* (tiene el significado de *S'*)», y es importante destacar que se trata de la conclusión de un argumento. Aquí conviene realizar algunas observaciones respecto a lo que se considera como la forma típica de los enunciados interpretativos en el ámbito jurídico. Suele considerarse que el resultado de la interpretación (entendida como actividad dianoética) se plasma en un enunciado del tipo: «*D* significa *S*», donde «*D*» representa una disposición jurídica y «*S*» el significado que se le atribuye a la misma.

Podríamos representar la forma de un argumento interpretativo como sigue (tomo un ejemplo relativo a la Constitución Española de 1978):

- (1) «Todos tienen derecho a la vida» (art. 15 CE);
- (2) «“Todos”, en el art. 15 de la CE, significa “todos los nacidos”»;
- (3) «Todos los nacidos tienen derecho a la vida».

En este esquema, (1) representaría el enunciado a interpretar; (2) sería un enunciado interpretativo, y (3) sería el enunciado ya interpretado. Ahora bien, cuando se habla de la interpretación como producto o resultado, creo que se puede hacer referencia a cosas distintas: bien a toda la argumentación interpretativa, bien al enunciado interpretativo (es decir, 2), o bien a la conclusión del argumento: al enunciado interpretado (así podríamos decir que 3 es el resultado de la interpretación de 1).

De todos modos, creo que este esquema de un argumento interpretativo anterior es claramente insuficiente para mostrar a qué nos referimos cuando decimos que la actividad interpretativa es una actividad argumentativa, y ello porque se centra exclusivamente en lo que sería la justificación interna, subsuntiva, del argumento interpretativo, olvidando precisamente cómo se llega a las premisas. Por otro lado, y cómo voy a intentar mostrar a continuación, cualquiera de estas maneras de entender el resultado de la interpretación responde únicamente

⁴ En un sentido similar se ha pronunciado recientemente Francisco Laporta, al considerar que «es siempre en un contexto de duda o desacuerdo donde empieza la actividad interpretativa en sentido estricto [...] ello descarga sobre la interpretación todo el peso de ser una actividad argumentativa, que necesita dar razones de los significados que propone como mejores», LAPORTA (2007, 85).

a una determinada concepción de la actividad interpretativa de alcance un tanto limitado, en un sentido distinto al que acabo de señalar y que se conecta con el papel, o la relevancia, que se le otorga a la actividad interpretativa en el ámbito jurídico.

Pasemos ahora a analizar el segundo término de la expresión «interpretación jurídica», para intentar aclarar cuál es el particular objeto de este tipo de interpretación. El punto de partida para la mayoría de las teorías de la interpretación jurídica radica en la consideración del Derecho como un fenómeno lingüístico (el Derecho opera necesariamente a partir de la comunicación de una serie de pautas de comportamiento), lo cual no tiene por qué implicar que todo el Derecho pueda ser reducido a lenguaje, ni siquiera el que las normas puedan ser identificadas con su mera formulación lingüística, pero sí que el atender al aspecto lingüístico de este fenómeno resulta de gran importancia para una adecuada comprensión del mismo. Sin embargo, ante la pregunta acerca de qué es lo que se interpreta en la interpretación jurídica nos encontramos con que la respuesta no es, ni mucho menos, ni unívoca ni clara. Las respuestas más recurrentes consideran que el objeto de esta interpretación son, o bien las disposiciones jurídicas (o algunas expresiones contenidas en las mismas), o bien las «normas jurídicas», o bien el «Derecho»; pero ninguna de estas tres respuestas parece estar exenta de dificultades. Por lo que se refiere a la primera, se plantean problemas a propósito de si realmente sólo son objeto de la interpretación jurídica los documentos jurídicos (¿qué pasa, por ejemplo, con las costumbres o con la jurisprudencia?). Por lo que se refiere a la segunda respuesta, considerar que el objeto de la interpretación son las normas jurídicas tampoco es una tesis unánimemente compartida. Por un lado, y en opinión de algunos autores, esto no es acertado porque las normas jurídicas serían el producto de la interpretación y por tanto no su objeto (lo que se interpreta sería, en opinión de estos autores, disposiciones o expresiones jurídicas⁵); y, por otro lado, podría pensarse que la interpretación jurídica no sólo se ocupa de las «normas» jurídicas (también es frecuente que deban interpretarse las definiciones, y otras disposiciones jurídicas que no expresan normas, como las cláusulas derogatorias, los nombramientos, las calificaciones urbanísticas, etc.). Y, por último, la tercera respuesta (la que considera que el objeto de la interpretación jurídica es el Derecho) plantea si cabe –según algunos– todavía más problemas que las anteriores. No se entiende muy bien qué quiere decir que lo que se interpreta es «el Derecho», entre otras cosas porque no existe un concepto claro y compartido de qué es el Derecho, o al menos de a qué se alude en esta expresión con este término; con él se puede estar haciendo referencia meramente al agregado de normas o de documentos jurídicos que

⁵ Quizás la teoría más representativa de este tipo de tesis sea la teoría de la interpretación jurídica de Riccardo Guastini, para quien el verdadero creador de las normas sería el intérprete GUASTINI (1999). Sobre los problemas que plantea esta visión puede verse LAPORTA (2007: 178-182).

se consideran que lo componen (en cuyo caso podría pensarse que no se estaría haciendo referencia a ningún concepto de interpretación distinto a los anteriormente mencionados), o bien podemos considerar que se pretende indicar algo que va más allá de ese agregado (éste sería el caso, por ejemplo, del concepto de interpretación manejado por Dworkin, quien habla de la interpretación del «Derecho» como un caso de interpretación de una «práctica social»).

A partir de algunas de estas perplejidades y siguiendo un tanto libremente las aportaciones de Tarello, voy a distinguir dos sentidos en los que nos encontramos que se usa hoy la expresión interpretación jurídica. Este autor señala que la interpretación jurídica, o interpretación «en el Derecho», no puede verse como una categoría unitaria, sino que incluye diversas modalidades o tipos interpretativos, entre los cuales tienen quizá mayor relevancia los que se conocen como «interpretación del Derecho» e «interpretación de la ley»; pero encontramos también otras categorías más particulares como la «interpretación de las sentencias del Tribunal Constitucional», la «interpretación de las circulares», la «interpretación de los convenios colectivos», la «interpretación del acto administrativo», la «interpretación de los contratos», etc. Tarello, (1980, 5 ss.).

Cuando se habla de «interpretación de la ley» (o de cualquier otro documento jurídico), se hace referencia a la interpretación como atribución de significado a un ente, en este caso a un documento o conjunto de documentos que se considera que expresa normas jurídicas. Es en este sentido en el que, por ejemplo, se contraponen en ocasiones la interpretación de la ley (atribución de significado a un documento normativo dado) a su integración (como individualización de una nueva norma). Otras veces a lo que se contraponen la expresión «interpretación de la ley» (entendiendo «ley» en sentido amplio) es a la interpretación del Derecho no escrito. En esta línea nos encontramos con que, para muchos autores, el objeto de la interpretación jurídica viene constituido únicamente por las normas legisladas, aquéllas que gozan de una formulación dotada de autoridad que es precisamente la que debe ser interpretada. Para otros, en cambio, también son objeto de interpretación las otras fuentes del Derecho: las de origen judicial (los precedentes o la jurisprudencia) y la costumbre. Sin embargo, los problemas que se plantean en cada uno de estos dos casos para extenderles a ellos la caracterización estándar de la interpretación jurídica no son homogéneos. En el primer caso (el del Derecho de origen judicial) nos encontramos con formulaciones (el texto de las sentencias), y la diferencia con el Derecho legislado es que aquí dichas formulaciones no se encuentran dotadas de autoridad (no se trata, podría decirse, de «palabras congeladas»). En cambio, en el caso de la costumbre la situación es distinta, puesto que aquí no existe formulación, lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que no se puede hablar en sentido estricto de interpretación de la costumbre. Como puede imaginarse, los autores que sostienen esta tesis (que por otra parte es

mayoritaria en la teoría del Derecho) son los que se decantan por el uso de un concepto de interpretación jurídica, según el cual sólo pueden ser objeto de la misma los objetos lingüísticos. Así por ejemplo, según Guastini, si bien es cierto que en ocasiones se habla de interpretación de costumbres, lo que ocurriría en ese caso es que, o bien se usa la expresión para referirse a la interpretación de las recopilaciones donde se recogen los usos o prácticas, o bien se trata de la «interpretación de prácticas sociales», que constituyen, en su opinión, un género distinto de interpretación Guastini, (1996, 171-172).

Por otro lado, la expresión «interpretación del Derecho» haría referencia a la operación de encontrar la regulación jurídica para un determinado comportamiento o conflicto. Esta operación ha sido concebida históricamente de dos modos distintos: teniendo como objeto la entidad Derecho, en cuyo caso se trata de dar un «sentido jurídico», una respuesta desde el Derecho, al comportamiento o al conflicto que se intenta resolver; o teniendo como objeto los documentos que constituyen las fuentes de conocimiento del Derecho. Sin embargo, este segundo sentido de «interpretación del Derecho» vendría a coincidir con lo que hemos denominado «interpretación de la ley», al menos si se considera que es precisamente la ley el documento fundamental para el conocimiento del Derecho. Centrémonos por tanto en el otro sentido de «interpretación del Derecho». Aquí nos encontramos con una actividad más compleja que la mera atribución de significado a un (o unos) documento(s) de las leyes; se incluyen además las actividades de individualización de un segmento del discurso legislativo, la atribución a este segmento de significado, la resolución de antinomias, la integración de la ley, etc.

Tras analizar estos dos sentidos de interpretación jurídica (interpretación de disposiciones e interpretación del Derecho), podemos ahora darnos cuenta de que lo que se suele considerar como la forma estándar de los enunciados interpretativos [«D significa S»] reflejaría únicamente uno de los sentidos de interpretación que hemos distinguido, lo que suele considerarse interpretación de «expresiones jurídicas» o interpretación de «disposiciones» [lo que Tarello (1980) llama interpretación de la ley], y además con un alcance bastante limitado. Por un lado, este tipo de formulación estándar de los enunciados interpretativos parece olvidar cómo llegar a «D», es decir, cómo individualizar la norma que nos interesa. Esta tarea de individualización puede consistir en una actividad compleja consistente en la segmentación y recomposición a partir del texto, o mejor dicho, de varios textos de diferentes leyes, aprobados en distintos momentos, por distintas autoridades... Aquella representación parece, sin embargo, operar con el presupuesto de que la interpretación parte de una disposición (que constituiría, precisamente, el objeto cerrado de la interpretación) que ya se encuentra previamente deslindada y delimitada. Y, por otro lado, aunque relacionado con lo anterior, en ese esquema [«D significa S»] no tienen cabida otro tipo de actividades que también serían conside-

radas interpretativas en el otro sentido, más amplio, de «interpretación» (el que conectábamos a la expresión «interpretación del Derecho»), tales como la ponderación de normas, resolución de antinomias, integración de lagunas, etc.

De estos dos distintos sentidos de «interpretación jurídica», es precisamente en el primero en el que se han fijado la mayoría de los autores que se han ocupado de esta cuestión desde una perspectiva conceptual. Éste es también –creo– el uso más extendido de la expresión «interpretación jurídica», al menos en la considerada cultura jurídica continental. Pero creo que conviene llamar la atención sobre el hecho de que en la práctica nos encontramos con que las distintas actividades implicadas por cada uno de estos sentidos de interpretación se encuentran íntimamente ligadas. Por supuesto, el segundo sentido, al ser más amplio, implica siempre llevar a cabo las actividades interpretativas en el primer sentido; pero también nos encontramos con la relación inversa. En el ámbito jurídico, la actividad de interpretar una expresión implica siempre determinar cuál es su significado a la luz del ordenamiento jurídico; las decisiones adoptadas por cualquier instancia jurídica deben presentarse como justificadas jurídicamente, lo que supone que sean acordes con «el Derecho». Para ello habrá, por tanto, que tener en cuenta ponderaciones entre normas, construcciones sistemáticas, etc., lo que implicará llevar a cabo actividades incluidas en el segundo sentido de «interpretación».

3. EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA

Veamos ahora brevemente a qué nos referimos cuando hablamos del paradigma constitucionalista del Derecho y cómo puede afectar el mismo a nuestra caracterización de la interpretación jurídica.

Es usual distinguir entre el «Estado constitucional» en cuanto fenómeno histórico (y que haría referencia a un determinado modelo de organización jurídica y política) y el «constitucionalismo» en cuanto teoría que pretende dar cuenta de dicho fenómeno. Nadie niega, como fenómeno histórico, el proceso de constitucionalización de los Derechos contemporáneos, las divergencias vienen más bien a la hora de valorar ese fenómeno como positivo o negativo, y de considerar si para dar cuenta de los Derechos «constitucionalizados» es necesario revisar el paradigma teórico «positivista» que se fraguó en torno a la idea de imperio de la ley Aguiló Regla, (2008: 13).

Siguiendo a Aguiló Regla (2001) podríamos decir que un Estado constitucional exige, en primer lugar, la existencia de una Constitución en sentido formal, es decir, una Constitución rígida, que se diferenciaría de la forma legal ordinaria (la diferencia entre la Constitución y el resto de fuentes del Derecho sería de grado). Pero no basta con este primer requisito, sino que para hablar de Estado constitucional se exigiría ade-

más que el sistema jurídico-político reuniera además las dos siguientes características. En primer lugar, la Constitución ha de responder a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos, es decir, estos sistemas han de asumir los valores y fines del constitucionalismo como ideología. De este modo, las Constituciones formales de los Estados constitucionales incorporan las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines y la del carácter regulativo de los mismos. Son, pues, Constituciones constitutivas y regulativas (esos valores y fines se han incorporado a las constituciones en forma de derechos y principios liberales y del Estado social, comprometidos con la erradicación del autoritarismo y de la exclusión social). Y, en segundo lugar, esa constitución formal que responde a los parámetros normativos del constitucionalismo tiene que ser además practicada, en el sentido de que tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que puede ser considerada como su norma fundamental y, por lo tanto, que juega un papel central en relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico.

Pues bien, precisamente conectado con este último requisito, la exigencia de consolidación de una práctica jurídica y política que podríamos calificar como «constitucionalista», en el ámbito de la teoría jurídica se ha venido desarrollando –fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo xx– una ideología constitucionalista, un nuevo paradigma jurídico. A continuación presentaré una posible caracterización de este paradigma, siguiendo para ello fundamentalmente los rasgos señalados con este fin por Atienza (2007) y Aguiló Regla (2008)⁶.

Un primer rasgo a destacar sería la importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario –además del de las reglas– para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico, considerando además ambos tipos de normas no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico, de modo que a las clásicas relaciones lógicas entre las normas se le incorporan relaciones de justificación. Ligado a ello, la validez pasa a ser entendida en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución.

En segundo lugar, señalaría la consideración del Derecho como una realidad dinámica, y que consiste no tanto –o no tan sólo– en una serie

⁶ Manuel Atienza señala en su trabajo 14 rasgos que las diversas concepciones que él consideraría como «constitucionalistas» presentarían conjuntamente en mayor o menor medida ATIENZA, (2007:130-132). Por su parte, Josep Aguiló presenta 10 puntos en los que contraponen el clásico paradigma positivista, con el nuevo paradigma constitucionalista, AGUILÓ REGLA, (2008:14-25). Como se verá, yo he optado por simplificar un tanto dichas caracterizaciones y he eliminado algunos de esos rasgos que no me parecen tan centrales a la hora de abordar el tema de la interpretación jurídica desde la perspectiva de este paradigma.

de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto –o también– en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. Como consecuencia, la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo se debilita, a la vez que se reivindica el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.

En tercer lugar, este nuevo paradigma se caracterizaría por una tendencia hacia la integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. Lo que por un lado implica la difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico y, por otro, la tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de tipo moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral.

Ligado con lo anterior, en cuarto lugar podríamos señalar la consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica. Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica en sentido estricto (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada –o no exclusivamente– por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.

Por último, el nuevo paradigma destaca la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones, como característica esencial de una sociedad democrática. En conexión con ello, este nuevo paradigma asume la existencia de criterios objetivos (como podrían ser el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque ello no implique necesariamente la aceptación de la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso.

Todos estos rasgos que caracterizarían al nuevo paradigma vendrían a confluír en el papel preponderante que asume la argumentación en el Derecho. Por decirlo con palabras de Manuel Atienza, se trata de ver al Derecho «como argumentación», es decir, considerar que el Derecho es una práctica social, una práctica consistente fundamentalmente en argumentar⁷. Esto exige, a su vez, una revisión del papel de la interpretación en el Derecho que es vista, más que como

⁷ En opinión de Atienza, ninguna de las concepciones «clásicas» del Derecho, tales como el formalismo, el realismo, el normativismo, el iusnaturalismo o el marxismo jurídico, ha dado cuenta adecuadamente del fenómeno de la argumentación en el

resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. Es decir, de los dos sentidos antes señalados de «interpretación jurídica» es necesario reivindicar la importancia del segundo de ellos: la interpretación del Derecho ha de ser vista fundamentalmente como una actividad reconstructiva, y no sólo como una mera precisión del significado de las palabras de una determinada disposición legislativa.

4. MODELOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La cuestión que ahora nos queda por abordar es precisamente la de cómo se debe interpretar en el Derecho, o dicho de otro modo, cómo entender el papel de los clásicos instrumentos o métodos interpretativos⁸. Muchas veces las aportaciones en este punto se limitan a constatar la existencia de esos cuatro elementos o instrumentos, señalando que en caso de conflicto –más que probable– la teoría de la interpretación jurídica no tiene más que decir. Ahora bien, si hemos considerado que la naturaleza de la actividad interpretativa es la de ser una actividad argumentativa, creo que estamos comprometidos a considerar que existe una pretensión de corrección que afecta a esta actividad (lo cual por otro lado responde a nuestras prácticas interpretativas en este sentido).

Existen dos grandes teorías prescriptivas a propósito de la interpretación jurídica. Me refiero a la clásica contraposición entre las teorías subjetivistas y las objetivistas, que hoy se presenta –por influencia de la teoría de Dworkin– como contraposición entre teorías intencionalistas y constructivistas. Los intencionalistas sostienen que interpretar consiste básicamente en descubrir los motivos o las intenciones de un autor (el modelo interpretativo que aquí estaría operando sería el conversacional: donde al interpretar se trata de averiguar la intención del hablante, qué nos quiere decir). Por el contrario, los constructivistas sostienen que interpretar, en el contexto de una práctica social como el Derecho, consiste en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva.

¿Podría pensarse en la posibilidad de encontrar una posición intermedia que conciliara ambas posiciones? Cada una de ellas parece representar una exigencia distinta de los Estados de Derecho: la concepción intencionalista parece adecuarse a la dimensión de autoridad del Derecho que supone el imperio de la ley y la división de poderes, mientras que la concepción constructivista se adecua a la dimensión

Derecho, por lo que sería necesario llevar a cabo una teoría argumentativa del Derecho, ATIENZA, 2006).

⁸ La caracterización de estos elementos o instrumentos se ha mantenido prácticamente sin ninguna transformación desde que SAVIGNY (1840: 188) formulara los cuatro elementos de la interpretación jurídica: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

valorativa encarnada en la protección de los derechos y libertades fundamentales y en general en muchos de los rasgos de la ideología constitucionalista que antes hemos presentado.

Quizás pudiera decirse que en la primera de esas dimensiones (la de la autoridad) se encuentra la explicación de por qué la interpretación es tan importante en el Derecho (a diferencia por ejemplo de lo que ocurre en la moral), mientras que en la segunda (en la dimensión valorativa) es donde se encuentra la respuesta al para qué interpretar, cuál es su finalidad (y por tanto la respuesta a cómo se debe interpretar). Dicho en palabras de Atienza (2003), la obediencia al legislador puede ser el límite pero no el objetivo de la interpretación. Por eso creo que debe defenderse un modelo o una teoría constructivista o dependiente de valores de la interpretación jurídica. A continuación presentaré una versión de esta teoría, en particular la que ha defendido Ronald Dworkin. Lo que a continuación presento es una exposición relativamente libre de sus tesis, centrándome en las ideas más sugerentes de su teoría y huyendo de sus complejidades y de sus puntos más discutibles.

Dworkin parte de un concepto de interpretación muy amplio, donde se incluyen distintas operaciones dependiendo de cuál sea el contexto en que la interpretación debe llevarse a cabo. En concreto, hace referencia a cuatro formas interpretativas: la interpretación de una conversación, la interpretación científica, la interpretación artística y la interpretación de una práctica social (como, por ejemplo, la cortesía o el Derecho). La interpretación conversacional es «la forma más familiar de interpretación, tan familiar –dice Dworkin– que casi no la reconocemos como tal»; en ella se trata de interpretar los sonidos o marcas que hace otra persona para decidir qué es lo que ha dicho. La interpretación científica, en cambio, empieza con la recogida de datos por parte del científico, datos a los que posteriormente hay que atribuirles una «interpretación», un significado. Por último, tanto en la interpretación artística como en la interpretación de una práctica social se trata de interpretar «algo creado» por personas y que adquiere una entidad distinta a la de sus creadores; por ello, estas dos formas son denominadas por Dworkin formas de «interpretación creativa». En ellas, el objetivo es defender alguna propuesta acerca del significado o sentido de la obra de arte o de la práctica social, Dworkin (1986).

Si ahora nos preguntamos cuál es el papel que desempeña la intención en cada uno de estos tipos interpretativos. Parece claro, dice Dworkin, que la interpretación de una conversación es intencional en el sentido de que se preocupa por los motivos o propósitos del orador; pretende «asignar significados a la luz de los motivos, propósitos y preocupaciones que supone tiene el hablante, y presenta sus conclusiones como si fueran proposiciones sobre la “intención” que tenía el hablante al decir lo que dijo». Pero, a partir de aquí, debemos preguntarnos si toda interpretación debe ser intencional en este mismo sentido; si es precisamente el dar cuenta de alguna intención particular lo

que caracteriza a la interpretación como un supuesto concreto del fenómeno más amplio de la explicación. Y en este punto Dworkin considera que toda interpretación debe, necesariamente, hacer referencia a propósitos; pero la intención a la que se refiere no tiene por qué ser entendida necesariamente como un estado mental. En su opinión, toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un «sentido», y esto es así incluso cuando no exista un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito, Dworkin (1986).

Pero, ¿en qué sentido se habla de intención en los casos de interpretación creativa (interpretación de obras de arte o prácticas sociales)?; aquí surgen dos posibles respuestas: optar bien por un modelo conversacional, bien por un modelo constructivo. La primera respuesta (que sería por la que optan las teorías intencionalistas) consiste en considerar a la interpretación creativa como un supuesto de interpretación conversacional. En este sentido, el objetivo principal de la interpretación en el contexto artístico o de una práctica social sería descubrir las intenciones del autor del «objeto» a interpretar: al igual que en una conversación lo que se pretendería sería averiguar las intenciones del hablante, en el caso de la interpretación artística el objetivo radicaría en descubrir las intenciones de su creador y en el caso de la interpretación de una práctica social lo que interesaría serían las intenciones de los que mantienen la tradición. Pero, a juicio de Dworkin, ésta es una opinión equivocada ya que, si bien es cierto que en estos casos de interpretación creativa hay propósitos en juego, éstos son fundamentalmente los de los intérpretes y no los de los creadores de las obras o partícipes en la práctica. Por ello es considerada preferible la segunda respuesta: la interpretación creativa no es tanto una «cuestión de intención» (entendida como estado mental), como una «cuestión de construcción», en el sentido de que los propósitos que aquí están en juego son atribuidos y no descubiertos. Sin embargo, optar por este modelo no implica que el intérprete sea completamente libre a la hora de presentar la obra de arte o la práctica. En palabras de Dworkin:

«la interpretación constructiva trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. De aquí no debe deducirse, ni siquiera a partir de esta burda descripción, que un intérprete pueda hacer de una práctica o de una obra de arte cualquier cosa que él hubiera querido que la misma fuera [...] La historia o forma de una práctica u objeto restringe sus interpretaciones disponibles, a pesar de que el carácter de dicha restricción debe estar bien fundamentado» (Dworkin: 1986, 52).

El intérprete de una práctica social deberá, entonces, proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un

esquema de intereses, objetivos o principios de los que la práctica pueda ser expresión. Pero ¿qué ocurre en el caso de que los datos de la práctica admitan más de una interpretación, es decir, sean compatibles con varios valores? En estos casos la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre qué interpretación propone el mejor valor para la práctica, lo que supone determinar cuál de las posibles interpretaciones muestra a la concreta práctica social como la mejor posible, tomando todo en cuenta.

Desde esta perspectiva constructiva, el objetivo de la interpretación es presentar su objeto como el mejor ejemplo posible del género al cual se considera que pertenece. De aquí se sigue que debemos abordar la tarea interpretativa previamente equipados con una idea de lo que es valioso en el género pertinente. De este modo la tarea interpretativa requiere llevar a cabo dos tipos distintos de juicios evaluativos, a los que Dworkin denomina respectivamente «juicios evaluativos primarios» y «juicios evaluativos secundarios». Los juicios evaluativos primarios son los encargados de determinar qué es lo que se considera valioso en el género al que pertenezca el objeto que pretendemos interpretar. Los juicios evaluativos secundarios tratan de determinar cómo debe interpretarse el objeto en cuestión para que el mismo se considere como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece, es decir, para que los valores identificados en la fase anterior se encuentren desarrollados al máximo de sus posibilidades, Dworkin (1986). La determinación de cuáles son los valores que tienen que estar presentes en esta actividad dependerá entonces de cuál sea el género al que se considera que pertenece el objeto interpretado.

En el caso de las prácticas sociales, llevar a cabo este tipo de interpretación requiere que los participantes en la práctica jurídica desarrollen frente a la misma una «actitud interpretativa». Esta actitud exige la presencia de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un «sentido» o, lo que es lo mismo, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo elemento supone el reconocimiento de la primacía de tales valores frente a las reglas, lo que implica cierta «flexibilidad» en la aplicación de estas reglas que constituyen la práctica. De este modo, es precisamente la atribución de un «sentido» (a la luz del cual debe reestructurarse la práctica) lo que posibilita el cambio de la práctica.

Pasemos ahora a las peculiaridades de la interpretación del Derecho. Para Dworkin el Derecho es una práctica social que se compone tanto de un conjunto de reglas, como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. En aquellas sociedades en las que se haya desarrollado la actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho (*y sólo en ellas*⁹), el fenómeno jurídico puede analizarse —en opinión de Dworkin— a partir del paso por tres etapas interpretativas.

⁹ La teoría de Dworkin no pretende ser una teoría general del Derecho con alcance general, sino únicamente una teoría que dé cuenta de los Derechos de una

En la primera etapa, la «preinterpretativa», se trata de identificar el objeto interpretado y calificarlo como perteneciente a un determinado género. En el caso del Derecho el objeto que debe identificarse viene constituido por los distintos materiales jurídicos (las reglas positivas) que conforman la práctica jurídica. Hay que ser conscientes –dice Dworkin– de que para que se desarrolle la actitud interpretativa será necesario que previamente exista un acuerdo inicial suficiente sobre qué prácticas son prácticas jurídicas, de manera que los juristas puedan posteriormente argumentar sobre la mejor interpretación de unos datos que deben ser, *prima facie*, los mismos¹⁰, Dworkin (1986).

La segunda etapa sería la propiamente «interpretativa»; en ella se trata de averiguar cuál es el «sentido» de la práctica social. En el caso del Derecho, este «sentido» viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. A partir de aquí, ya puede entrar a operar la idea de integridad, en el sentido de que todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad, unidad que viene conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. En este sentido, el intérprete debe operar como si el Derecho fuera fruto de «una» voluntad y esos principios representaran «sus» intenciones. En esta segunda etapa el concepto clave es el de adecuación [*fit*] entre el «sentido» descubierto a través de cada interpretación, y los materiales previamente identificados como jurídicos en la etapa preinterpretativa.

Ahora bien, normalmente, las reglas jurídicas no persiguen un único objetivo, o sirven a un único valor, sino a varios al mismo tiempo y que es posible, incluso, que algunos de ellos resulten contradictorios entre sí. De este modo, nos encontramos con que en esta etapa interpretativa dispondremos de distintas teorías que pugnan entre sí por dar cuenta de los materiales jurídicos existentes; estas teorías se conformarán a partir de las posibles interpretaciones de los materiales, recogiendo unos determinados principios y dejando fuera a otros. La labor de esta etapa es, por tanto, la de mostrar las distintas interpretaciones (o teorías) que pueden adecuarse a los materiales identificados

particular cultura jurídica, más concretamente de aquellos Derechos que puedan generar la actitud interpretativa, para lo cual las prácticas jurídicas deben estar moralmente justificadas.

¹⁰ Aunque Dworkin admite expresamente que una teoría de la interpretación debe contener una subteoría sobre la identidad del objeto interpretado, su teoría interpretativa del Derecho olvida íntegramente este aspecto. Dworkin deja de lado la cuestión de la identificación del Derecho que, de hecho, parece no interesarle lo más mínimo; simplemente considera que, si no se da un alto grado de consenso en esta etapa, no podrá darse la actitud interpretativa, DWORKIN (1982: 531). Aunque Dworkin no lo reconozca expresamente, este requisito de que exista consenso en la comunidad acerca de la identificación de los materiales jurídicos coincide plenamente con la exigencia de una «regla de reconocimiento» (más o menos conforme con la caracterización hartiana de la misma) que opere como una práctica social aceptada, consistente en reconocer como jurídicos ciertos materiales.

como pertenecientes al Derecho en la etapa anterior. Pero hay que tener en cuenta que es posible que algunas de estas interpretaciones den cuenta de ciertos materiales, dejando fuera a otros; es más, puede resultar incluso imposible encontrar una interpretación que dé cuenta de todos estos materiales, porque algunos de ellos pueden ser incompatibles entre sí (piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que existan errores institucionales, como leyes inconstitucionales no invalidadas, o sentencias firmes contrarias a las leyes).

La tercera etapa es la que Dworkin denomina etapa «postinterpretativa»; en ella se trata de elegir una de entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos. Los criterios para llevar a cabo esta elección han de basarse en los valores que pueden mostrar a la práctica en cuestión como el «mejor ejemplo posible» del género al que se considera que pertenece. Cuáles son esos valores que aquí deben operar viene establecido por los denominados «juicios evaluativos primarios» (aquéllos que nos dicen qué es lo valioso en un determinado género) y en el caso de las prácticas sociales estos juicios determinan que hay que acudir a los valores morales. El concepto clave aquí es el de «*soundness*»¹¹; se trata de una pretensión que se debe predicar de las distintas teorías o interpretaciones que pugnan por dar cuenta de un determinado Derecho. Una de las tesis principales de la teoría de Dworkin consiste precisamente en sostener que siempre podrá llegarse a una interpretación (una teoría) que muestre al objeto interpretado como el mejor caso posible del género al que se considera que pertenece. En esta etapa se trataría de llevar a cabo juicios evaluativos de los considerados como «secundarios» y que serían los encargados de determinar cómo una concreta práctica jurídica puede desarrollar al máximo esos valores, de manera que pase a ser la mejor práctica posible de entre las distintas interpretaciones que admitan los materiales identificados e interpretados en las etapas anteriores.

En la etapa postinterpretativa se establecería entonces una relación entre el Derecho y la moral. Son los principios morales los que se utilizan para juzgar la «*soundness*» de las teorías que pugnan por dar cuenta (por interpretar) los materiales jurídicos existentes y para elegir entre ellas la que ofrece una mejor visión de la práctica jurídica. Son los valores morales, por tanto, los que se utilizan para juzgar las prácticas sociales, del mismo modo que los valores estéticos serían los utilizados para juzgar las interpretaciones de las obras de arte¹².

¹¹ Es difícil encontrar una traducción adecuada para este concepto; entre los posibles candidatos nos encontramos con «solidez», «corrección», «bondad», etc.; cada uno de los cuales parece plantear problemas. Aquí, por tanto, no optaré por ninguna de estas traducciones y seguiré usando la expresión en inglés.

¹² Pero no debemos perder de vista que el análisis de la conexión que Dworkin establece entre Derecho y moral debe realizarse una vez que nos situamos en la etapa postinterpretativa. Dworkin reconoce que la perspectiva postinterpretativa no puede adoptarse frente a todos los fenómenos que usualmente son reconocidos como Derecho;

De este modo, el juez al resolver un caso se debería situar precisamente en la etapa postinterpretativa y su tarea consiste en resolver los casos concretos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico. Es en este sentido en el que puede decirse que se adopta una visión holística o integradora respecto al fenómeno jurídico. Pero se trata del Derecho visto no desde la perspectiva del legislador (como un conjunto de pautas que pretenden guiar la conducta de los ciudadanos), sino como el Derecho aplicable a un caso concreto, como la búsqueda de la decisión justificada para ese caso: la única respuesta correcta. Los jueces deben descubrir los derechos de las partes a través de un entendimiento no sólo de las reglas relevantes, sino también de los principios morales implicados en la historia institucional del Derecho en cuestión. De este modo, nos encontramos con que la teoría (que, en este punto, debe identificarse fundamentalmente con la dogmática jurídica) y la práctica (la aplicación del Derecho) se encuentran profundamente interconectadas en el siguiente sentido: por un lado, para la práctica del Derecho se requiere la teorización, en el sentido de una articulación y defensa de determinados principios morales, y es a través de esta teorización como se podrá llegar a descubrir la respuesta correcta; cada una de las posibles interpretaciones de los materiales *prima facie* jurídicos que se encuentran disponibles en la etapa interpretativa constituye –como hemos visto– una doctrina, una teoría acerca de un determinado Derecho. Por ello, cualquier intento de explicar (desde un punto de vista teórico) una práctica social del tipo del Derecho debe incluir exactamente el mismo tipo de razonamiento requerido para los participantes en tal práctica.

De este modo podría concluirse que los textos legislados (y lo mismo podría decirse respecto a las otras fuentes del Derecho) sólo pertenecen al Derecho en su estado preinterpretativo, mientras que la realidad del Derecho se encontraría en el proceso interpretativo y postinterpretativo. El Derecho desde la perspectiva postinterpretativa, es concebido fundamentalmente como un mecanismo de resolución de conflictos, cuyo principal problema es cómo reconstruir los distintos materiales jurídicos (provenientes de una diversidad de autoridades) para buscar una solución jurídica al caso. Su objetivo no es abordar el Derecho en su totalidad, sino exclusivamente la reconstrucción que del mismo se hace a partir del planteamiento de un determinado caso concreto problemático.

este sería precisamente el caso de los Derechos injustos, es decir, aquéllos a los que subyacen principios inmorales. Esta imposibilidad radica en que, para poder situarse en la etapa postinterpretativa, se requiere haber desarrollado la actitud interpretativa, y esta actitud exige, en opinión de Dworkin, una aceptación plena, puesto que las proposiciones que se hacen desde esta perspectiva pertenecerían al punto de vista interno pleno.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

A la hora de abordar el fenómeno jurídico pueden distinguirse dos grandes enfoques: el enfoque de las normas generales y el enfoque del caso. Desde el primero, el Derecho es visto como un conjunto de normas generales que provienen básicamente de una serie de autoridades y cuya función primordial es guiar y coordinar la conducta futura de los ciudadanos. Para el segundo enfoque, el Derecho es fundamentalmente un mecanismo de resolución de conflictos; el principal problema es aquí cómo reconstruir los distintos materiales jurídicos (provenientes de una diversidad de autoridades) para buscar una solución jurídica al problema del que se trate. Pues bien, creo que para dar cuenta satisfactoriamente de la interpretación jurídica es necesario adoptar un modelo de Derecho que asuma, en alguna medida, la segunda perspectiva de análisis. En el ámbito jurídico, las decisiones adoptadas por cualquier instancia jurídica –incluyendo las interpretaciones– deben presentarse como justificadas jurídicamente, lo que supone que sean acordes con «el Derecho». De este modo, lo que caracterizaría precisamente a la interpretación jurídica como tal sería precisamente tener que llevar a cabo el tipo de actividades reconstructivas propias del segundo enfoque. La interpretación jurídica es una actividad que no puede llevarse a cabo, y por tanto tampoco explicarse, si no se adopta una perspectiva global del Derecho, si éste no es concebido como una unidad que pretende dar solución a determinados problemas.

Podemos ahora replantear la oposición entre el modelo interpretativo intencionalista o comunicativo, y un modelo constructivo o dependiente de valores, como el de Dworkin. Para las teorías intencionalistas, como la de Raz y Marmor, el Derecho es visto desde la primera perspectiva: todo el Derecho está basado en fuentes, lo que implica que ha de poder identificarse haciendo referencia exclusivamente a hechos sociales. Con esta exigencia se oponen expresamente tanto a la «tesis de la incorporación» (según la cual también sería Derecho lo que está implícito en el Derecho basado en fuentes) como a una «tesis de la coherencia» tipo Dworkin, Raz (1985). Se trata de un «modelo comunicativo de Derecho», según el cual el Derecho es básicamente un producto de actos de comunicación, y las peculiaridades de la interpretación jurídica pretenden ser abordadas utilizando la relación tripartita típica de cualquier situación comunicativa y que, en el caso del Derecho, vendría constituida por los siguientes elementos: Legislador / Texto legislativo / Intérprete. Pero este esquema es demasiado pobre. El intérprete jurídico no se encuentra sólo con un texto (creado por una determinada autoridad legislativa) que ha de ser interpretado, sino que ese texto se integra en un todo (en el que conviven –entre otras cosas– muchos otros textos y autoridades, además de fines y valores, actitudes, etc.); y el significado que ha de atribuírsele mediante la interpreta-

ción debe ser el significado «según el Derecho»¹³. Esta exigencia es mucho mejor atendida desde una teoría como la dworkiniana. Dejemos al margen sus complejidades y quedémonos con lo que serían los rasgos centrales de su modelo interpretativo. La interpretación es una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor ángulo; es decir, desarrollar al máximo los valores propios de su género. La actividad interpretativa implica llevar a cabo un proceso reconstructivo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por ese Derecho y se determine qué interpretación los desarrolla en mayor medida.

La evolución que ha sufrido el tema de la interpretación jurídica, pasando a situarse en el núcleo de la teoría del Derecho, va de la mano con el cambio en el paradigma jurídico del que hablábamos al principio del artículo. La teoría de la interpretación jurídica que aquí he intentado defender se caracterizaría por primar la referencia a los valores o principios del Derecho, sobre sus aspectos autoritativos; por ver al Derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos; por reivindicar el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, y defender una conexión entre las diferentes esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. Pues bien, lo que he querido mostrar es que esta teoría de la interpretación es la que mejor encaja con los rasgos que caracterizarían al Derecho según el nuevo paradigma constitucionalista que está abriéndose camino en la teoría y práctica jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J. (2000): *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.
- (2001): «Sobre la constitución del Estado constitucional», *Doxa*, 24, pp. 429-457.
- (2008): *Sobre Derecho y argumentación*, Lleonard Muntaner, Palma (Mallorca).
- ATIENZA, M. (2003): *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- (2007): «Argumentación y constitución», en J. Aguiló Regla, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Fragments para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid, pp. 113-181.
- DWORKIN, R. (1982): «Law as interpretation», en *Texas Law Review*, vol. 60, pp. 527-550.
- (1986): *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard.

¹³ Francisco Laporta llega a la misma conclusión respecto a la insuficiencia de ese esquema para dar cuenta de la interpretación en el Derecho. Sin embargo, no coincide con la opción prescriptiva aquí defendida. Cfr. LAPORTA (2007: 176 ss.).

- FERRAJOLI, L. (1966): «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, pp. 290-304.
- GIANFORMAGGIO, L. (1987): «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio», trad. J. A. Pérez Lledó, en *Doxa*, 4, pp. 87-108.
- GUASTINI, R. (1996): *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, G. Giappichelli, Torino. Existe traducción al castellano de J. Ferrer, publicada en 1999, en Gedisa, Barcelona.
- (1999): *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. Gascón y M. Carbonell, Porrúa-UNAM, México.
- HART, H.L.A (1987): «Comment» en Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, pp. 35-42.
- KELSEN, H. (1986): *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo de la 2.^a edición alemana (1960), UNAM, México.
- LAPORTA, F. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
- LIFANTE VIDAL, I. (1999a): *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (1999b): «Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica», en *Doxa*, 22, pp. 171-193.
- MARMOR, A. (1992): *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- (1995): «Autoridades y personas», trad. J. J. Moreso y P. E. Navarro, en *Doxa*, 17-18, pp. 303-330.
- MORESO, J. J. (1996): «Lenguaje jurídico», en F. Laporta y E. Garzón Valdés (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, CSIC-BOE-Ed. Trotta, S. A., Madrid, pp. 105-116.
- (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2000): «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», en *Doxa*, 23, pp. 105-118.
- RAZ, J. (1996): «¿Por qué interpretar?», trad. R. Tamayo, en *Isonomía*, 5, pp. 25-40.
- (1997): «La intención en la interpretación», trad. de J. J. Moreso y P. E. Navarro, en *Doxa*, 20, pp. 199-233.
- SAVIGNY, F. C. VON (1840): *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Centro editorial de Góngora, Madrid, vol. I.
- TARELLO, G. (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- WRÓBLEWSKI, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. A. Azurza, Civitas, Madrid.
- (1992): *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht.

Recepción: 30/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

La constitución de la realidad política

Por ISABEL VICTORIA LUCENA CID
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

Este artículo analiza la tesis searlina según la cual todo poder político representa un poder deóntico relacionado con los derechos, los deberes, las obligaciones, las autorizaciones, los permisos, la autoridad, etc. Esta concepción nos conduce a entender el poder y las funciones de estatus como un fenómeno irremediamente vinculado a la aceptación colectiva y las reglas constitutivas. Nociones como la constitución lingüística de los poderes deónticos, las razones para actuar independientemente del deseo, la racionalidad normativa y la aceptación colectiva de los sistemas políticos, constituyen algunas de las piedras angulares que se desarrollan en este trabajo dentro de un marco conceptual cuya visión realista de lo social, institucional y político tiene importantes implicaciones en el ámbito de la filosofía jurídica, política y moral.

Palabras clave: Política, poder deóntico, hechos institucionales, compromiso político, racionalidad normativa, sistema político, aceptación colectiva, función de estatus.

ABSTRACT

This article analyzes Searle's thesis according to which all political power represents a deontic power related to rights, duties, obligations, authorizations, permissions, authority, etc. This conception leads to unders-

tand to us the power and the constituent functions of status irremediably tie to the collective acceptance and constitutive rules. Notions like linguistic constitution of deontic powers, the reasons to act independently of desire, the normative rationality and the collective acceptance of the political systems, constitute some of angular stones of a conceptual frame whose social, institutional and politic realistic vision have important implications in the scope of the legal, political and moral philosophy.

Key words: *Policy, deontic power, institutional facts, political commitment, normative rationality, political system, collective acceptance, function of status.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BASES CONCEPTUALES DE LA ONTOLOGÍA POLÍTICA DE JOHN SEARLE.—III. LA CONCEPCIÓN SEARLIANA DEL PODER POLÍTICO. 3.1 *El poder político como poder deóntico.* 3.2 *El compromiso político: Razones para actuar independientemente del deseo.* 3.2.1 *Hacia un modelo de racionalidad normativa.* 3.3 *Aceptación colectiva: todo poder político viene de abajo.* 3.3.1 *De la intención colectiva a la intención conjunta: el factor acuerdo.* 3.3.2 *La aceptación colectiva del sistema político*

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2003 John R. Searle publicó un trabajo titulado «Social Ontology and Political Power»¹, y ese mismo año apareció bajo el título «Ontologia Sociale e Potere Politico» en el volumen colectivo a cargo de Paolo di Lucía, *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*². El objetivo de Searle es explicar «la ontología del poder político» y «el papel del lenguaje en la constitución de dicho poder». La tesis principal de su libro *La construcción de la realidad social* comporta implícitamente una ontología política, o al menos, una relación entre una posible filosofía política y la filosofía del lenguaje. La pregunta que planteaba en aquella ocasión pretendía responder al hecho de ¿cómo reconciliar una determinada concepción que tenemos de nosotros mismo, como agentes conscientes, inteligentes, libres, sociales y políticos, con una concepción del mundo en virtud de la

¹ Publicado en SCHMITT, F. F. (ed.) 2003, *Socializing Metaphysics: The nature of social reality*, Lanham, MD: Rowlan and Littlefield. pp. 195-210.

² SEARLE, John R. «Ontologia sociale e potere político» en Di Lucía, Paolo (2003), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*. Macerata: Quodlibert, pp. 27-44. Cfr. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*. Barcelona, Paidós.

cual éste está constituido por partículas físicas desprovistos de inteligencia y de significación, sometidas a campos de fuerzas? En este nuevo trabajo da un paso más y vuelve a plantear la misma cuestión introduciendo un nuevo elemento: ¿cómo puede existir una realidad política en un mundo constituido por partículas físicas?

Con objeto de responder a esta nueva pregunta, Searle retoma los postulados ontológicos descritos en su obra *La construcción de la realidad social* y vuelve a establecer las distinciones ontológicas y epistemológicas que le sirvieron de base para explicar los hechos institucionales y la realidad institucional. El argumento lo exponía entonces de la siguiente manera: ciertos elementos de la realidad son independientes del observador: fuerza, masa, atracción gravitatoria, fotosíntesis, enlace químico; otros elementos, por el contrario, son relativos al observador y su existencia depende de las actitudes, los pensamientos y de la intencionalidad de los observadores, los usuarios, los creadores, diseñadores, comparadores, vendedores o, de manera más general, de agentes intencionales conscientes. Ejemplos de elementos que dependen del observador son el dinero, la propiedad, el matrimonio, el lenguaje, etc.³

A esta distinción Searle añade otra más basada en la objetividad y la subjetividad epistémica por un lado, y en la objetividad y la subjetividad ontológica, por otro. La objetividad y subjetividad epistémica son propiedades de las aserciones. En este sentido, una aserción puede determinarse de manera independiente del sentimiento, las actitudes y las preferencias, etc., de quienes las hacen o de quienes las interpretan. Decir, por ejemplo, que «Zapatero es el actual presidente de España» es epistémicamente objetiva, sin embargo, decir que «Zapatero es mejor presidente que su antecesor Aznar», es epistémicamente subjetiva. En lo que respecta a la objetividad ontológica y la subjetividad ontológica, éstas son propiedades de la realidad. De este modo, los dolores y el hambre, por ejemplo, son ontológicamente subjetivos porque su existencia depende del hecho de que los experimenta un sujeto humano o un animal. Sin embargo, las montañas, las playas y las moléculas son ontológicamente objetivas ya que su existencia no depende de experiencias subjetivas.

La justificación de estas distinciones en el marco de la actual discusión le lleva a Searle a concluir que «prácticamente toda nuestra realidad política es relativa al observador. Unas elecciones, un parlamento, un jefe de gobierno o una revolución, por ejemplo, son lo que son únicamente si la gente adopta ciertas actitudes al respecto. De ahí que todos los fenómenos sociales o políticos contengan una parte de subjetividad ontológica. Ahora bien, la subjetividad ontológica como tal no implica la subjetividad epistémica. Puede existir un ámbito

³ SEARLE, John, R. (2003), «Ontologia sociale y potere politico» *op. cit.*, p. 28, y SEARLE, John R. 2004, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, *op. cit.*, p. 93.

como la política o la economía dentro del cual las entidades sean ontológicamente subjetivas, aunque a propósito de ellas puedan siempre hacerse aserciones epistémicamente objetivas. De este modo, la presidencia de EE.UU. es un fenómeno relativo a un observador, es ontológicamente objetiva. Por el contrario: el hecho de que Barack Obama sea actualmente el presidente de los EE.UU. es un hecho epistémicamente objetivo⁴.

Basándonos en las anteriores consideraciones, nos proponemos examinar en este trabajo la visión searlina de la realidad política. Para ello, retomamos una serie de presupuestos sobre los que Searle articula la tesis medular de su ontología política: todo poder político es una cuestión de funciones de estatus y por esta razón todo poder político es un poder deóntico. Dado que todo poder político es una cuestión de funciones de estatus, todo poder político, aunque se ejerza desde arriba, viene de abajo. Los sistemas de funciones de estatus funcionan, al menos en parte, porque el reconocimiento de los poderes deónticos nos provee de razones para actuar independientes del deseo. Estos principios nos ofrecen, como tendremos ocasión de ver, una explicación o justificación del aparato conceptual en virtud del cual se deduce el paso de los hechos brutos a los hechos sociales e institucionales y de ahí a la especificidad de los hechos políticos.

2. BASES CONCEPTUALES DE LA ONTOLOGÍA POLÍTICA DE JOHN R. SEARLE

Las distinciones ontológicas/epistemológicas y objetivas/subjetivas le proporcionan a Searle una herramienta metodológica excepcional de observación de la realidad social y política. Repara en Aristóteles para rescatar su célebre afirmación de que «*El hombre es un ser social y político*» y para subrayar que ciertamente existen muchas especies de animales que muestran conductas gregarias o sociales, pero sólo el ser humano es, además de un animal social, un animal político. Este convencimiento le induce a replantearse sus cuestiones iniciales acerca de la capacidad humana para crear hechos sociales e institucionales, y se pregunta si hay que añadir algún elemento extra a los hechos sociales para que sean considerados específicamente políticos: «¿qué hay que añadir a los hechos sociales para que lleguen a ser hechos políticos?»⁵ Es decir, ¿qué aspectos tendría que añadir a su ontología social para convertirla en ontología política, o como él la denomina, ontología del poder político?

⁴ Vid. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 94.

⁵ *Ibidem* SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 95.

La capacidad humana de crear hechos sociales tiene una base biológica que los seres humanos comparten con otras especies. Searle denomina esta capacidad, intencionalidad colectiva. Esta intencionalidad colectiva es un fenómeno consistente en compartir formas de intencionalidad en el marco de la cooperación humana o animal⁶. No obstante, ¿se puede demostrar que la intencionalidad tiene una base biológica? ¿Existe alguna distinción entre la acción colectiva y la cooperación humana? A este respecto, Searle insiste en que la intencionalidad colectiva está presente en todo comportamiento cooperativo, en todo deseo o creencia compartidos, en los que los agentes son conscientes de compartir deseos, creencias o intenciones. Este aspecto de la realidad social no es algo nuevo, sociólogos tan influyentes como Durkheim, Simmel y Weber señalaron en su día que la intencionalidad colectiva supone la base de la sociedad, aunque no lo hayan expresado en los mismos términos.

Ahora bien, ¿cómo se pasa de los hechos brutos a los hechos sociales e institucionales? Searle sostiene que la intencionalidad colectiva basta para crear toda forma simple de realidad social o de hechos sociales. En este sentido entiende que un hecho social es cualquier hecho que entrañe la intencionalidad colectiva de dos o más agentes humanos o animales. Pero la simple intencionalidad colectiva está muy lejos de fenómenos sociales como el dinero, la propiedad, el matrimonio, el gobierno, etc., y por consiguiente, la condición de animal social está muy lejos de la condición de animal político, por ello se formula la pregunta ¿qué hay que añadir específicamente a la intencionalidad colectiva para llegar a las formas de realidad institucional característica de los seres humanos y, en particular de la realidad política humana? Searle resuelve esta cuestión acudiendo a dos elementos suplementarios pero de igual importancia en su explicación: la atribución de funciones y las reglas constitutivas. En la combinación de estos tres elementos, la intencionalidad colectiva, la asignación de funciones y las reglas constitutivas, se encuentra el fundamento mismo de la noción searlina de sociedad específicamente humana⁷.

Un fenómeno notable que se ha dado a lo largo de la historia de la humanidad es que los seres humanos utilizan todo tipo de objetos para realizar funciones que pueden ejecutarse gracias a las características

⁶ «La intencionalidad colectiva existe cuando un grupo de animales coopera para cazar su presa, o cuando dos personas mantienen una conversación, o cuando un grupo de individuos trata de organizar una revolución». Vid. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 95.

⁷ Vid. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 97, Cfr. SEARLE, John R. (1997), *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós. SEARLE, John R. (2001), *Mente, lenguaje y sociedad*, Madrid, Alianza Editorial. SEARLE, John R. (2003), «Ontología Sociale e Potere Politico», op. cit., p. 30; SEARLE, John R. «What is an Institution?», *Journal of Institutional Economics*, Volumen 1, Issue 01, January 2005.

físicas de dichos objetos. En el nivel más primitivo nos hemos servido de palos para que funcionaran como palancas o de bancos como asientos, en cambio, en el nivel más elaborado de las sociedades contemporáneas hemos desarrollado la capacidad de crear objetos para funciones más específicas y complejas. Si examinamos con detenimiento a los seres humanos descubriremos además una habilidad superior: la «capacidad de imponer una función a los objetos que, a diferencia de los palos, las palancas, las cajas y el agua salada, no pueden desempeñar la función gracias a su estructura física, sino más bien gracias a una determinada forma de aceptación colectiva basada en un determinado estatus de dichos objetos»⁸. No es, ciertamente, el hecho de su estructura física el que permite a los trozos de papel (los billetes) cumplir su función, sino el hecho de que nosotros adoptemos un conjunto de actitudes al respecto: esas piezas de papel son capaces de realizar esta función porque reconocemos su estatus⁹.

Para explicar cómo es posible que existan estas funciones de estatus Searle introduce la tercera noción: las reglas constitutivas y para ello vuelve sobre una antigua distinción presente en sus trabajos más tempranos: la distinción entre los «hechos brutos y los hechos institucionales». Los hechos brutos pueden existir sin institución humana alguna, de modo que el hecho de que «la tierra gire en torno al sol» es un hecho bruto. No obstante, los hechos institucionales precisan para existir, como el nombre indica, de instituciones humanas. El hecho de que una persona sea ciudadana española o que un trozo de papel sea un billete de 50 euros, constituyen ejemplos de hechos institucionales. Pero ¿cómo son posibles estos hechos? Para dar razón de ellos, debemos establecer otra distinción entre tipos de reglas: las reglas regulativas que rigen formas de comportamiento existentes, por ejemplo, la regla que impone «circular por la derecha» se encarga de regular la circulación, y las reglas constitutivas que no sólo regulan, sino que crean la posibilidad de nuevas formas de conducta o las definen. Las reglas constitutivas tienen normalmente la forma: X cuenta como (tiene el valor de, el sentido de) Y en el contexto C. Tal o cual regla cuenta como el movimiento del caballo del ajedrez, tal o cual posición cuenta como un jaque mate, un individuo que posea ciertas prerrogativas cuenta como presidente de Francia. El elemento clave en el paso de los hechos brutos (funciones físicas) a hechos institucionales (función de estatus) reside en cómo, al concederle un estatus a algo, le atribuimos una función basada en dicho estatus. Para Searle, la propiedad —específicamente humana— que permite atribuir un estatus a cosas que de por sí no tienen, y a continuación conferirles, asociados a ese estatus, un conjunto de funciones que sólo pueden ejercerse en

⁸ Vid. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 98.

⁹ *Ibidem* SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 99.

virtud de la aceptación colectiva del estatus y de su función correspondiente, es la que hace posible los hechos institucionales¹⁰.

La noción de función de estatus reviste un carácter de especial importancia en la ontología política searlina como tendremos ocasión de apreciar más adelante. Las funciones de estatus van unidas siempre a poderes positivos y negativos. Así por ejemplo, «la persona que posee dinero o propiedades, o está casada, tiene poderes, derechos y obligaciones que de otro modo no tendría. Nótese que estos poderes revisten una forma particular; no corresponden, por ejemplo, al poder de alimentación eléctrica ni al poder que un individuo tendría sobre otro gracias a su fuerza física bruta»¹¹. Los poderes que constituyen los hechos institucionales, a diferencia de los poderes físicos, son siempre poderes relacionados con deberes, derechos, obligaciones, compromisos, autorizaciones, exigencias y permisos. Searle denomina estos tipos de poder «poderes deónticos». Una cuestión esencial al respecto es que esta variedad de poder está sujeta al reconocimiento y la aceptación colectiva.

Hasta aquí hemos subrayado la importancia de nociones como la intencionalidad colectiva, las reglas constitutivas y las funciones de estatus, ahora es el momento de insistir en otro elemento esencial en la ontología searlina: el papel del lenguaje y del simbolismo en la constitución de la realidad política. Cuando declaramos que Zapatero es el presidente de España estamos ante una simple afirmación de hechos, igual que si se dijera que hace calor en Sevilla. Sin embargo, ¿por qué el lenguaje es más constitutivo del hecho cuando se trata de Zapatero que cuando se trata del calor? Para comprender esto hemos de entender el tránsito que se produce de X a Y por el cual conferimos un determinado estatus a algo que no lo tiene intrínsecamente, sino sólo en virtud de nuestras actitudes (*we-attitude*), son hechos, como vimos, relativos al observador, y que sólo pueden existir mediante la representación de que existen¹². Además, para que puedan ser representados como existentes «es preciso que dispongamos de un medio para representarlos. Y ese medio es un cierto sistema de representación o, como mínimo, un cierto procedimiento simbólico, a través del cual se representa el fenómeno X como poseedor del estatus Y. Para que Bush sea presidente, es necesario que la gente piense que lo es; ahora bien, para que piense que es el presidente es preciso que tengan

¹⁰ SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 101.

¹¹ ZAIBERT, Leo, «Toward meta-Politics» en *The Quarterly Journal of Australian Economics*, vol. 7, núm. 4 (invierno 2004) pp. 113-128. Vid. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 102.

¹² SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., pp. 103-104.

un medio para pensarlo, y dicho medio ha de ser lingüístico o simbólico»¹³.

Por ello, el lenguaje es «la institución social básica, no solamente en el sentido de que el lenguaje es necesario para la existencia de las demás instituciones, sino también en el sentido de que los elementos lingüísticos se autoidentifican, por así decir, como lingüísticos»¹⁴. En su libro *Actos de Habla*, Searle afirmaba que la función del lenguaje es la comunicación, que nos servimos del lenguaje para comunicarnos con los demás y, en un sentido limitado, para comunicarnos con nosotros mismos en nuestro pensamiento. Ahora, además, el lenguaje «desempeña un papel suplementario, el lenguaje es una parte constitutiva de la realidad institucional»¹⁵.

Teniendo en cuenta los argumentos precedentes, la tesis, que en nuestra opinión defiende Searle, se podría enunciar de la siguiente manera: la realidad política y, por extensión, todo poder político es fruto del reconocimiento y aceptación colectiva de las funciones de estatus, cuyos poderes deónticos, constituidos simbólicamente o lingüísticamente, representan razones para actuar independientemente del deseo. Las ventajas y deficiencias de esta visión serán más evidentes en función de los conceptos de política y poder que apliquemos a la propuesta searlina.

3. LA CONCEPCIÓN SEARLIANA DEL PODER POLÍTICO

El propósito de Searle en su trabajo «Ontología social y poder político» no es contribuir a la discusión de la filosofía política occidental, sino explorar algunas de las relaciones que existen entre la ontología de la realidad social y la específica forma de realidad social que supone el poder político. Su objetivo es mostrar cómo la realidad política es un caso especial de la realidad social e institucional. Algunas de las nociones fundamentales que usa para describir y analizar la naturaleza de la realidad social e institucional podrían darnos ideas sobre la naturaleza de la realidad política. A este efecto, destacamos cuatro categorías que podrían ayudar en esta empresa. La primera de ellas es la noción de función de estatus junto a la de hechos institucionales y poderes deónticos. Asociada a estas nociones se encuentra la de aceptación colectiva, que constituyen y mantienen las funciones de estatus. La tercera idea está relacionada con el papel del lenguaje en la

¹³ SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 102.

¹⁴ SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 105.

¹⁵ SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, op. cit., p. 106.

constitución de los fenómenos sociales y políticos. Y por último, la cuarta categoría está relacionada con la peculiar habilidad humana de crear razones para actuar independientes del deseo. Searle atribuye a los seres humanos la capacidad de reconocer y estar motivados por razones para la acción que no responden a sus primeras inclinaciones, deseos o intereses. Esta capacidad constituye una de las razones fundamentales de la existencia de la civilización humana y, *a fortiori*, la que posibilita organizarse políticamente¹⁶. Aunque cada una de estas ideas se explican por sí mismas, necesitamos de todas ellas para comprender la propuesta ontológica sobre el poder político searliano.

Sobre la base de los distintos argumentos expuestos, examinaremos estos postulados con el fin de responder a la cuestión que plantea Searle en los siguientes términos: ¿qué tenemos que añadir a los hechos sociales para que lleguen a ser hechos políticos?

3.1 El poder político como poder deóntico

La tesis según la cual «todo poder político es cuestión de funciones de estatus, razón por la cual todo poder político es un poder deóntico», representa el eje central sobre el que se desarrollan los demás principios que conforman el contenido esencial del trabajo searliano «Ontología social y poder político». Como vimos anteriormente, los poderes deónticos tienen que ver con los derechos, los deberes, las obligaciones, las autorizaciones, los permisos, la autoridad, etc. El poder de los dirigentes del partido local y del consejo municipal, así como el poder de las grandes figuras (presidentes, jefes de gobierno, miembros del congreso, o del tribunal supremo) derivan todos por igual del hecho de que esas entidades poseen funciones de estatus reconocidas¹⁷.

En *La construcción de la realidad social* Searle utiliza la terminología de poder convencional para distinguirlo del poder bruto aunque, como él mismo admite, a menudo conceder poder convencional significa autorizar el uso del poder bruto, como sería el caso de los cuerpos de seguridad del Estado en casos de excepción. No obstante, Searle argumenta que el uso de la violencia por parte de la policía y del poder militar se contraponen al poder político. De igual modo, los conflictos entre grupos étnicos y religiosos, la violencia generada por las ideologías, el terrorismo internacional, la guerra no declarada entre Estados, no pueden ser considerados políticos. De este modo, Searle contraponen la estructura lógica del poder deóntico a la estructura lógica del poder fundado sobre la fuerza.

¹⁶ SEARLE, John R. «Ontologia sociale e potere politico» *op. cit.*, p. 30. Vid. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁷ SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*. *op. cit.*, p. 108.

Ante este argumento, Oppenheim se manifiesta en desacuerdo con la consideración searliana de que el poder físico bruto del más fuerte sobre el más débil deba ser distinto del poder político¹⁸. Es más, considera que la caracterización de Searle de poder político como esencialmente deóntico no violento y no egoísta es una representación idealizada de las democracias occidentales. Ciertamente, sólo en los sistemas democráticos constitucionales el individuo es la fuente de cada poder político, pero sólo en teoría. En opinión de Oppenheim, casi todos (si no todos) los actos de ejercicio de poder político (y la respuesta a ellos) son hechos basados en el interés personal, y los conflictos de naturaleza política son generalmente o no resueltos del todo o resueltos mediante el uso de la fuerza bruta¹⁹.

La contraposición entre el poder deóntico y el poder bruto, está basada en la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales²⁰ según la cual la estructura lógica básica de los hechos institucionales tiene la forma «X cuenta como Y en el contexto C», fórmula que pone de relieve las reglas constitutivas que nos posibilita crear los hechos institucionales. Junto a esta caracterización, Searle ofrece otra fórmula que explica la creación de poderes básicos en la sociedad, centrándose en la forma general del contenido de la función de estatus de Y. Si «el contenido de Y viene impuesto al elemento X por aceptación colectiva, esas aceptaciones colectivas (reconocimientos, creencias, etc.) deben tener algún contenido; y lo que sugiero es que para una amplia clase de casos el contenido tiene que ver con alguna modalidad de poder convencional en la que el sujeto se relaciona con algún tipo de acción o con algún curso de acciones (...). Puesto que el poder es siempre poder para hacer algo o de impedir que algún otro haga algo, el contenido proposicional de las funciones de estatus de poder es siempre en parte que (*S* hace *A*)»²¹. Donde *S* representa a una persona y *A* una acción o una actividad. La estructura primitiva de la regla constitutiva *X cuenta como Y en C* se convierte ahora en la estructura básica del poder convencional: *Nosotros aceptamos [S tiene poder (S hace A)]*.

¿Qué relación existe entre ambas fórmulas: *X cuenta como Y en C* y *Nosotros aceptamos [S tiene poder (S hace A)]*? La respuesta que

¹⁸ Cfr. OPPENHEIM, Felix, E. «Potere Bruto e potere deontico Una risposta a Searle» en Di Lucia, Paolo (ed.), 2003, *Ontología Sociale...*, op. cit., pp. 105-107.

¹⁹ OPPENHEIM, Felix, E. «Potere Bruto e potere deontico» Una risposta a Searle. en Di Lucia, Paolo (ed.), 2003, *Ontología Sociale...*, op. cit., pp. 106-107.

²⁰ En opinión de Alarcón, en su combate contra «la falacia de la falacia naturalista» Searle distingue dos tipos de deberes «los "deberes categóricos" y los "deberes hipotéticos". Searle ha basado su "antidivisionismo" en la partición de la realidad en dos áreas, la de los hechos institucionales y la de los hechos brutos. A diferencia de los hechos brutos, los hechos institucionales presuponen la existencia de determinadas instituciones, compuestas por un conjunto de reglas "constitutivas", por un conjunto de reglas que crean o definen nuevas formas de conducta, que constituyen una actividad cuya existencia es dependiente, desde un punto de vista lógico, de las reglas». ALARCÓN, Carlos, (2001), *Causalidad y normatividad*, op. cit., p. 33.

²¹ SEARLE, John R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p. 116.

ofrece Searle es que no aceptamos solamente que alguien tiene poder, sino que aceptamos que tiene poder en virtud de su estatus institucional. Un ejemplo de *X cuenta como Y en C* sería: satisfacer ciertas condiciones hace posible que alguien sea Presidente del Estado. Pero una vez que hemos aceptado que alguien es el Presidente, aceptamos también que tiene poder para realizar ciertas cosas. Tiene el poder positivo de mandar sobre las fuerzas armadas, pero también tiene el poder negativo, es decir, la obligación de gobernar la nación. Tiene el *derecho* de mandar sobre el ejército y las fuerzas de seguridad y tiene el *deber* de dirigir el gobierno. El énfasis sobre la aceptación colectiva se refleja en el análisis que realiza Searle del poder convencional: aceptamos que *S* tiene poder (*S* hace *A*) porque $S=X$, y nosotros aceptamos que *X cuenta como Y*, y que la función de estatus conlleva el reconocimiento de los poderes deónticos²².

Searle distingue varios tipos de poder convencional: simbólico, deóntico, honorífico y procedimental. En nuestro caso nos centraremos en el tipo de poder convencional normativo (deóntico), es decir, aquellos poderes que son fruto de la asignación de una función estatus específica con consecuencias en el ámbito de los derechos, responsabilidades, obligaciones, deberes, privilegios, habilitaciones, castigos, autorizaciones, permisos y otros fenómenos deónticos²³. Partiendo de que el *estatus Y* confiere (o niega) poder, Searle clasifica estos fenómenos deónticos dentro de otras dos categorías que se corresponden con la de los poderes positivos y negativos: «la primera se da cuando el agente es dotado con algún poder, certificado, autorización, habilitación, derecho, permiso o cualificación nuevos que le capacitan para hacer algo que no podría hacer de otro modo; la segunda se da cuando el agente es o está requerido, obligado, ligado por el deber, castigado, prescrito o forzado de algún modo a hacer algo que de otro modo no sería factible»²⁴.

²² SEARLE, John R. «Social Ontology: Some Basic Principles» en *Anthropological Theory*, Vol. 6 (1) 2006, *op. cit.*, p. 18; Cfr. SEARLE, John R. «What is an Institution?» en *Journal of Institutional Economics*, Volume 1, Issue 01, January 2005 pp. 1-22.

²³ SEARLE, John R. (1997), *La construcción...*, *op. cit.*, p. 112. Cfr. SEARLE, John R. «Human Rights» en www.socrates.berkeley.edu/~jsearle/130/HumanRights.doc. Este documento se encuentra colgado en Internet con fecha de 23 de marzo de 2007 y con el título «Chapter Six. Human Rights». En nuestra opinión forma parte del nuevo trabajo que está realizando Searle y del que sólo disponemos como primicia de este capítulo. El primer apartado del mismo trata de los derechos como funciones de estatus. Los derechos son siempre relativos al observador y dado que son funciones de estatus, son atribuidos gracias a la intencionalidad colectiva. Los derechos humanos no se descubren en la naturaleza al igual que se descubre un fenómeno como la fotosíntesis. Véase también los interesantes trabajos de MILLER, Seumas «Artefacts and Collective Intentionality» en *Techné*, Vol. 9 (2) Winter, 2006, pp.52-67; ARTOSI, Alberto «On the Notion of an Empowered Agent» en www.cirfid.unibo.it/~agsw/lea02/pp/Artosi.pdf.

²⁴ SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, *op. cit.*, p. 116. Alarcón clarifica esta distinción entre poderes positivos y poderes negativos diciendo que «los primeros

Si tenemos en cuenta «no los objetos sociales, como el dinero, las universidades o los Estados, sino los agentes que operan sobre y dentro de esos objetos la distinción se establece entre lo que el agente *puede* hacer y lo que el agente *debe* (y *no debe*) hacer, entre lo que el agente está *capacitado* para hacer y lo que *requiere* que haga como resultado de la asignación de estatus determinado por el término Y»²⁵. A esta distinción entre poderes positivos y negativos, Searle añade otras dos distinciones que se dan entre la *creación* y la *destrucción* de poderes convencionales y los poderes convencionales *procedimentales* y *terminales*. Un ejemplo de esto último sería la distinción entre recibir cierto número de votos y ganar las elecciones: obtener votos es un paso procedimental en el camino de ganar, y ganar es el término del proceso electoral. Como podemos observar, las funciones de estatus procedimentales son funciones deónticas condicionales, es decir, cuando se satisface el antecedente condicional el resultado es un paso en la jerarquía iterada de la realidad institucional. Por su parte, las formas básicas de capacitación y requerimiento se representan de la siguiente manera:

Nosotros aceptamos [S está capacitado (S hace A)]

Nosotros aceptamos [S es requerido (S hace A)]²⁶

En relación a los actos de creación y destrucción de poderes, esos actos pueden realizarse en virtud de otro poder convencional como sería el caso del matrimonio/divorcio. Es decir, en el caso en el que una acción implique la creación o destrucción del poder, este mismo acto es un ejercicio de poder convencional. En la destrucción de un poder convencional «la negación opera sobre la aceptación colectiva, no el contenido de la aceptación»²⁷. En caso de la ruptura de un matrimonio entre S_1 y S_2 la consecuencia sería:

Nosotros ya no aceptamos (S_1 y S_2 están casados)

Para Mourgal esta afirmación no es demasiada afortunada porque no se distingue entre un divorcio o el colapso de la aceptación del matrimonio. En su opinión, lo que se expresa es un cambio: el cambio en cuestión no afecta a nuestra aceptación o no de que S_1 y S_2 estén casados, sino a la aceptación de un nuevo hecho institucional: el divorcio. Su propuesta la formula de la siguiente manera:

Nosotros aceptamos (S_1 y S_2 se han divorciado).

hacen referencia a deberes *anankásticos*, a "poderes, certificados, autorizaciones, habilitaciones, derechos, permisos o cualificaciones" que posee el agente y le capacitan para hacer algo, y para que lo que haga cuente institucionalmente, por lo que actúan sobre él influyendo indirectamente en su comportamiento. Los segundos hacen referencia a deberes deónticos, a "exigencias, obligaciones, vínculos, castigos, prescripciones o coacciones" que actúan sobre el agente influyendo directamente en su comportamiento. ALARCÓN, Carlos, (2001), *Causalidad y Normatividad*, Sevilla: MAD, p. 104.

²⁵ SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p. 113.

²⁶ SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, op. cit., pp. 116-117.

²⁷ SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p. 118.

Searle de hecho vuelve sobre este aspecto de nuevo diciendo que «el argumento básico a favor de entender la estructura lógica de la destrucción del poder convencional como aceptación colectiva, en vez de como negaciones de contenido de la aceptación, es que éstas no requieren el mantenimiento continuado de la función de estatus, mientras que el poder convencional sí»²⁸. El matrimonio requiere un mantenimiento continuado de la aceptación colectiva mientras que en el caso del divorcio no²⁹.

Como resultado de su investigación sobre la clasificación de los poderes institucionales en simbólicos, deónticos, honoríficos y procedimentales, Searle concluye que desde el punto de vista de la estructura lógica de la realidad social, lo único que tenemos son creaciones y destrucciones de poderes convencionales que pueden ser simbólicos u honoríficos, negativos o positivos y condicionales. Algunos de estos poderes son colectivos y otros son individuales y en último caso representan variaciones sobre iteraciones de la estructura básica³⁰. Lo que sí mantiene, aunque no lo demuestra definitivamente, es que la operación lógica primitiva por medio de la cual la realidad institucional es creada y constituida tiene la forma:

Nosotros aceptamos, nos apercebimos, conocemos, etc., colectivamente que [S tiene poder (S hace A)]³¹.

Sobre la base de estos argumentos, Searle considera que la estructura básica del poder nos permite captar todos los rasgos lógicos del contenido intencional de la función de estatus Y en la fórmula «X cuenta como Y», demostrándonos «que la enorme complejidad del cuerpo de la realidad institucional tiene un esqueleto muy simple»³². Sin embargo, a pesar de la coherencia lógica de su explicación, surgen cuestiones problemáticas en torno a la distinción entre poderes positivos y negativos, sobre la analogía que presenta Searle entre la dimensión deóntica y la dimensión de poder, y entre autoridad y poder³³. Por otro lado, el papel que juega la noción de regla constitutiva no queda muy clara dentro de la estructura lógica del poder convencional. Para Searle, las reglas constitutivas confieren poder a través de la atribución de un estatus y una función. El problema es que Searle no explica

²⁸ SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p.120.

²⁹ Cfr. MOURAL, Josef, «Searle's Theory of Institutional Facts» A Program of Critical Revision» en Grewendorf, Günter y Meggle, Georg, 2002. *Speech Acts, Mind, and Social Reality*, Dordrech. Boston: Kruwer Academic Publishers, pp. 283-284.

³⁰ SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, op. cit., pp. 122-23.

³¹ SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p. 122.

³² SEARLE, John, R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p. 123.

³³ ARTOSI, Alberto, «On the Notion of an Empowered Agent», www.cirfid.unibo.it/~agsw/lea02/pp/Artosi.pdf y ARTOSI, Alberto, ROTOLO, Antonino, y VIDA, Silvia «On the logical Nature of Count-as Conditionals», en Cervenini, C. (ed.) 2004 *Proceedings of LEA*. Bologna: Gedit pp. 9-34. Sobre esta discusión véase también ALARCÓN, Carlos, (2001), *Causalidad y Normatividad*, op. cit., pp. 99-109.

de qué manera sucede eso. Si bien es cierto que ofrece elementos teóricos que justifican los mecanismos de asignación de función basados en fórmula «*count as*», no especifica cómo funcionan las reglas constitutivas como reglas que confieren poder. Por ejemplo, no desarrolla suficientemente cómo una regla constitutiva del tipo «A cuenta como el oficiante de una ceremonia de matrimonio» confiere a A poder (colectivamente aceptado) para unir dos personas en matrimonio.

A tenor de lo expuesto anteriormente sobre la visión searliana del poder convencional, podemos deducir que Searle se adhiere a la línea de pensamiento tradicional sobre el poder entendido en términos de capacidad y funciones de estatus deónticas. Estas funciones de estatus se traducen en dos categorías amplias de poder denominadas poderes positivos y negativos. La primera de ellas, como hemos visto, se da cuando el agente está dotado con algún poder que le *capacita* para hacer algo que no podría hacer de otro modo. La segunda se da cuando el agente es o puede ser requerido, esto es, le prohíbe o le obliga, ligado *por el deber*, a hacer algo que de otro modo no sería factible.

3.2 El compromiso político: razones para actuar independientemente del deseo

Tal y como se ha definido anteriormente, construimos la realidad social y política asignando y aceptando colectivamente funciones de estatus y las mantenemos a través del trasfondo³⁴. Como hemos tenido ocasión de apreciar anteriormente, las funciones no son rasgos intrínsecos del mundo, son siempre rasgos dependientes del observador. Los dos tipos de funciones que describe son las funciones agentivas y las no-agentivas.

El primer tipo de funciones son aquellas que tienen que ver con las funciones que le asignamos a los distintos objetos y fenómenos de la realidad. Son estas funciones agentivas las que Searle denomina «funciones de estatus» cuya misión es «representar», «simbolizar», «contar como» y de modo general, «significar». Unida a esta noción, Searle desarrolla el concepto de *razones para actuar independientes del deseo* en el marco de las conferencias Nicod que pronunció durante el año 2000 en el Collège de France de París. Dichas conferencias aparecieron luego en una versión más elaborada bajo el título de *Razones*

³⁴ Searle define el concepto de trasfondo como «el conjunto de capacidades no intencionales o preintencionales que hacen posibles los estados intencionales de función» «para explicar cómo podemos relacionarnos con estructuras de desempeño de papeles como el lenguaje, la propiedad o el dinero, el matrimonio, etc., cuando no conocemos las reglas y, por tanto, no las podemos observar ni consciente ni inconscientemente, tengo que apelar a la noción (...) del trasfondo». Vid. SEARLE, John R. (1997), *La construcción...*, *op. cit.*, pp. 140-141.

para actuar. Una teoría del libre albedrío³⁵. Cuando presentó aquella ponencia y redactó su libro no apreció el hecho de que algo podía ser una razón para actuar independientemente del deseo sin que el agente lo concibiera de ese modo. Ahora, en el contexto de su ontología del poder político, se propone aproximar las dos nociones y sostiene que las *funciones de estatus*, descritas en *La construcción de la realidad social*, son precisamente *razones para actuar independientes del deseo*. De ahí se sigue que el reconocimiento de las funciones de estatus en que se funda el poder político es en sí mismo el reconocimiento de unas razones para actuar independientemente del deseo. Lo verdaderamente llamativo aquí es que todo el sistema social y político se funda en la capacidad de los agentes humanos de reconocer razones independientes del deseo y actuar en virtud de ellas³⁶.

Veamos más detalladamente esta tesis de Searle. Teniendo como base los hechos brutos, los hechos institucionales y políticos representan el marco donde se desarrolla nuestra actividad, ya sea individual o colectiva. A partir de este presupuesto, Searle busca explicar una *racionalidad* que explique nuestra actividad basada en el hecho de reconocer ciertas cosas como razones para actuar. Pero ¿en que se basan las razones para actuar independientemente del deseo?, ¿en qué consiste que *X* sea reconocido como una razón para *Y*?³⁷ Searle se opone al modelo clásico de racionalidad sobre las acciones humanas, modelo según el cual los actos racionales sólo pueden motivarse por un deseo o interés del agente³⁸. Frente a esta visión, Searle sostiene que existe una brecha causal entre las creencias y deseos por un lado y la acción por otro: «la brecha donde interviene la toma racional de decisiones es, en realidad, triple. La primera brecha se da entre las razones para hacerse una idea de lo que uno va a hacer y la decisión efectiva que uno toma. La segunda se produce después de que uno se ha hecho una idea de qué hacer, en este caso tiene todavía que decidir cuándo hacerlo de modo efectivo. Y por último, en el caso de las actividades que se extienden en el tiempo, hay otra brecha entre el inicio

³⁵ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Oviedo, Ediciones Novetel.

³⁶ SEARLE, John R. «Ontologia sociale e potere político» en Di Lucia, Paolo (2003), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*. op. cit., p. 32. SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*. op. cit., p. 107.

³⁷ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo» en *Revista Laguna*, vol. 10, 2002, p. 88. Vid SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Mariano, «Esa fuerza tan especial del compromiso» en *LOGOS. Anales del Seminario de Metafísica*, núm. 36, 2003, pp. 283-288.

³⁸ Vid. BEJARANO, Teresa, «Acerca de las razones para actuar de Searle», en *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 26, 2001, pp. 259-273.

de la acción y su continuación mediante esfuerzo voluntario continuo hasta que se la completa»³⁹.

El modelo clásico basado en las teorías de la decisión racional o en las concepciones instrumentales de la racionalidad, únicamente atienden al primer tipo de razones, esto es, a aquellas que son dependientes de los deseos y que incluyen, por ejemplo, los intereses, los fines, preferencias, utilidades, valores aceptados, etc. Este modelo se apoya en seis principios básicos: a) las acciones racionales están causadas por creencias y deseos; b) la racionalidad consiste en seguir ciertas reglas; c) la racionalidad es una facultad cognitiva separable de otras; d) los casos de debilidad de la voluntad, o *akrasia*, son literalmente imposibles; e) la racionalidad práctica debe suponer siempre unos deseos, o fines, objetivos e intereses, etc., la racionalidad sólo es posible si esos conjuntos de deseos primarios son consistentes⁴⁰.

En su obra *Razones para actuar*, Searle discute cada uno de estos supuestos ofreciendo distintos argumentos para definir un concepto de racionalidad no instrumental, basada en el compromiso. Con respecto al primero de ellos sostiene que las acciones racionales no pueden tener antecedentes causales suficientes, es decir, no estarían causadas por creencias y deseos. A su juicio, solo aquellos que estén bajo los efectos de sustancias tóxicas, o en condiciones extremas incontrolables, se dejan llevar por las creencias y los deseos. Por el contrario, una decisión racional está basada en la consideración de razones para hacer algo y finalmente, cuando se toma la decisión, se realiza en virtud de alguna de las razones contempladas y no por otras. Según Searle, esto entrañaría la existencia de una «brecha» entre las razones para la acción y la decisión de actuar, es decir, a fin de que sea posible e inteligible la toma racional de decisiones, hemos de presuponer el libre albedrío. Sin libertad no tendríamos por qué emprender ningún proceso de toma de decisión⁴¹.

En relación al segundo supuesto, Searle sostiene que la racionalidad no consiste en seguir reglas. A este propósito dice que cualquiera «puede comportarse racionalmente sin conocer las reglas que determinan la racionalidad e incluso sin ser conscientes de que está siguiendo las reglas»⁴². Afirma que la racionalidad no está constituida ni definida por ningún conjunto de reglas. La función de las reglas es

³⁹ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., pp. 27-28.

⁴⁰ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo» en *Revista Laguna*, vol. 10, 2002, p. 88. Vid SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., pp. 20-25.

⁴¹ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo» op. cit., p. 89. SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., p. 25.

⁴² SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., p. 35. Volveremos sobre este punto más adelante.

sistematizar lo que de por sí es válido y lo que garantiza esa validez son los contenidos semánticos⁴³.

Al tercer supuesto del modelo clásico de racionalidad, responde argumentando que la racionalidad está incorporada a la estructura general de la intencionalidad, es decir, «no puede haber una facultad separada de la racionalidad distinta de capacidades tales como aquellas que tienen que ver con el lenguaje, el pensamiento, la percepción y las distintas formas de intencionalidad; las constricciones racionales están incorporadas en, son internas a, la estructura de la intencionalidad en general, y del lenguaje en particular»⁴⁴. Así, en opinión de Searle, no se puede hacer un enunciado sin preocuparse por cuestiones del tipo ¿es verdadero o es falso?, ¿es consistente o es inconsistente con las cosas que he dicho? De este modo, «las constricciones de la racionalidad no son una facultad que aparece además de la intencionalidad del lenguaje. Una vez que se tiene intencionalidad y lenguaje, se tienen ya fenómenos que, interna y constitutivamente, tiene las constricciones de la racionalidad»⁴⁵.

En cuanto al cuarto punto, Searle argumenta que la debilidad de la voluntad es siempre posible. Esta debilidad de la voluntad surge del hecho de que en cualquier punto el fenómeno de la brecha (de la libertad) nos presenta un número indefinido de opciones abiertas capaces de atraernos aún cuando pensábamos, en un determinado momento, que las íbamos a rechazar. El fenómeno de la «brecha», de la libertad de poder elegir, explica por qué es tan común la debilidad de la voluntad.

El quinto postulado lo rechaza Searle en base a su crítica a la tesis clásica de que un acto racional sólo puede motivarse por un deseo, donde «deseo» incluye valores morales y valoraciones. Los deseos no tienen por qué estar siempre centrados en uno mismo sino que existen razones para actuar independientemente del deseo, razones externas que sobrepasan el marco de una racionalidad meramente instrumental, y la sitúan en un marco teleológico. Las razones independientes del deseo sirven para enjuiciar y someter a crítica a los propios deseos⁴⁶. En este punto, Searle atribuye la tesis de que no existen razones para actuar independientes del deseo a la falacia naturalista de Hume: la imposibilidad de derivar de un «es» un «debe». Sobre esto afirma que «los enunciados con “debe” expresan razones para la

⁴³ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo», *op. cit.*, p. 89.

⁴⁴ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁵ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁶ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo» *op. cit.*, p. 90. SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, *op. cit.*, pp. 42-42.

acción. Decir que alguien debería hacer algo implica que hay una razón para que lo haga»⁴⁷.

Por último, sobre el sexto supuesto, Searle considera que es normal e inevitable que las razones para actuar entren en conflicto y que la racionalidad consiste justamente en deliberar y tomar decisiones, en determinadas circunstancias, desde una situación de inconsistencia y conflicto⁴⁸.

Estas objeciones a los principios constitutivos del modelo clásico de racionalidad junto a la explicación que ofrece sobre la estructura básica de la intencionalidad, entendida como acción y significado⁴⁹, sitúan a Searle en condiciones de abordar la estructura lógica de las razones y responder a la cuestión: ¿cómo creamos razones para actuar independientes del deseo? y ¿qué alcance tiene esta tesis en su concepción del poder político? En primer lugar, para Searle, las razones son entidades proposicionalmente estructuradas. Dar razón de algo es ofrecer una explicación, una respuesta a determinadas preguntas. Podrían ser hechos del mundo tales como el hecho de que está lloviendo, o estados intencionales proposicionales tales como mi deseo de no mojarme, aunque también podrían ser entidades proposicionalmente estructuradas que no fuesen ni hechos ni estados intencionales, esto es, entidades como las obligaciones, compromisos, requisitos o necesidades, etc. Searle denomina a este tipo de hechos «factitivos». De lo cual deduce que las razones son entidades factitivas y su estructura proposicional «las capacita para tener un carácter relacional al menos en cuatro sentidos: 1) las razones son siempre razones para algo y para explicar por qué sucede ese algo, 2) son razones para un sujeto, 3) son epistémicamente accesibles a fin de tomar parte en una deliberación y 4) están siempre relacionadas con otras razones»⁵⁰.

⁴⁷ «De este modo la afirmación de Hume equivale a sostener que los enunciados que aseveran la existencia de razones para la acción no pueden derivarse de enunciados sobre cómo son las cosas en el mundo. Pero cómo son las cosas tiene que ver con cómo son las cosas del mundo tal como éste existe independientemente del conjunto motivacional del agente. Así pues, de acuerdo con esta interpretación, el que de una afirmación acerca de cómo son las cosas del mundo no pueda implicar la existencia de razón alguna en el conjunto motivacional del agente (no se puede derivar un “debe” de un “es”) es la misma afirmación que la que sostiene que no hay hechos del mundo que sean independientes del agente y que, por sí mismo constituyan razones para la acción (no hay razones externas)». SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., pp. 43-44.

⁴⁸ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., p. 45; LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo», op. cit., p. 90.

⁴⁹ Véase sobre este aspecto el libro de Searle, *Intencionalidad*. En esta obra vuelve retomar este objeto de análisis en el capítulo segundo de *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, donde se centra en los tres aspectos que conforman su teoría de la intencionalidad: la deliberación previa, la intención previa y la intención-en-la-acción.

⁵⁰ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo», op. cit., p. 92. Vid. SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., pp. 121-126.

Searle apoya esta teoría sobre conceptos e ideas que están presentes en sus obras anteriores, pero en *Razones para actuar* proporciona, además, nuevos conceptos y traza varias distinciones que nos servirá posteriormente para comprender su tesis sobre las razones para actuar independientes del deseo. Una de estas distinciones es la que establece entre las razones externas y las razones internas para actuar. Las primeras de ellas, son entidades factitivas que pueden funcionar como razones para un agente si son adecuadamente reconocidas y aceptadas como tales razones. Cuando esto ocurre, la razón pasa a ser una razón interna. La otra distinción está relacionada con razones totales y las razones parciales⁵¹. Las razones totales tienen que contener al menos un motivador, es decir, los motivadores de las acciones serían conjuntos de elementos factitivos con dirección de ajuste de mundo-a-mente⁵². Los motivadores pueden ser internos y externos, los primeros serían los deseos, la esperanza, el temor, la vergüenza, el orgullo, el asco, la sed, el hambre y el placer, etc. Los motivadores externos, por su parte, incluyen las obligaciones, las necesidades, los deberes, los compromisos, etc. Los motivadores son ontológicamente subjetivos al ser relativos a un sujeto, pero a la vez pueden ser epistémicamente objetivos⁵³.

En definitiva, creamos razones para actuar independientemente del deseo creando motivadores externos que nos implican sean cuales sean nuestros deseos. En el caso de las instituciones sociales y políticas reconocemos como razones para actuar las funciones de estatus

⁵¹ «Las razones totales serían conjuntos de entidades factitivas y las razones parciales serían parte de una razón total». LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo», *op. cit.*, p. 91.

⁵² Searle nos ofrece una explicación sobre la capacidad humana de relacionarse con el mundo real mediante la Intencionalidad. Del mismo modo que los actos de habla, los estados mentales intencionales tienen una dirección de ajuste (no ya entre las palabras y el mundo, sino entre mente y mundo), que depende del modo psicológico. Searle considera que «los diferentes tipos de estados intencionales relacionan el contenido proposicional del mundo real con lo que podríamos llamar diferentes obligaciones de ajuste». Como resultado de esta afirmación obtenemos que tanto las creencias como las hipótesis serán verdaderas o falsas siempre y cuando el mundo sea tal y como las creencias lo representen. Por otro lado, los deseos e intenciones carecen de este tipo de dirección de ajuste, ya que como asevera Searle, «si un deseo o una intención no se satisfacen, no es responsabilidad de, expresémoslo así, del deseo o de la intención, sino del mundo, que es el que no concuerda con el contenido del deseo o de la intención». El paralelismo entre la teoría de la Intencionalidad y los actos de habla que subrayábamos anteriormente, es evidente. Las fuerzas ilocucionarias son iguales que los «modos psicológicos», y ambos poseen dirección de ajuste. En suma, Searle concluye diciendo que «las creencias, percepciones y recuerdos tienen la forma de *mente-mundo*, porque su objetivo es representarse cómo son las cosas; los deseos e intenciones tienen la dirección de ajuste *mundo-mente*, porque su objetivo no es representarse cómo son las cosas, sino cómo deseáramos que fueran o cómo planeamos que sean».

⁵³ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo», *op. cit.*, p. 93. SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, *op. cit.*, p. 140.

que nos comprometen⁵⁴ en la realidad social, a veces incluso más allá de nuestros deseos⁵⁵. Desde esta perspectiva, las funciones de estatus reconocidas se convierten en una razón para la acción independiente del deseo. Como dice Liz Gutiérrez, «su reconocimiento como motivadores sería ya su reconocimiento como razones para actuar. A partir de tal reconocimiento, el agente delibera desde la brecha, sopesa las diferentes razones que reconoce, y forma una intención de actuar»⁵⁶.

Un caso paradigmático de la creación de razones para actuar independientemente del deseo es el de la institución de la promesa. Esta vez, Searle formula la cuestión de la siguiente manera: ¿qué razón tengo para mantener una promesa?, y responde diciendo que «las promesas, por definición crean obligaciones, y las obligaciones son, por definición, razones para la acción». El sujeto que promete crea un motivador externo, una razón para actuar que puede ir en contra de sus propios deseos y que le obliga. Searle profundiza en esta idea y dice que «cuando hago una promesa, la institución de prometer es sólo el vehículo, el instrumento que uso para crear una razón. La obligación de mantener una promesa deriva del hecho de que, al prometer creo, de manera libre y voluntaria, una razón para mí mismo. El libre ejercicio de la voluntad puede vincularla, y esto es un asunto lógico que no tiene nada que ver con las “instituciones”, “actitudes morales” o “emisiones evaluativas”. Esta es la razón por la que el esclavo no tiene razón alguna para obedecer a su propietario, excepto razones de prudencia, pues no ha vinculado su voluntad por medio de un libre ejercicio de su voluntad»⁵⁷.

El mundo social en general y el político en particular están llenos de entidades factitivas que actúan como motivadores externos que nos invitan a su reconocimiento como tales motivadores (el deber o la obligación política pueden representar razones para actuar independien-

⁵⁴ De este modo define Searle el compromiso: «Los compromisos son entidades factitivas que reúnen nuestra condición para ser razones para la acción. Un compromiso tiene un contenido proposicional y una dirección de ajuste descendente. De este modo, si tengo el compromiso de ir a Avilés la próxima semana, el contenido proposicional es “que vaya a Avilés la próxima semana”, la dirección de ajuste es ascendente. El compromiso se satisface sólo si voy efectivamente a Avilés. Sin intentar dar “condiciones necesarias y suficientes” podemos decir esto: un compromiso es la adopción de un curso de acción (u otro contenido intencional; uno puede, por ejemplo, tener un compromiso con creencias y deseos) donde la propia naturaleza de esa adopción proporciona una razón independiente del deseo para llevar a cabo el curso de la acción de que se trate». SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., p. 201.

⁵⁵ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., pp. 221 ss; LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo» op. cit., p. 94.

⁵⁶ LIZ GUTIÉRREZ, Manuel, «Forma y contenido en las razones para actuar independientemente del deseo» op. cit., p. 93. SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., pp. 142-143.

⁵⁷ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., p. 226.

tes del deseo). Las instituciones sociales y políticas constituyen un complejo entramado de entidades que cuentan como obligaciones, deberes, exigencias, compromisos y necesidades, etc. Estas razones para actuar, o motivadores externos o funciones de estatus, intencional y colectivamente creados, han de ser reconocidos, aceptados y mantenidos.

No siempre, sin embargo, los seres humanos actúan a la luz de razones independientes de sus deseos. Un ejemplo de esto lo encontramos en el marco de las relaciones lógicas entre el poder político y el poder económico. Tanto los sistemas económicos como los políticos son sistemas de funciones de estatus. Como hemos visto, el sistema político corresponde a la maquinaria gubernamental. El sistema económico, por el contrario, se corresponde con el aparato económico que crea y distribuye los bienes. Por más que las estructuras lógicas respectivas se parezcan, los sistemas motivacionales racionales que aparecen en cada caso difieren de manera significativa. El poder económico está relacionado esencialmente con el hecho de ser capaz de repartir ventajas y sanciones económicas. El poder político a menudo actúa también así, sobre todo en los Estados que desarrollan fuertes políticas de bienestar social o compensaciones económicas a grupos más desfavorecidos, pero no siempre. Searle considera que este hecho ha propiciado que aparezcan toda una serie de teorías confusas que intentan examinar las relaciones políticas como si tuvieran la misma estructura lógica que las relaciones económicas. El punto importante sobre el que hay que insistir es que la esencia del poder político es un poder deóntico. Esta noción, dicho sea de paso, está en el origen de una intuición que movía a los teóricos del contrato social. Éstos pensaban que no había manera de tener un sistema de obligaciones políticas ni, de hecho, manera de tener una sociedad política sin algo así como una promesa, una promesa o un compromiso original que creara el sistema deóntico necesario para mantener la realidad política.

En suma, el hecho de reconocer la validez o la aceptación de la función de estatus, o de reconocer simplemente su existencia, confiere al agente una razón para actuar independientemente del deseo. Nunca se insistirá demasiado en la importancia de este hecho, ya que con él se explica la diferencia entre los seres humanos y los demás animales sociales. Este es un punto importante en la cuestión de la motivación: una vez que se reconoce que uno tiene una razón válida para hacer algo, aunque uno no quiera hacerlo, se tiene al menos una razón para querer hacerlo. Ejemplos de casos que pueden constituir razones para actuar independientemente del deseo, serían la obligación de estar en el lugar de trabajo a la hora fijada en el contrato, de asistir a las clases en la universidad, aunque nuestros deseos e intereses no coincidan con estas obligaciones, etc. Así, en el caso de la sociedad humana, y contrariamente a las sociedades animales, las razones pueden motivar a los deseos y no todas las razones proceden de los deseos. Es importante, sin embargo, ver que en lo tocante a la realidad política no tenemos

necesidad de construir o crear explícitamente razones para actuar independientes del deseo, como sucede cuando hacemos promesas o asumimos otros compromisos de índole personal, cualquiera que sean. El simple hecho de reconocer como válido u obligatorio un conjunto de hechos institucionales crea razones para actuar que son independientes de nuestros deseos.

Si bien es verdad que los poderes deónticos podrían ser razones para la acción independientemente del deseo, Oppenheim sostiene que las relaciones de poder institucionales implican, a su vez, intereses personales. Esto es verdad especialmente si nos fijamos en el poder político ejercitado por la autoridad política (gobierno) sobre los ciudadanos. Estos últimos pueden satisfacer las normas jurídicas, simplemente, porque las reconoce dotadas de autoridad, o para evitar sanciones o porque el derecho coincide con los intereses personales⁵⁸.

3.2.1 *Hacia un modelo de racionalidad normativa*

Volvamos de nuevo sobre el argumento searliano según el cual cualquiera puede comportarse racionalmente sin conocer las reglas que determinan la racionalidad e incluso sin ser conscientes de que se están siguiendo reglas: la racionalidad no está constituida ni definida por ningún conjunto de reglas⁵⁹. Partiendo de este presupuesto, existen varias maneras de comprender la interacción entre las normas sociales y la racionalidad.

La realidad institucional y política, como vimos, descansa sobre un conjunto de reglas constitutivas. Estas reglas a diferencia de las reglas regulativas, poseen la propiedad de crear determinadas prácticas que no existirían sin estas reglas. La estructura formal de las reglas constitutivas sería *X cuenta como Y en el contexto C*: cualquier hecho, físico o institucional, cumple una determinada función de estatus en un determinado contexto. Searle ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones que los individuos no piensan «esta es la regla, así hay que aplicarla para que dé lugar a un hecho institucional», sino que estas reglas subyacen y reflejan la estructura lógica de los hechos institucionales.

Esta concepción choca frontalmente con aquellas teorías sociales que postulan un enfoque de los individuos como «acatadores y seguidores de normas», es decir, que los individuos conocen y aplican conscientemente esas reglas constitutivas. Pero, ¿cómo se explican las regularidades de la conducta humana? Searle intenta superar este problema acudiendo a su concepto de trasfondo. El trasfondo consiste en un conjunto de capacidades y suposiciones pre-intencionales necesarias para que los estados intencionales tengan sentido. Sobre ello, sos-

⁵⁸ OPPENHEIM, Felix, «Potere bruto e potere político. Una risposta a Searle» en Di Lucia, Paolo (ed.), 2003, *Ontologia sociale...*, op. cit., p. 106.

⁵⁹ SEARLE, John R. (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, op. cit., p. 35.

tiene que cuando nuestro comportamiento se ajusta a las reglas constitutivas no estamos «siguiendo reglas» en el sentido wittgensteiniano, pues como este autor argumenta, la noción de observar reglas de un modo profundamente inconsciente es incoherente en sí misma. Seguir inconscientemente una norma nos abocaría a lo que Searle denomina una *zombie view*, es decir, a la concepción de que podemos hacer algo «virtuosa» o «habilitosamente» siendo a la vez completamente inconscientes de lo que estamos haciendo⁶⁰. La influencia del trasfondo en nuestra conducta no es normativa, y por tanto, no «aplicamos normas», la conducta basada en disposiciones inconscientes no puede consistir en «seguir normas», sino que, como advirtió Wittgenstein, se trata de una conducta causalmente determinada en el mismo sentido en que lo está un acto reflejo. El hecho de que nuestra conducta se ajuste a las reglas constitutivas se debe a que las capacidades y los presupuestos del trasfondo han sido causados por estas reglas, es decir, está lógicamente estructurado por reglas constitutivas. De este modo se entiende por qué actuamos de «acuerdo con normas» sin que esteemos «siguiendo normas».

Este argumento searliano está fuera del alcance de cualquier teoría sobre la racionalidad de los sujetos. ¿De qué manera podemos introducir en este análisis la orientación racional o normativa? De nuevo hemos de acudir a una de las contribuciones más tempranas de Searle: la teoría de los actos de habla. Según esta teoría, la *fuerza ilocucionaria* del lenguaje es capaz de establecer vínculos normativos entre los individuos⁶¹. Este conjunto de vínculos ilocucionarios responden a su vez a la forma lógica de las reglas constitutivas al asignar funciones de estatus y crear poderes deónticos (derechos, obligaciones, deberes, etc.) que se expresan en la regla lógicamente equivalente «aceptamos que S tiene poder para hacer Y en el contexto C»; por otro lado, estos vínculos, al contrario que una conducta determinada causalmente por el trasfondo, dan lugar a razones para la acción independientes del deseo, esto es, una racionalidad no instrumental sino normativa. Las normas no son seguidas irracional o inconscientemente, sino que dan lugar a razones para actuar. De todo lo cual se deduce que hay una explicación de la acción que no es una interpretación causal de la

⁶⁰ SEARLE, John, R. «Neither phenomenological description nor rational reconstruction: Replay to Dreyfus» en *Revue Internationale de Philosophie*, núm. 217, 2001. Vid NOGUERA FERRER, José Antonio, «Racionalidad y normas sociales en la teoría post-analítica de la acción» en www.selene.uab.es/_cs_gr_saps/catala/autors/xxnoguera.htm.

⁶¹ SEARLE, John R. (2001), *Actos de Habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Cátedra, pp. 137-160. A través del lenguaje y la interacción humana estamos continuamente superando la «falacia naturalista» de Hume y derivando un «debe» de un «es», por ejemplo cuando realizamos promesas, contraemos compromisos, aceptamos roles, cargos institucionales, creamos hechos institucionales nuevos a través de declaraciones bajo circunstancias adecuadas, etc., sobre este tema véase el excelente trabajo de ALARCÓN, Carlos, 2001, *Causalidad y Normatividad*, op. cit., pp. 87 ss.

misma: es la explicación basada en las razones independientes del deseo.

Estas razones no determinan causalmente nuestra conducta, pero el hecho de que les reconozcamos validez la explica igualmente si actuamos de acuerdo con ellas: son razones no basadas en lo que estamos «inclinados» a hacer, sino en lo que creemos que *debemos hacer* o *tenemos que hacer*, pero no porque no dejen otra opción, sino porque las consideramos cargadas de validez. En definitiva, lo que Searle quiere decir es que hay razones válidas para una acción racional que no residen en los deseos o el interés personal, sino en las relaciones y vínculos ilocucionarios y sociales que hemos creado. Por consiguiente, las normas sociales no son siempre algo pre-existentes, sino algo que podemos crear con nuestros actos de habla, y que una vez creado funciona como motivador externo de nuestra acción. Searle consigue ver el seguimiento de normas como algo consciente y racionalmente perseguido, pero no según motivaciones instrumentales, utilitaristas o de conveniencia, sino por la convicción racional de que se debe actuar sobre la base de esas razones⁶².

3.3 Aceptación colectiva: todo poder político viene de abajo

Debido al hecho de que todo poder político estriba en funciones de estatus, *todo poder político viene de abajo*, esto es, dado que el sistema de funciones de estatus exige reconocimiento y aceptación colectiva, todo poder político auténtico viene de la base. Ahora bien, aunque el individuo sea la fuente de todo poder político, en virtud de su contribución a la elaboración de la intencionalidad colectiva, este hecho no le impide sentirse impotente; de alguna manera tiene la sensación de que los poderes existentes no dependen de él en modo alguno. Por ello, es tan importante para los revolucionarios introducir una forma de intencionalidad colectiva en la que el individuo concreto se sienta identificado: la conciencia de clase, la identificación con el proletariado, la solidaridad estudiantil, la toma de conciencia de las mujeres o cualquier otro fenómeno análogo. Precisamente porque toda la estructura descansa sobre la intencionalidad colectiva, su destrucción se logra creando una forma alternativa y opuesta de intencionalidad colectiva⁶³.

La intencionalidad colectiva significa que todos los seres humanos son capaces de compartir estados intencionales particulares, tales como los deseos y las creencias. En el contexto de la realidad institucional y política, esto quiere decir que los miembros de una sociedad aceptan y reconocen de forma colectiva las funciones de estatus asig-

⁶² NOGUERA FERRER, J. A. «Racionalidad y normas sociales en la teoría post-analítica de la acción» *op. cit.*, http://selene.uab.es/_cs_gr_saps/catala/xgeneral2.htm.

⁶³ SEARLE, John R. (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, *op. cit.*, p. 102.

nadas. Existen cuatro elementos involucrados en la formación de la intención colectiva. Por un lado, todo el mundo debe tener conocimiento de la institución en cuestión; segundo, todo el mundo debe aceptar la institución; tercero, todo el mundo debe conocer la función de estatus asignada (a la institución), y por último, aceptar la función de estatus asignada.

En su obra *La construcción de la realidad social* Searle define un hecho social como «cualquier hecho que entraña intencionalidad colectiva»⁶⁴. Este elemento, esencial para explicar la realidad institucional, se convierte, igualmente, en un elemento primario para explicar el fundamento y la naturaleza del poder político. Recordemos que «la intencionalidad colectiva asigna un nuevo *status* a algunos fenómenos, un *status* con el que va una función que no podría ser cumplida meramente en virtud de los rasgos físicos intrínsecos del fenómeno en cuestión»⁶⁵. Su objetivo es explicar la estructura lógica del mundo social e institucional sosteniendo que una gran parte de ese mundo consiste en hechos ontológicamente objetivos: «hechos creados por acuerdo humano». Searle no sólo argumenta que la realidad social existe de *facto* en virtud de la intencionalidad colectiva, además defiende que ella es una precondition necesaria para que exista la realidad social y también la realidad política.

Consideremos, ahora, la siguiente definición: *la vida política se desarrolla en un espacio público donde alguien dice «nosotros» (We-Intent) y actúa conjuntamente para alcanzar un objetivo común*. Decir «nosotros» es un acto de habla que, como vimos, los filósofos del lenguaje llaman «performativos» o «realizativos» porque nos permiten «hacer cosas con palabras»⁶⁶. Así, el acto de decir «nosotros» es, al mismo tiempo, una manera de hacer que ese «nosotros» llegue a ser efectivamente: no se limita a nombrar una realidad preexistente, sino que más bien la crea, la instituye, la hace surgir.

Es en este contexto constitutivo del «nosotros» donde podríamos hablar de intencionalidad colectiva dado que existe un objetivo colectivo que exige o implica cooperación. Pero ¿de qué tipo de cooperación estamos hablando? Existe una concepción fuerte y otra débil de cooperación. La mera presencia de intenciones individuales para lograr un objetivo que todos los agentes creen que es el mismo objetivo que el de los demás, no supone que éstos tengan la intención de cooperar en la consecución del objetivo. En definitiva, hay que distinguir entre un conjunto de intenciones individuales (que serán satisfe-

⁶⁴ SEARLE, John R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p. 45.

⁶⁵ SEARLE, John R. (1997), *La construcción...*, op. cit., p. 63.

⁶⁶ AUSTIN, John L. (1989), *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, pp. 53 y 110.

chas por el mismo objetivo) y una intención colectiva, que buscan alcanzar un objetivo común⁶⁷.

Uno de los autores contemporáneos que mejor ha sabido analizar las distinciones entre los distintos tipos de actividades conjuntas y colectivas es Raimo Tuomela⁶⁸. Nos centraremos en una de sus tesis más relevantes en relación con el tema que nos ocupa: la distinción entre mismo objetivo y objetivo común, cuya fuente se encuentra en el trabajo de Tuomela, para analizar comparativamente el presupuesto searliano según el cual la naturaleza del poder político reside en la aceptación colectiva de las funciones de estatus.

3.3.1 *De la intención colectiva a la intención conjunta: el factor acuerdo*

Tuomela sostiene que existen diferentes tipos de intenciones colectivas, dependientes del contexto, para explicar las diferentes actividades colectivas. La acción conjunta colectiva y social depende de intenciones conjuntas en el «modo-nosotros» (we-mode), lo que significa que tal acción implica que los participantes deben haber aceptado colectivamente las intenciones conjuntas en cuestión como sus intenciones colectivas y deben estar colectivamente comprometidos con ellas⁶⁹.

El tipo más débil de intención colectiva se puede reconocer en aquellos casos en los que las acciones se realizan separadamente (individualmente) aunque estén motivadas por la misma razón, fin u objetivo. En cambio, una auténtica intención conjunta (o un objetivo común, pretendido conjuntamente) se define como una intención que implica un plan o *acuerdo conjunto* de los participantes para satisfacer el contenido de una intención. Este tipo de intención representa una concepción más fuerte de intención colectiva que la primera. En el

⁶⁷ ARRAZOLA ITURBE, José Xavier, 1998, *Acción colectiva: bases conceptuales y lógicas*, País Vasco, Universidad del País Vasco, pp. 43 ss. Véanse también sobre este tema los trabajos de ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret, 1957, *Intention*, Oxford, Blackwell. Trad. al castellano de Ana M.^a Stellino, ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret, 1991, *Intención*, Barcelona, Paidós. BRATMAN, Michael, 1987, *Intentions, Plans and Practical Reasons*, Cambridge, MA: Harvard University Press; BRATMAN, Michael, «Shared Intention», en *Ethics*, núm. 104, 1979, pp. 97-113; BRATMAN, Michael, 1999, *Faces of Intentions*. Cambridge, MA: Cambridge University Press; CORLETT, Angelo, J. «Collective Moral Responsibility» en *Journal of Social Philosophy*, vol. 32, núm. 4, Winter 2001; GILBERT, Margaret, «Remarks on collective belief» en Scmitt, Frederick (ed.), 1994, *Socializing Epistemology*, Meryland, Rowman & Littlefield; GILBERT, Margaret, «Modelling Collective Belief», en *Synthesis*, vol. 73, 1987; GILBERT, Margaret, 1996, *Living Together: Rationality, Sociality and Obligation*, London, Rowman and Littlefield; GILBERT, Margaret, «Social Rules as Plural Subject Phenomena» en LAGERSPETZ, Eerik et. al., 2001, *On the Nature of Social and Institutional Reality*, Jyväskylä, University Printing House.

⁶⁸ TUOMELA, Raimo, «Intención conjunta y colectiva», en *Contrastes*, suplemento núm. 6, 2001, p. 106.

⁶⁹ TUOMELA, Raimo, «Intención conjunta y colectiva» *op. cit.*, p. 106.

caso de la intención conjunta, cada agente tiene la *co-intención* de realizar algo conjuntamente con los demás. La intención de realizar su parte es una intención-acción, pero con un contenido «holístico» que implica acción conjunta. Esta intención es ciertamente personal, pero es «no-privada», está basada en la intención conjunta en cuestión⁷⁰.

La formación de intenciones conjuntas requiere, en opinión de Tuomela, que los participantes se decidan en común a hacer algo conjuntamente, y está basada en los diversos deseos personales de sus participantes, especialmente en sus deseos o creencias conjuntas que operan como motivación: «esta motivación final que subyace en la acción conjunta no tiene por qué ser algo así como un agregado de motivaciones privadas, sino que puede ser, por el contrario, un compromiso basado en la discusión, la negociación o el pacto»⁷¹. De este hecho se deduce que las intenciones conjuntas implican compromisos conjuntos para la acción⁷².

Este compromiso, asumido por los participantes de una acción conjunta, supone el acuerdo o aceptación de las condiciones establecidas para alcanzar un objetivo común. La toma de un acuerdo por una colectividad supone asumir la obligación de llevar a cabo el contenido de la intención conjunta propuesta⁷³. En este sentido, un acuerdo aceptado, en el que los participantes comparten creencias mutuas, consta de los siguientes elementos conceptuales: «1) una obligación intersubjetiva de cumplir el contenido, digamos X, del acuerdo; 2) un compromiso colectivo con respecto a X de los participantes en virtud de su aceptación de 1); el compromiso colectivo 2) supone que cada participante: i) se comprometa con la realización colectiva de X, ii) se comprometa con la realización de su parte de X (esto se puede expresar, de manera aproximada, con enunciados del tipo “yo realizaré mi parte de X por 1)”, y iii) que cada participante es debidamente persistente, pero también flexible, en su realización de su parte de X. En cuanto a la intención conjunta de realizar X y al compromiso colectivo con respecto a X, iv) cada participante se compromete igualmente a tener la intención de realizar su parte (y no sólo se compromete a realizarla), en la medida en que su intención es, conceptualmente, parte de dicha

⁷⁰ TUOMELA, Raimo, «Intención conjunta y colectiva», *op. cit.*, p. 107.

⁷¹ TUOMELA, Raimo, «Intención conjunta y colectiva», *op. cit.*, p. 117.

⁷² Searle entiende que el «commitment involves an obligation, or other deontic requirement» *Vid.* SEARLE, John R., «Social ontology: the problem and steps toward a solution» en TSOHATZIDIS, Savas, L. (2007), *Intentional acts and institutional facts*, Dordrecht, Springer.

⁷³ Las consecuencias de una toma de acuerdo, en este sentido, da a cada participante una razón para la acción conjunta, similar a la propuesta de John Searle sobre los poderes deónticos que considera como razones para actuar independientes del deseo. El razonamiento que realizan tanto Tuomela como Searle, tendrá un contenido que un observador externo podría describir mediante expresiones tales como «basándome en nuestro acuerdo, yo estoy casi moralmente obligado a hacer mi parte en la acción conjunta, y por ello debo hacerlo» TUOMELA, Raimo, «Intención conjunta y colectiva», *op. cit.*, p. 119.

intención conjunta [...] Además, existe también v) un compromiso “social” mutuo entre los participantes, con respecto a las realizaciones de sus respectivas partes, que se basa en la confirmación de las respectivas obligaciones intersubjetivas concernientes a las realizaciones parciales implicadas por 1)»⁷⁴

Se entiende, pues, que las intenciones y objetivos conjuntos suponen compromisos para acción basados en la obligación, y por tanto, no residen exclusivamente en estados intencionales como las creencias y los deseos. Esta conclusión nos acerca a la noción searliana de razones para actuar independientemente del deseo. Pero volviendo al presupuesto searliano de la aceptación colectiva del sistema de función de estatus, ¿podemos afirmar que existe un acuerdo previo intencional que sustente la existencia de los sistemas políticos?

3.3.2 *La aceptación colectiva del sistema político*

La aceptación colectiva del sistema de funciones de estatus de cualquier sistema político ha supuesto siempre una preocupación tanto en el caso de las dictaduras como en el de las democracias, dado que en ambos casos, sobre todo en el modelo democrático, es necesario cierto tipo de *acuerdo* con el sistema político establecido. En opinión de Searle, tanto Hitler como Stalin, por ejemplo, estaban igualmente obsesionados por las cuestiones de seguridad. No llegaron nunca a convencerse de que el sistema de funciones de estatus había sido aceptado y formaba parte de la realidad. Por tanto, había que hacerlo prevalecer constantemente mediante un sistema de recompensa y castigos, así como a través de un sistema de terror.

Ciertamente, los sistemas políticos pueden mantenerse durante décadas en una situación de aparente aceptación colectiva de las funciones de estatus. La historia más reciente del siglo xx demuestra este hecho. Uno de los acontecimientos políticos más destacados de la segunda mitad del siglo xx ha sido el colapso de la antigua Unión Soviética y con ella del comunismo. Esta caída se produjo cuando la estructura de la intencionalidad colectiva dejó de ser capaz de mantener el sistema de funciones de estatus. La eliminación del apartheid en Sudáfrica fue también un derrumbamiento, comparable al de la antigua URSS, de las funciones de estatus. En suma, en las sociedades donde las funciones de estatus dejan de ser aceptadas por la sociedad, como sucedió, por ejemplo, en la República Democrática Alemana en 1989, los sistemas políticos establecidos podrían sufrir un colapso⁷⁵.

⁷⁴ TUOMELA, Raimo, «Intención conjunta y colectiva», *op. cit.*, p. 119.

⁷⁵ SEARLE, John R. «Ontología social e potere político» en DI LUCIA, Paolo (2003), *Ontología social. Potere deontico e regole costitutive. op. cit.*, p. 43. Entre muchos de los ejemplos que podemos extraer del siglo xx se encuentra la caída del imperio soviético y con él todo el bloque de los países del este de Europa «cualquiera que hubiera visitado los países del imperio soviético antes de 1989 podía darse cuenta de que lo único que mantenía en pie todo el tinglado era un sistema de terror. La

La aceptación del poder político por parte de una colectividad (tenga las características que éste tenga) se ha intentado explicar de muchas maneras tanto desde la filosofía como desde la ciencia política. Quizá una de las corrientes filosóficas más fructíferas a la hora de explicar la naturaleza de la aceptación de los sistemas políticos es la que se deriva del análisis del contrato social. Los teóricos del contrato social dan por supuesto que los seres humanos, por naturaleza, son distintos, autónomos, individuos diferentes, sin relación, pertenencia a una comunidad, afiliación u obligación; por ello, el problema que se plantea resolver es descubrir los vínculos por los cuales estos seres individuales deciden unirse para una acción común. Esta tarea ha sido siempre difícil y conflictiva, ya que no parece haber forma de crear una obligación o autoridad de la nada sin presuponer algunas convenciones a partir de las cuales poder construir una autoridad política. Por ello, muchos filósofos políticos han creído necesario crear un artificio sobre el que fundamentar la organización social y política con sus particularidades. Se acude, pues, al recurso del contrato social, al convenio o a la promesa mutua, o a la posición original, y se entiende que éstas deben proveer a los hombres de un motivo para que utilicen este artificio, generalmente en términos de auto-interés racional. Sin embargo, como hemos visto en el anterior apartado, Searle no cree que el modelo clásico de racionalidad basado en el auto-interés sea suficiente para explicar la naturaleza de la obligación, políticamente expresada, de buscar el interés general o un objetivo común. El compromiso político para alcanzar un objetivo común se entiende como un proceso de creación de razones conforme a las que será prescriptivo actuar. De este modo, los agentes, conjuntamente asumen la responsabilidad de que se satisfagan las condiciones que ellos mismos se han impuesto intencionalmente para alcanzar el bien político común. Definitivamente el papel y el carácter de la acción política es colectivo y público antes que individual, y es al menos en parte, deliberado e intencional.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

mayoría de la gente no pensaba que el sistema de funciones de estatus fuera moralmente aceptable, por no decir socialmente deseable. Pero parecía que no se podía hacer absolutamente nada, porque todo el sistema estaba mantenido por un elaborado aparato de fuerza policial respaldado por el poder armado de las fuerzas militares soviéticas. Esfuerzos reformistas como el de la "Primavera de Praga" checoslovaca de 1968, fueron brutalmente aplastados por el ejército soviético con la ayuda de la policía secreta local. En Checoslovaquia, una de cada diez personas fue utilizada para espiar a las otras nueve y para informar a la policía secreta de cualquier señal de desafección. En la República Democrática Alemana, el sistema de vigilancia policial era aún más completo y despiadado, llegando hasta el extremo de usar a esposos y esposas como confidentes unos contra otros (al mejor estilo de la obra *1984* de Orwell). Nadie, ningún periodista y ningún turista, podía predecir a mediados de los ochenta que todo el sistema iba a colapsar súbitamente en unos pocos años. Y se colapsó cuando el sistema de funciones de estatus dejó de ser aceptado. El miedo a la intervención soviética dejó de ser creíble, y la policía y los militares locales dejaron de estar dispuestos a tratar de mantener el sistema» SEARLE, John R. (1997), *La construcción de la realidad social*, op. cit., pp. 104-105.

José M.^a Blanco White y la labor reformista de las Cortes de Cádiz

Por JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de La Rioja

RESUMEN

En el marco del conflicto bélico que tuvo lugar en España entre 1808 y 1814 surgió la primera generación de pensadores netamente liberales de la historia del pensamiento político cuyo reconocimiento está llegando demasiado tarde. Es el caso de José M.^a Blanco White, quien, desde su actividad periodística, describió, comentó y analizó los hechos de la llamada «revolución española» y esbozó uno de los primeros proyectos políticos liberales del país. La Constitución de 1812 fue para Blanco White y para estos activistas el instrumento de mejora y transformación de la estructura económica, social y política española de acuerdo a su ideario. En este artículo se analiza la posición de Blanco White en torno a temas considerados clave en el cambio deseado: tolerancia y libertad religiosa, libertad de imprenta y abolición de la Inquisición. Puede verse cómo su actitud transita de la esperanza a la frustración que se manifestará con el regreso de la monarquía absoluta.

ABSTRACT

Against the background of the wartime conflict which was going on in Spain between 1808 and 1814, the first generation of truly liberal thinkers in the history of political thought appeared on the scene, but their recognition has been a long time coming. This is the case of José M.^a Blanco White, who, in his work as a journalist, described, analysed and commented on the events of the so-called «Spanish revolution» and sketched out one of the country's first liberal political projects. For Blanco White and these activists, the 1812 Constitution was the the instrument for the improvement and transformation of the Spanish economic, political and social structure in accordance with

their ideas. In this article, we analyse Blanco White's position with regard to the issues considered as the key to the desired change: religious tolerance and freedom, freedom of the press and the abolition of the Inquisition. It can be seen how his attitude evolves from hope to the frustration which would become manifest with the return to the absolute monarchy.

SUMARIO: 1. CONTEXTUALIZACIÓN.—2. BLANCO WHITE ENTRE 1808 Y 1814.—3. LA LIBERTAD DE IMPRENTA.—4. CRÍTICAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1812. LA CONFESIONALIDAD ESTATAL.—5. LA ABOLICIÓN DE LA INQUISICIÓN.

1. CONTEXTUALIZACIÓN

Los aniversarios suelen ser una buena oportunidad para recordar momentos, hechos y personajes que, en ocasiones, marcan una época. También lo son para destacar aportaciones que, aunque olvidadas, sin embargo, no carecen de interés para comprender o, al menos, presentar una perspectiva de determinados acontecimientos que no siempre ha sido bien entendida. Tal es el caso de José María Blanco White y su alumbramiento como periodista, ensayista e intelectual a partir del cataclismo ocasionado por el conflicto bélico que tuvo lugar entre 1808 y 1814. Largamente olvidado, sin embargo, se nos presenta en la actualidad como una fuente de información de su época, así como con un amplio conocimiento y una lucidez en sus juicios que, a pesar de no convencer a sus coetáneos, dan luz sobre los acontecimientos de un período de tiempo tan convulso de nuestra historia.

La llamada «revolución española», de la que se cumplen doscientos años, sobra decir que fue uno de esos hitos que han atravesado la historia contemporánea de España dejando una marcada huella durante décadas. Muchos fueron los intereses, ambiciones y pasiones que se desataron en una sociedad que, bajo la monarquía borbónica, alcanzó a finales del XVIII altas cotas de decadencia, que llegaron a lo histriónico en los golpes de estado palaciegos de 1808 y que acabó con toda la dinastía en Bayona y el poder del Estado en manos de Napoleón.

Sin embargo, al mismo tiempo, emergen otros deseos, nuevas esperanzas y proyectos de reforma que, aunque finalmente se vieran frustrados, inspiraron la acción política de un buen número de españoles que se enfrentaron al invasor. En efecto, 1808 no sólo es el año de la «revolución española» o de la «guerra de la Independencia», como gustará luego llamar a la historiografía como si fuese un acto fundacional de una nueva nación. También es el año en el que surge la primera generación de liberales españoles que percibieron los acontecimientos de 1808 como una convulsión que sacudía al país desde su raíz y, al mismo tiempo, como una oportunidad de su transformación. No dudaron en califi-

car a estos hechos de «revolución» porque se trataba de conquistar el poder para cambiar la estructura de la tradicional sociedad española. Y es que, en efecto, más allá de la mayor o menor sintonía en temas, opiniones e incluso de reinterpretación de la historia patria, todos coinciden en tal denominación. Véase, por ejemplo, buena parte de las publicaciones de estos liberales realizadas en pleno fragor de la batalla: es el caso de Francisco Martínez de la Rosa y su *La revolución actual de España* (1810), de Álvaro Flórez Estrada y su *Historia de la revolución de España* (1810) y el de José M.^a Blanco White y sus «Reflexiones generales sobre la revolución española» aparecido en el periódico que editó en Inglaterra *El Español* (30-IV-1810). También otros autores de la talla de C. Marx y de Pi i Margall lo utilizaron posteriormente sin problemas.

En todo caso, el levantamiento popular contra el ejército francés fue percibido como un *shock* que recorrió el alma hispana. Así, lo describe Martínez de la Rosa: «Sólo al sacudimiento súbito de un terremoto es comparable el movimiento de insurrección que casi en el mismo día conmovió todos los puntos de esta vasta Monarquía y se comunicó de uno a otro pueblo con la misma velocidad que los estremecimientos de la tierra». Y, algo parecido a lo que, décadas más tarde, repetirá Pi i Margall, señala la espontaneidad y naturalidad de todo el movimiento: «Pero, sin jefes, sin armas, sin medios, ocupadas traidoramente las fortalezas, invadidas las provincias y avanzando ya las tropas enemigas hacia los confines de la Monarquía; ¿qué le quedaba a España? La fortaleza de la virtud, la desesperación del heroísmo. Tan cierto es, que la declaración de guerra contra la Francia no fue nacida de las intrigas y la seducción, sino aquel grito involuntario de indignación que arroja el hombre honrado al verse sorprendido por un asesino alevoso» (Martínez de la Rosa 1962: 375). La inocencia del movimiento y la dignidad de la nación son entendidas como sinónimo de una soberanía y una libertad recobradas.

Para muchos liberales, la revolución española fue interpretada como el despertar de «la dignidad nacional». Una nación que no se levantara ante las vilezas de Napoleón no merecía ser considerada como tal. Pero, para Martínez de la Rosa, tal cosa «no había que temerlo de la española: tres siglos de despotismo, más o menos acerbo, la relajación de costumbres y la disolución de casi todos los lazos que unen al ciudadano con el Estado, no habían sido bastantes a destruir en los españoles aquel sentimiento de propia dignidad, aquel amor a la independencia y aversión al yugo extranjero que duran mucho tiempo después de perdida la libertad. Así es que la España oponía una resistencia moral a los ambiciosos designios de Bonaparte, que éste no supo al principio prever, y cuya fuerza ni ha calculado después ni aún todavía conoce» (Martínez de la Rosa 1962: 374). Otro tanto parece afirmar Flórez Estrada tras describir la situación totalmente controlada por el ejército invasor y denunciar el opresor yugo francés: «Mas los males de la opresión habían llegado a tal punto que

hubiera sido el colmo de la ignominia no tratar de buscar el remedio, por costoso que fuese. Nada iban a aventurar los que estaban convencidos de que de otro modo lo perderían todo. El amor a la Patria tomó entonces un nuevo aspecto y todos dieron pruebas de virtudes sublimes, porque vieron que en ello les iba su verdadero interés, y la historia de su corta duración, escrita con imparcialidad, ofrecerá modelos de heroísmo que apenas se creerían en los mejores tiempos de las naciones más ilustres y pruebas nada equívocas de que ningún poder es capaz de resistir los esfuerzos de un pueblo cuando le anima el sentimiento de su libertad» (Flórez Estrada, 1958: 293).

Más allá de la retórica que aparece claramente en estos textos, lo más destacado es, en primer lugar, que un espíritu de renovación alienta a esta primera generación de liberales españoles, y, sobre todo, que abre la puerta a la lucha real e histórica –en el sentido de Bobbio– de los derechos y libertades fundamentales en España. Más allá, pues, de recordar las efemérides de una fecha u otra, lo que resulta importante es que, por primera vez, se tuvo al alcance de la mano la positivación de unos derechos individuales hasta ese momento desconocidos por la sociedad española y que este espíritu se proyectará hacia el futuro inspirando generaciones de liberales, demócratas o socialistas que promoverán el reconocimiento de estos derechos, o lo intentarán al menos, hasta llegar a Azaña y, después, tras la lucha antifranquista, a la Constitución de 1978.

Precisamente, en el contexto de la convulsión política que determina el período 1808-1814 y de la lucha por un régimen político liberal que reconozca los derechos y libertades individuales cobra sentido la figura de José María Blanco White quien, desde su atalaya periodística, comentó e informó de los acontecimientos de esos años, e intentó realizar una labor pedagógica y de dirección política condenada finalmente al fracaso¹. Más allá de sus juicios e, incluso, de sus comentarios excesivos, Blanco White sobresale por su creencia en la libertad, su afán reformista y por la fuerte voluntad de impulsar un proyecto político muy ligado a la experiencia histórica inglesa, país en el que se exilió prontamente. En este escrito me interesa de todo ello explicitar, en un momento en el que muchos españoles desconocían la cuestión, su comprensión de los derechos y libertades a raíz de sus comentarios a la labor reformista de las Cortes de Cádiz.

2. BLANCO WHITE ENTRE 1808 Y 1814

José M.^a Blanco White, nacido en Sevilla en 1775 en el seno de una familia de comerciantes de origen irlandés, decidió muy joven dedicar

¹ He realizado un estudio más detallado del proyecto político de José María Blanco White, de sus intenciones y de su personalidad en mi libro *José M.^a Blanco White: la palabra desde el destierro lúcido* (2009).

su vida al sacerdocio a pesar de sus muchas dudas teológicas. Autodidacta y de espíritu inquieto buscó siempre la forma de aprender y mejorar su formación ya sea individualmente ya sea vinculándose al grupo de ilustrados sevillanos liderados por el padre A. Lista. El relato autobiográfico de estos años formativos y de sus primeras experiencias sacerdotales muestran una conciencia desgarrada por la exigencia de sumisión a la tradición, el dogmatismo y la vaciedad de los ritos que imperaban en la Iglesia católica española. Pudo realizar una brillante carrera eclesial y, sin embargo, renunció a la misma en su búsqueda por una tranquilidad interior que le sería esquiva durante toda su vida.

Precisamente, Blanco White afrontará los hechos de 1808 en Madrid a donde había acudido a fin de solventar una de sus muchas crisis de conciencia. En realidad, la estancia en Madrid, en principio, prevista para unos meses, pero que, al final se alargó unos años (1805-1808), representa una primera huida personal en el interior del país. Una huida cuyo objetivo era salir del aire opresivo de su Sevilla natal y calmar también su conciencia desgarrada por la falta de libertad. Estas y otras experiencias determinarían más tarde su decidida voluntad por la lucha en contra de la intolerancia y a favor de la libertad de pensamiento.

En su *Autobiografía*, Blanco White narra también el conflicto interior que le originó la revolución española contra los franceses. Su alma ilustrada le orientaba hacia el bando francés y a no comulgar con las tesis del partido liberal. Como muchos otros reformistas, creía que lo prioritario era librarse de una dinastía de la que nada se podía esperar. A fin de cuentas, con José Bonaparte, «se había preparado el marco de una Constitución que, a pesar de la forma arbitraria con que había sido impuesta, contenía la declaración explícita del derecho de la nación a ser gobernada con su propio consentimiento y no por la voluntad absoluta del rey. La Inquisición, fuente y causa principal de la degradación del país, iba a ser abolida inmediatamente, y lo mismo sucedía con las Órdenes religiosas, aquel otro manantial de vicios, ignorancia y esclavitud intelectual» (Blanco White, 1988: 184).

A pesar de que éstos eran sus íntimos pensamientos, Blanco White decide volver a su Sevilla natal —«la ciudad más fanática de España», en ese momento— cruzando un país levantado en armas y que desconfiaba de todo lo francés y novedoso. Tras la caída de Madrid, Sevilla se convierte en un punto de referencia de la España enfrentada a los franceses. Durante un período breve de tiempo, Blanco White tendrá un papel activo en los turbulentos acontecimientos políticos. En efecto, en Sevilla, el poeta M. J. Quintana le encarga, junto al aragonés I. de Antillón, la edición de un periódico, el *Semanario Patriótico*, cuyo objetivo era la descripción de los sucesos políticos y militares de la guerra contra el invasor. Para Blanco White, esta experiencia fue una oportunidad para emplear su inteligencia al servicio de una causa política que para él era la reforma del país. Aunque sólo duró de mayo a agosto de 1809, lo cierto es que también le permitió desplegar toda

una gama variada de conocimientos y, sobre todo, su análisis crítico de los sucesos más relevantes del momento.

La intención principal de Blanco White era, sobre todo, una intención pedagógica: lo que pretendía a partir del *Semanario Patriótico*, como lo hará también desde Londres en *El Español*, es formar a la opinión pública española para que, a través de las informaciones y de los comentarios, pudiera influir en el proceso político que acabaría conduciendo a las Cortes de Cádiz. De hecho, el *Semanario Patriótico* tiene el honor de ser el primer periódico impreso con esta intención formativa y, sin duda, durante el breve tiempo que existió, no era de las publicaciones menos conocidas en la Sevilla levantada en armas contra el invasor.

La evolución política en Sevilla y, sobre todo, la inminente conquista francesa de la ciudad impulsaron a Blanco White a llevar a la práctica la decisión largamente meditada de marcharse a Inglaterra, en un nuevo exilio voluntario. Así, el 23 de febrero de 1810 embarcaba José María Blanco White en el puerto de Cádiz en el *Lord Howard* con rumbo a Inglaterra. No volvería a España, aunque nunca dejaría de tenerla bien presente en su pensamiento y en su obra.

Al poco de llegar al país de adopción, Blanco White tuvo la oportunidad de dirigir la edición del periódico *El Español* con el que abundar en su intención pedagógica, formativa e informativa de los hechos acontecidos en España hasta 1814. La labor periodística en *El Español* aportó a Blanco White una merecida fama de analista, comentarista y divulgador de los acontecimientos de la revolución española. Precisamente, el objetivo de esta publicación era difundir entre el público español y el hispanoamericano las noticias provenientes de la metrópoli y de las colonias. La tarea incluía todo tipo actividades: no sólo el análisis y comentario de hechos, sino también la publicación de documentos, noticias e informes oficiales, a los que pudo tener fácil acceso en Londres. A la vista del ingente esfuerzo desplegado desde un primer momento (el primer número, que vio la luz el 30 de abril de 1810 cuando llegó a Inglaterra el 3 de marzo, lo confeccionó en poco más de un mes), así como de su tenacidad y, por supuesto, de los resultados, tienen razón quienes reivindican la importancia de Blanco White y de *El Español* en la historia de las ideas políticas y, por ende, del constitucionalismo hispano. Fue, como se ha señalado convenientemente, el primer periódico «de oposición crítica a la política del gobierno». Ahora bien, sus páginas no estaban vedadas a las opiniones diferentes al editor. Todo lo contrario, pues su propósito último era informar y formar a los españoles de Europa y de América en la discusión política y, en suma, en el ejercicio de la libertad de pensamiento y la libertad de expresión. Por eso, como ha afirmado Moreno, «el papel de Blanco White fue no sólo un testigo crítico excepcional de la experiencia liberal española, sino un auténtico protagonista en la lucha por la libertad en la Península» (Moreno 1998, 160).

Ciertamente, desde las páginas de *El Español*, Blanco White se convirtió en un analista y comentarista excepcional de los acontecimientos españoles gozando además por sus relaciones inglesas de una información excepcional sobre la revolución española (el devenir de la guerra, las Juntas Provinciales, la Junta Central, la Regencia, etc.), sobre la actividad de las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 y sobre cuantos asuntos excitaban su curiosidad (la revuelta de las colonias españolas en América, la esclavitud, la guerra contra Napoleón en otros lugares de Europa, la religión católica,...). Y, lo cierto es que no se mordió la lengua al manifestar sus opiniones que se deslizaron desde la esperanza a la frustración por la labor de las Cortes. Muchos fueron los comentarios y los temas que trató sobre la labor de las Cortes, pero, sin duda, los más relevantes para la historia de la lucha de los derechos y libertades en España tuvieron por objeto el decreto sobre la libertad de imprenta, la elaboración de la Constitución y el decreto de abolición de la Inquisición.

3. LA LIBERTAD DE IMPRENTA

El decreto sobre la libertad de imprenta fue aprobado con bastante rapidez por las Cortes y, a pesar de esta circunstancia, no estuvo exento de polémica, pues fue precisamente en su tramitación y debate en donde se manifestaron las primeras discrepancias serias entre el sector liberal y el conservador o servil. Por un lado, los unos defienden la libertad de imprenta como derivación de la soberanía nacional y como necesario instrumento para formar a la ciudadanía y para controlar al gobierno. Por algo no es sino la materialización de la libertad de religión, de conciencia y de pensamiento. Por el otro, los segundos apuntan ya el daño que supuestamente, con la libertad de expresión, puede sufrir la religión católica y la necesidad de que estuviese en manos de la Iglesia la licencia para imprimir libros. El decreto fue objeto de debate entre los días 14 y 19 de octubre de 1810, y en el mismo empiezan a destacar oradores que marcarían una época, como fue Argüelles en el sector liberal (Fernández Rodríguez, 2003).

El texto del decreto establece la libertad de todos los cuerpos y personas particulares «de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación». Elimina, pues, la tradicional censura previa, que, desde siempre, estaba en manos de la Iglesia, aunque establece el principio de responsabilidad posterior de escritores e impresores y un sistema de control especial para los escritos sobre la religión. Con razón, Argüelles pudo escribir en el Discurso Preliminar de la Constitución que la libertad de imprenta fue una de las contribuciones más destacadas del periodo de Cádiz, artífice de las luces y de la ilustración del pueblo y, por ello, sustento del orden constitucional.

Sin embargo, un sector importante de la historiografía española señala a este decreto como la causa de las disensiones entre los liberales y el sector más conservador de las Cortes. Sánchez Agesta, cuya opinión es representativa de este tipo de lecturas, afirmó con rotundidad que no fue el texto constitucional lo que provocó la cuestión religiosa. «Fue más bien un ambiente impreciso, consecuencia de la libertad de imprenta, que aunque limitada por la Constitución a la órbita política, en la práctica apuntó a una audacia libelista, que pronto comenzó a herir los sentimientos religiosos...». Esto y otras medidas como el no restablecimiento de las órdenes religiosas suprimidas por Napoleón o como la regulación de la enseñanza «encendió la guerra religiosa ... y acabaron de alarmar a los Prelados y de herir los sentimientos religiosos de una gran mayoría del pueblo» (Sánchez Agesta, 1974, 114-115).

En realidad, es ésta una lectura continuadora de la que ya en su momento esbozara, desde el lado más conservador, Menéndez Pelayo, para quien, con el establecimiento de la libertad de imprenta, «...comenzó a existir de hecho no la tolerancia ni la disparidad de cultos, cosa hoy mismo sin sentido en España, sino lo único que entre nosotros cabía: la licencia desenfadada de zaherir y escarnecer el dogma y la disciplina de la Iglesia establecida; en una palabra, la antropofagia de carne clerical, que desde entonces viene aquejando a nuestros partidos liberales, con risa y vilipendio de los demás de Europa...» (Menéndez Pelayo, 1978, II, 710). Opinión ésta, sin duda que, aparte la natural desconfianza hacia los efectos del librepensamiento en España, está bien explicada por quien la sostiene, pero que no hace justicia a la necesaria incardinación de la tolerancia, la libertad religiosa y la libertad ideológica que, en este caso, se sirve de la libertad de imprenta como vía de expresión de la diferencia de opiniones. Opinión que, por otra parte, no tiene en cuenta que, bajo ese mismo Decreto, R. Vélez publicó un opúsculo, *Preservativo contra la irreligión* (1810), ampliamente difundido, en el que pone sobre aviso de los males de las ideas venidas de Francia y reafirmaba la alianza entre el trono y la Iglesia.

Por su parte, el editor de *El Español* no dejó pasar la oportunidad de comentar el Decreto sobre la libertad de imprenta, en su número del 30 de diciembre de 1810, en un artículo titulado «Reflexiones sobre el reglamento antecedente». Lógicamente, por su formación ilustrada, Blanco White no se muestra contrario a la implantación de la libertad de imprenta dada su relevancia para lo que hoy llamaríamos la libertad de expresión. Para él, era una pieza fundamental de su proyecto pedagógico y renovador. Su propio trabajo periodístico dependía de su reconocimiento. Es más, en su virulento ataque a las Juntas, pone de manifiesto y critica la posición contraria de éstas a su establecimiento.

Sin embargo, la fina inteligencia de Blanco White no dejó de percibir que, tras la declaración de establecimiento de la libertad de imprenta, el Decreto de las Cortes de Cádiz escondía elementos contradictorios con los supuestos objetivos manifestados por los diputa-

dos en las sesiones. En sus «Reflexiones sobre el reglamento antecedente» Blanco White critica tres aspectos, sin duda, importantes del Decreto que, en lugar de amainar los vientos de tormenta que se acercaban, acabaron por encrespar los encendidos ánimos de las diferentes facciones políticas. Se fija especialmente en lo que hoy llamaríamos el alcance, los límites y el procedimiento de control del ejercicio de la libertad de imprenta. Lo interesante de su reflexión es que trasciende los límites de lo político y social para convertirse en un juicio moral sobre el alcance de la reforma.

En efecto, en primer lugar, pone de manifiesto que los límites entre el buen ejercicio y el abuso de la libertad de imprenta tiene una definición muy imprecisa. En su opinión, quien ejerza la libertad de imprenta puede ser acusado de «obrar mal» por lo cual deberá ser juzgado ante un tribunal *ad hoc*. Pero, ¿qué quiere decir «obrar mal»? Mientras que en el ámbito de la conducta privada una mala actuación «puede arreglarse por la recta razón», en el ámbito del ejercicio de la libertad de imprenta no da lugar más que a discusiones y polémicas infructuosas dado el carácter indeterminado del criterio utilizado: «los límites entre la libertad, y el abuso de la imprenta dependen tanto de principios indefinidos y variables que a cada paso se encontrarán las opiniones de los hombres más rectos, divididas sobre ellos, y tan divididas que uno llamará *traición*, lo que otro *patriotismo*; uno *crítica*, a lo que otro *libelo*» (Blanco White, 2001: 92). Parece que la polémica que se suscitó entre los diferentes bandos dio la razón a Blanco White, entre filósofos y religiosos (y Vélez es un buen ejemplo, porque hubiera suspendido *ipso facto* la libertad de imprenta), y además dio pie a lecturas tan conservadoras como la de Menéndez Pelayo.

Pero, lo que más enervó a Blanco White fue el sistema de control de la libertad de imprenta. El Decreto preveía que la acusación de «obrar mal» en el ejercicio de esta libertad fuese juzgada en cada provincia, en primera instancia, por un tribunal de cinco personas cuya resolución podía ser apelada ante un tribunal de nueve miembros nombrados por las Cortes. Pues bien, Blanco White, en consonancia con su modelo de lo que debía ser la Administración de Justicia, considera que es un error el establecimiento de un sistema de jueces que juzguen los abusos en el ejercicio de la libertad de imprenta. Para él, el modelo de profesionales designados, con un cargo público indefinido, les hace más dependientes del poder, más fácilmente corruptibles. Frente ello, inspirándose en el modelo inglés, aboga por un sistema de jurados por el cual sus miembros no serían designados por el poder político, sino elegidos por los ciudadanos. Si el fin de la libertad de imprenta, como los mismos diputados expusieron en la discusión del Decreto, es la formación de una opinión pública que fuese «el único contrapeso al poder de las Cortes», entonces el sistema de jurados es más acorde con esta función, porque así esa opinión pública estaría representada en quienes juzgarán las acusaciones por violación de la libertad de imprenta. De otra manera, se llega al absurdo de que, quien tiene que

velar por el ejercicio del contrapeso del poder de las Cortes, es designado por ésta misma. Con rotundidad, Blanco White afirma:

«Si en algo es absolutamente necesaria la intervención de los jurados para conservar la libertad, donde no hay código perfectísimo, es en los juicios sobre los delitos de abuso de imprenta. Como sea imposible que las leyes definan exactamente todas las circunstancias que forman los límites entre el delito u la acción inocente en esta materia, como todas ellas dependan absolutamente de la opinión, nadie puede ser juez en esto, sino la misma opinión pública, según se halle en aquel caso» (Blanco White, 2001: 95).

Por último, Blanco White, como otro argumento más en contra del modelo instaurado, critica también que el Decreto mantiene el poder de la Iglesia católica para censurar y juzgar las publicaciones realizadas en el marco de la libertad de imprenta. Como si no se hubiese tenido en cuenta la experiencia secular del papel de la Iglesia católica en el control, la persecución y la represión de la libertad de expresión. Y es que efectivamente el Decreto establece que la Iglesia católica debe tener representación en esos tribunales («Juntas de Censura»): tres miembros en la Suprema y dos en cada una de las Provinciales. «Podrá nadie que tenga tal cual razón dejar de preguntar ¿por qué? Si es por la religión, todos los libros que traten de ella están sujetos a la previa censura del obispo. Si ya se le ha dado su parte, ¿quién los ha hecho jueces natos de la *política*?» (Blanco White, 2001: 97). Y no le falta razón a Blanco White puesto que, si la libertad de imprenta tiene por objeto la publicación y propagación de ideales y debates políticos, ¿a qué viene que la Iglesia católica censure o forme parte de los tribunales que han de establecer los límites de su ejercicio o han de juzgar las violaciones al Decreto?

Finamente, Blanco White concluye su artículo sobre la libertad de imprenta con unas reflexiones finales equilibradas y sensatas:

«Atendidas estas reflexiones ¿qué han logrado los españoles con el decreto de la libertad de imprenta? Algo, sin duda: la libertad de dar a luz cualquier libro, sin esperar la censura. La censura previa ahoga en su origen la libertad de la imprenta: ni una palabra se puede decir al público si los censores no quieren. Como está ahora, el hombre que percibe más gloria de decir la verdad, que el temor de la censura, o castigo a que se expone; el que confía más en la defensa de la opinión pública, que recela de la arbitrariedad de los catorce jueces, puede escoger entre los dos partidos, y el libro que una vez sale al público, con tal que tenga mérito, sigue circulando lentamente a despecho de todas las inquisiciones del mundo. Si estos jueces respetaren por algún tiempo, como es probable, la libertad de imprenta, el pueblo se irá acostumbrando a ella de modo que sea difícil quitársela más adelante; pero si empiezan suprimiendo, y castigando, el fuego de los escritores se apagará. Un libro escrito con la libertad que se requiere para que sea útil en los casos y materias más importantes, será la inquietud de la vida del escritor,

que pasado el primer ardor verá perpetuamente la espada sobre su cabeza. La verdadera libertad de la imprenta será tanto más inasequible, cuanto el pueblo tendrá menor ardor pensando que la posee, porque posee su sombra» (Blanco White, 2001: 98-99).

4. CRÍTICAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1812. LA CONFESIONALIDAD ESTATAL

Para Blanco, como para el sector liberal, las Cortes de Cádiz tenían un misión prioritaria: la elaboración de una Constitución. Con la Constitución, no sólo se procedería a la reforma de la estructura política; también, a la regulación de las libertades necesarias para la sociedad española. Sobre todo, la libertad de pensamiento y la libertad de creencias. La misma libertad de imprenta saldría beneficiada de su reconocimiento. Por ello, que las Cortes emprendiesen esa tarea generó en Blanco White muchas expectativas; no por ello, dejó de comentar críticamente la evolución de los acontecimientos. Pretendía en cierto modo tutelar las decisiones y los trabajos con sus recomendaciones. Esta labor encajaba a la perfección con su intención pedagógica. No obstante, como en otras ocasiones, al contemplar que sus orientaciones no eran seguidas por los diputados y que los acontecimientos ratificaban sus vaticinios, fue perdiendo la ilusión por la revolución española y por la reforma política.

Lo que más exasperó al Blanco pedagogo y observador fue lo que él calificaba como nula visión práctica de los diputados de Cádiz. De hecho, como no se siguieron sus recomendaciones, acabará afirmando que «las Cortes están perdiendo tiempo y crédito con ese empeño de hacer una Constitución por teoría, y pudieran haber adelantado mucho para hacer una por experiencia». Una Constitución para la teoría que es más un libro que fruto de la experiencia. De ahí que la conclusión de Blanco White sea que todo ello es una tarea inútil: «La Constitución hecha así no sirve para nada. Hoy saldrá, y mañana se verá que hay que hacer una adición; al día siguiente que es preciso interpretar un artículo, luego que se ha escapado un caso, y en fin, se verá todo lo que la imprevisión produce en materias tan complicadas que no hay saber humano que pueda abrazarlas en un punto de vista» (Blanco White, 1990: 83).

Pese a estas críticas, inicialmente Blanco White no dejó de saludar la promulgación de la Constitución de 1812. Bien se prestó a afirmar que más valía esa que nada. Como afirma en sus «Breves reflexiones sobre algunos artículos de la Constitución Española»: «Tener una Constitución, sea cual fuere, es mejor que no tener ninguna, o tenerla dudosa, y casi olvidada. La que han formado y promulgado las Cortes, tiene a mi parecer defectos muy esenciales, de los cuales he expuesto algunos cuando se estaba formando; mas a pesar de ellos, protesto que su promulgación, y la satisfacción y alegría con que entiendo que el

pueblo Español la ha recibido me han causado muy verdadero placer» (Blanco White, 1990: 137).

En ese mismo texto señala algunos puntos concretos que, en su opinión, merecen ser abiertamente criticados. El primer defecto es el juramento que tienen que prestar los futuros diputados de «guardar y hacer guardar religiosamente la Constitución». La interpretación de Blanco White de este artículo es que con el juramento se pretende que la Constitución tenga una validez perpetua, que tal juramento implica «una sanción perpetua», cuando tal sanción debía llegar de parte de la nación «con el conocimiento y deliberación que le habría proporcionado la experiencia». Sin embargo, el ansia de los diputados en hacerla perpetua ha minado sus cimientos «que desde ahora le amenazan ruina». Blanco White tiene en mente que el funcionamiento efectivo de la Constitución podría haber mostrado sus defectos y que debía permitirse a futuras Cortes la posibilidad de enmendarlos. Tal juramento, pues, justifica la errónea apariencia de que la Constitución es «tan una e indivisible que no se le puede alterar ni un artículo». Y, en definitiva, esta rigidez es un poderoso argumento en manos de quienes quieran derribarla (Blanco White, 1990: 138).

Mal le parece también a Blanco White el esquema establecido para la elaboración y aprobación de leyes: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey» (art. 15). Blanco White cree que la idea que debía recoger este artículo es que las Cortes no podían hacer leyes sin el Rey y éste sin las Cortes, pero, al utilizar en la redacción la preposición «con», esta tesis feliz se acaba por desvirtuar. Blanco White interpreta que este artículo relacionado con el Capítulo VIII, relativo a la formación de las leyes, confiere al Rey el derecho de veto a las leyes elaboradas por las Cortes, y este sistema, en su opinión, ha tenido consecuencias nefastas en la historia; incluso en la Revolución Francesa, pues, a la postre, hizo odioso a Luis XVI ante los ojos del pueblo. Blanco White aconseja, curiosamente, que lo más sensato hubiera sido haber respetado la tradición de «la antigua Constitución Española», que confería al rey la potestad de elaborar y aprobar leyes. Por ello, considera que, de acuerdo con las tradiciones políticas españolas, el artículo 15 debería «haberle dado igual poder legislativo que a las Cortes, como lo tiene el Rey de Inglaterra respecto de su Parlamento». Por el contrario, «dejarlo ahora hecho un mero estorbo, darle una facultad que sólo puede usar para manifestar su ningún influjo, y para humillarlo al fin, después de haberlo hecho odioso por su resistencia a la ley propuesta, es peor que si lo hubiese dejado sin facultad alguna» (Blanco White, 1990: 139).

En general, Blanco White califica muy negativamente la regulación de las prerrogativas del Rey. Augura conflictos con el monarca cuando vuelva al trono dadas las cautelas puestas al ejercicio de su poder y, por ello, aventura, como así sucedió, que, al atarlo «con lazos de seda que más parecen adornos que prisiones», enemista al Rey con la Constitución y éste procurará librarse de las ataduras. El sistema propuesto

puede servir mientras dure la Regencia, «pero llegue a ponerse en el trono una persona real, y verán las Cortes cuán vano es el triunfo que han ganado en ausencia del contrario. Verán cuán imprudentemente han vestido la precaución con visos de orgullo». Lo mismo sucedió en Suecia, que se aprovechó la ausencia de monarca para de Rey absoluto pasar a «una sombra de Rey» y el resultado fue sufrir varias revoluciones en un período corto de tiempo (Blanco White, 1990: 141).

Tampoco le gusta a Blanco White el método de las elecciones previsto en el texto constitucional de 1812. Si los revolucionarios franceses instauraron un sistema de representación con dos elecciones, los españoles añaden una tercera, y eso no sólo «destruye la relación sensible entre el pueblo y los elegidos», sino que, además, «quita todo influjo a la opinión de la masa del pueblo en el nombramiento de sus representantes» (Blanco White, 1990: 141). La Constitución de 1812, a fuer de implantar un sistema representativo, consigue alejar a los representantes de los representados. Quería evitar parcialidades, pero éstas son más fáciles en un cuerpo pequeño, afirma Blanco White, que «en el total del pueblo».

Finalmente, como no podía ser menos en un autor obsesionado por la tiranía del pensamiento y por la intolerancia de la Iglesia católica en España, Blanco White dirigió también sus baterías contra el artículo 12 de la Constitución de 1812: «La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra». Esta declaración de intolerancia no debía sino escandalizar a quien se consideraba el azote del poder eclesial en España. Y afirma, con horror, que, primero de todo, este artículo lleva «*el sello de la intolerancia religiosa con que está ennegrecida la primera página de una Constitución que quiere defender los derechos del hombre*». Pero, aún más se asombra del error de unos constituyentes que, además de realizar una labor política, se convierten en teólogos y dictan cuál es la religión verdadera, como si, en lugar de las Cortes, estuviesen en un Concilio. Y, más todavía, no se les ocurre mejor cosa que prescribir que «es y será perpetuamente» la religión de España. Políticos metidos a teólogos que, además, condenan las religiones que profesan las demás naciones. El desánimo de Blanco White le lleva a concluir que: «*los españoles han de ser libres, en todo, menos en sus conciencias*. El artículo 12 de la Constitución es una nube que oscurece la aurora de la libertad que amanece en España» (Blanco White, 1990: 142). Y es que efectivamente la progresista Constitución de 1812 consagró la confesionalidad estatal y alimentó la intolerancia religiosa².

² Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española, puede verse mi libro J. MARTÍNEZ DE PISÓN (2000): *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson.

Pero, es que la radical confesionalidad estatal recogida en el artículo 12 impregna toda la Constitución de 1812. Aparece ya en el Preámbulo del texto que encomienda a «la gracia de Dios» a la Constitución misma: «En nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad...». Pero las menciones son muy numerosas. A continuación van unos ejemplos. Hasta el punto de ordenar que las Juntas electorales debían empezar sus sesiones con la celebración de «una misa solemne de Espíritu Santo por el cura párroco, quien hará un discurso correspondiente a las circunstancias» (art. 47). O el artículo 117 en el que —¡hasta tal punto llegaba el espíritu ordenancista de los constituyentes del 12!— en el que se recogía la fórmula y el día en el que debían presentar juramento los diputados: «En todos los años el día 25 de febrero se celebrará la última junta preparatoria, en la que se hará por todos los diputados, poniendo la mano sobre los santos Evangelios, el juramento siguiente: ¿Juráis defender y conservar la religión católica, apostólica, romana, sin admitir otra alguna en el reino? R. Sí juro. ¿Juráis guardar y hacer guardar religiosamente la Constitución política de la Monarquía española, sancionada por las Cortes generales y extraordinarias de la Nación en el año de mil ochocientos y doce? R. Sí juro. ¿Juráis hacerlos bien y fielmente en el encargo que la Nación os ha encomendado, mirando en todo por el bien y prosperidad de la misma Nación? R. Sí juro. Si así lo hiciéreis, Dios os lo premie; y si no, os lo demande».

A la vista de estas menciones no es, pues, de extrañar, la reacción airada de Blanco White contra el artículo 12 de la Constitución de 1812, contra la fórmula del juramento y, en general, contra la confesionalidad estatal y la instauración de la intolerancia religiosa. Y no le falta razón en su acusación de que los constituyentes traspasan el ámbito de la política para convertirse en teólogos. Claro que la Iglesia católica, entre obispos y sacerdotes, tenía una nutrida representación en las Cortes de Cádiz. La mayoría de ellos eran también ilustrados, pero no estaban dispuestos a renunciar a la alianza estrecha con el Estado.

No creo que sea exagerado afirmar que la rabiosa confesionalidad encarnada en el artículo 12 y su proyección en el resto del texto sea la razón más importante del desencuentro de Blanco White con la Constitución y que ello ahondase en la brecha y en la disconformidad con la obra de las Cortes de Cádiz. Quien se consideraba al mismo tiempo testigo y víctima de la intolerancia religiosa, quien denunció el sistema opresor de las conciencias bajo la monarquía tradicional, quien estaba convencido de que sin la libertad de expresión y la libertad de creencias no era posible una nación con ciudadanos libres, no podía ver con buenos ojos una regulación constitucional que imponía la religión católica y que prescribía la perenne catolicidad de la nación española. Como afirma Varela Bravo, «la crítica a la intolerancia constituye, pues, un elemento fundamental en la disconformidad de Blanco con la Constitución de Cádiz» (Varela Bravo, 1988: 93).

Quizás pueda servir de excusa a la posición de los diputados las razones que el sector más liberal balbuceó tiempo después a la vista del error de transigir en este punto. Así, un participante de las sesiones tan relevante como Argüelles reconoce que «se consagraba de nuevo la intolerancia religiosa y lo peor era que, por decirlo así, a sabiendas de muchos que aprobaron con el más profundo dolor el artículo 12. Para establecer la doctrina contraria hubiera sido necesario luchar frente a frente con toda la violencia y furia teológica del clero, cuyos efectos demasiado experimentados estaban ya así dentro como fuera de las Cortes. Por eso se creyó prudente dejar al tiempo, al progreso de las luces, a la ilustrada controversia de los escritores, a las reformas sucesivas y graduales de las Cortes venideras, que se consiguiese sin lucha ni escándalo el espíritu tolerante que predominaba en gran parte del Estado eclesiástico» (Argüelles 1970, 71)³. El mismo Argüelles pudo, más tarde, especialmente desde su exilio londinense, percatarse de la ingenuidad de sus propósitos y del feroz ataque que los absolutistas y los defensores de la fe dirigieron pocos años después contra quienes mantuvieron y mantenían un espíritu tolerante.

Si las opiniones de Blanco White durante el período de discusión y aprobación de una constitución que consagraba la intolerancia religiosa eran duras, aún más desesperados son sus juicios sobre el futuro del país a partir del regreso de Fernando VII y de la vuelta al Antiguo Régimen, al absolutismo y a la tiranía del pensamiento y de las creencias. Malos augurios, pues vaticina divisiones, agitaciones y disturbios. La melancolía y la frustración la asaltan en el último número de *El Español*, publicado en mayo-junio de 1814. Sus reflexiones se recogen en la «Conclusión a esta obra», pues efectivamente, bajo un régimen despótico y bajo la tiranía del Santo Oficio restaurado, su tarea ya había terminado. En realidad, son unas reflexiones a través de las cuales quiere dejar constancia del agravamiento de la situación política de un país dividido en dos sectores irreconciliables con una Constitución que plasmaba ambas posiciones motivo por el cual era de imposible cumplimiento. Como afirma Valera Bravo, «a Blanco no le sorprenderá la agudización del enfrentamiento entre liberales y serviles que se produce a partir de 1812, provocado en parte por la reacción conservadora al texto constitucional, en parte por el sistema despótico con el que los liberales tratan de imponer su Constitución. La Constitución no deja de recoger en su articulado las ideas y aspiraciones de dos partidos irreconciliables que tienen como bandera la revolución política y la intolerancia respectivamente» (Varela Bravo, 1988: 93).

³ Como afirma Morán Ortí, «la *protección constitucional a la religión* que se sancionaba en dicho artículo (12) contó entonces con el apoyo decidido, incluso entusiasta, de los Diputados conservadores y jansenistas, en tanto que la actitud liberal consistió más bien en una cautelosa concesión al ambiente religioso de la Nación, algo que de paso podría proporcionar la aprobación eclesiástica sobre la revolución» (Morán Ortí, 1992: 119).

5. LA ABOLICIÓN DE LA INQUISICIÓN

Junto con la libertad de imprenta y los debates sobre la Constitución de 1812, una de las polémicas más polarizada y agria fue la que tuvo lugar sobre la Inquisición. Esta institución fue, como ya vimos, objeto directo de los ataques de Blanco White al considerarla no sólo el brazo armado de la lucha de la Iglesia contra la herejía, sino también un instrumento del despotismo para implantar un sistema tiránico y, sobre todo, para anular el entendimiento de la nación española, causa última de los males de España, de su abatimiento. Su «Bosquejo de la historia del entendimiento humano en España desde la restauración de la literatura hasta nuestros días», publicado en *Varietades o Mensajero de Londres*, en enero de 1824, es un magnífico texto en el que expone con brillantez la tesis de la relación consustancial entre monarquía absoluta e Iglesia católica en el objetivo de implantar la tiranía inquisitorial del entendimiento. Por ello, no podía saludar si no con alegría la iniciativa de las Cortes de abolir la Inquisición. Sin embargo, al espíritu inquieto y crítico de Blanco White no se le escapó el Decreto de abolición de febrero de 1813 y otras normas subsiguientes contenían elementos contrarios a su intención renovadora y, en suma, a su ideario liberalizador. La dura posición de Blanco White en ese contexto y sobre una cuestión en torno a la cual se fracturarán las Cortes adquiere, sin duda, una especial importancia y tiene también un interés muy actual dada la renovación de los estudios sobre el Santo Oficio. Blanco White toma una clara posición abolicionista, junto con los sectores más liberales (Argüelles, Muñoz Torrero). Es incluso más radical frente a los sectores más reaccionarios (Ostolaza, Ingaunzo). Sus argumentos, pues, y sus precisiones merecen nuestra atención incardinadas en el contexto en el que se produjeron.

El reciente interés de los historiadores sobre una institución tan poderosa y cuyo poder duró tanto tiempo (tres siglos y medio) como es la Inquisición ha desvelado los hitos más importantes que condujeron a su abolición (Escudero, 1991). Su pervivencia, sobre todo, a lo largo del siglo XVIII no estuvo libre de conflictos con el monarca, que defendía sus prerrogativas y utilizaba la Inquisición como instrumento para mantener el orden público, con la jerarquía eclesial, en particular, con los obispos, que pretendían recuperar la jurisdicción eclesiástica, o con los ilustrados, que la veían como una rémora del pasado y el enemigo directo de la libertad de pensamiento y de conciencia. Por ello, no debe extrañar que, siguiendo los vaivenes de la política de los diferentes Borbones, se discutiese e, incluso, se promoviese a finales de ese siglo por alguno de los ministros la abolición de la Inquisición. Sin embargo, lo cierto es que la Revolución francesa y el miedo de Carlos IV y sus ministros a los efectos de la propaganda en España dio nueva vida a la Inquisición hasta que la invasión napoleónica sirvió de nuevo para concitar un nuevo y agrio debate sobre su abolición.

Al margen de las vicisitudes iniciales (como, por ejemplo, la calificación del 2 de mayo como un *alboroto escandaloso del bajo pueblo* o la negativa a reconocer a la nueva dinastía, para algunos, el motivo del Decreto de abolición de Napoleón, del 4 de diciembre de 1808), las Cortes de Cádiz tuvieron desde un principio que afrontar la cuestión del futuro de la Inquisición, especialmente, tras la aprobación del Decreto sobre la libertad de imprenta y el establecimiento de las Juntas de Censura, que, de hecho, suponía ya una notable restricción en sus competencias. El debate sobre el Santo Oficio era inevitable y la Comisión de Constitución de las Cortes se vio abocada a tratar esta cuestión. Inicialmente, las Cortes fueron informadas sobre los proyectos de esta Comisión para el restablecimiento de la Inquisición anulada y descabezada por Napoleón, pero, como en el periodo de tiempo de elaboración de ese informe, se aprobó la Constitución con el artículo 12 ya conocido, finalmente, esa Comisión debió pronunciarse únicamente sobre la conformidad o no de la Inquisición con la Constitución. Esa Comisión concluyó su trabajo el 13 de noviembre de 1812 con un *Dictamen* en el que negaba la conformidad⁴. Dicho *Dictamen* fue elevado para su estudio por las Cortes con el objeto de proceder al no restablecimiento de la Inquisición –en definitiva, a su abolición– y a la creación de Tribunales Protectores de la Religión, para cumplir así con el precepto constitucional. Finalmente, las Cortes aprobaron el *Decreto sobre la abolición de la Inquisición y establecimiento de los tribunales protectores de la fe*, promulgado en Cádiz el 22 de febrero de 1813. Pues bien, este largo proceso, los hechos acontecidos y los debates que se sucedieron fueron objeto del estudio y de la crítica de Blanco White.

Son, desde luego, muchas las referencias críticas de Blanco White hacia la Inquisición que, en algún caso, se encuentran desperdigadas entre sus obras más importantes. Pero, en concreto, como editor de *El Español*, es decir, en un momento de la historia de España en que la pasión política está en plena ebullición y la Inquisición era uno de los centros de la polémica, Blanco White se interesó en varias ocasiones por explicar y justificar su posición contraria a la misma y no cejó en su empeño de verla abolida. En el número de *El Español*, del 30 de

⁴ El *Dictamen* se inicia con una referencia al marco constitucional y, al mismo tiempo, centra el objeto del mismo: «los medios por los cuales la potestad civil puede y debe conservarlos...». No olvidemos que el artículo 12 de la Constitución obliga a la Nación a proteger a la religión católica, única verdadera, «por leyes sabias y justas». De ahí que el objeto a examinar sea el de si las leyes inquisitoriales son los medios adecuados para cumplir la prescripción constitucional o si pueden existir otros. Es decir, si son conformes o no a la Constitución política. El *Dictamen* final hace un largo rastreo histórico desde los orígenes de la Inquisición, la legislación, los órganos, la persecución de herejes y sus métodos... Para concluir con la negación de su conformidad por dos razones. Primeramente, porque la Inquisición constituye un cuerpo cerrado, «independiente de la autoridad eclesiástica y de la autoridad civil, que vulnera el régimen de separación de poderes». Y, en segundo lugar, porque «se opone a la libertad individual, con un régimen procesal secreto que hace uso del tormento, lo que resulta inconciliable con las prescripciones constitucionales» (Escudero, 1991: 30 y 31).

abril de 1811, publica un artículo titulado «Sobre la Inquisición» que es una contestación a una carta de un lector que defiende el mantenimiento de la Inquisición. Realmente, es esta carta la que brinda al autor sevillano la oportunidad para centrarse aún más en la historia de la Inquisición, instrumento de la intolerancia, y en la necesidad de su abolición.

Las opiniones del lector y la respuesta de Blanco White son un ejemplo de las diferentes posturas y, sobre todo, de la polarización del debate que estaba ya presente en la sociedad de Cádiz (como muestran los libelos del «Filósofo Rancio» y de Rafael de Vélez) y que luego se reflejaría en las Cortes. Además, Blanco White publicaría también en *El Español* otro artículo en el que comentará directamente el Dictamen de la Comisión de Constitución centro de toda la polémica. Veamos poco a poco la contribución de Blanco White al debate general.

La carta del lector que da origen al artículo «Sobre la Inquisición» ya mencionado se hace la siguiente pregunta: «¿si la Inquisición era verdaderamente un obstáculo en estos últimos tiempos?» y en la que mantiene la idea de que la Inquisición «se había reducido a una sombra que ningún daño hacía» y «casi estoy tentado, en odio a ellos (los franceses), a creer que la Inquisición era buena, siquiera para impedir la propagación de esos principios funestos de filosofía que han destruido la Francia» (Blanco White, 2001: 101-102). Es decir, durante el siglo XVIII, la Inquisición ya no cumplía el papel que inicialmente se le encomendó de lucha contra la herejía e instrumento de pacificación política social bajo el peso de la monarquía. Al mismo tiempo, como ya sucediera, en los primeros años del reinado de Carlos IV, podía hacer el inestimable papel de impedir la propagación de las ideas revolucionarias (Escudero, 1991: 21 y 22).

Blanco White no podía tolerar estas tesis radicalmente contrarias a la batalla ideológica y a la tarea renovadora que pretendía realizar con *El Español*. Así que su respuesta, aun no siendo lo tajante de otras de sus contribuciones, fue clara en el repudio a esa institución eclesial y represora. Reconoce que la Inquisición ya no es lo que era: el paso del tiempo, por influjo de la Ilustración, la acomodación de las gentes y la ausencia de herejes. Pero ello no justifica su permanencia:

«Es indudable que la Inquisición se había reducido a una *sombra* de lo que era. El influjo de la ilustración general de Europa había templado el rigor bárbaro que aquel tribunal ejerció en los primeros años de su fundación. ¿Cómo era posible que se viese a fines del siglo diez y ocho quemar las víctimas por miles, como a principios del diez y seis? Aun cuando el fanatismo de los inquisidores no hubiese cedido al carácter de los tiempos, el de los perseguidos era ya demasiado débil para que les resistiese hasta la hoguera. La verdad es que por mucha disposición que tuviesen para ser quemados; y que todo el que tenía la desgracia de caer en manos del Santo Oficio, si no podía negar su *herejía*, se daba la mayor prisa en abjurarla» (Blanco White, 2001: 103).

Pero, la Inquisición como institución represora y símbolo de la tiranía del entendimiento en España no había cambiado tanto en sus leyes, en sus formas y en sus principios. Dicho de otra manera, Blanco White «en primer lugar hace mención del hecho de que el poder de la Inquisición está meramente adormecido, no anulado, ya que los tiempos han cambiado en Europa». «Pero esto no quiere decir que el tribunal no pueda despertar de esa somnolencia en cualquier momento» (Varela Bravo, 1988: 94). Prueba de este poder latente del tribunal, según Blanco White, es que él vivió la experiencia de la condena a la hoguera de una pobre mujer sin culpa. Hecho que relata minuciosamente. O que, todavía en Sevilla, se llame *Quemadero* al lugar en el que la Inquisición oficiaba su tétrico ritual.

El que la Inquisición sea una sombra de lo que fue no quiere decir que no sean evidentes las consecuencias de su tiranía secular en el entendimiento y en la cultura de los españoles: el cúmulo de prohibiciones impuestas por la Inquisición, en particular las que afectan a la lectura y al conocimiento obligó a la nación a batallar entre la inmoralidad y la ignorancia, afirma Blanco White. «En vano querría ir enumerando las prohibiciones que hacen imposible una buena educación en España, a no ser que se quebranten, y desprecien; porque el Expurgatorio es el índice de cuantos libros excelentes hay en la república de las Letras, inclusa (hasta muy poco ha) la Biblia» (Blanco White, 2001: 110). De esta manera, lo que afirma Blanco White es que «la prueba incontestable de la influencia negativa de la intolerancia en España está en el ambiente de opresión intelectual, en el temor al castigo, tanto espiritual como material, que embarga en España a todo aquel que quiere perfeccionar su educación más allá de la lógica escolástica» (Varela Bravo, 1988: 95). El mismo Blanco White, con su *Autobiografía*, se pone como testigo y víctima de esta influencia negativa. Espíritu inquieto, tuvo que resolver el dilema de o bien violentar su conciencia acatando la prohibición de la lectura de libros del Índice o bien someterse al peligro de un castigo inmerecido por leer lo prohibido sin permiso y haber desafiado a la Inquisición y al sistema de intolerancia vigente.

Por último, Blanco White tampoco comparte la idea de que la existencia de la Inquisición es el mejor antídoto contra el contagio de la filosofía de la Revolución francesa. Lo cierto es que ésta no le produce mucha simpatía al editor de *El Español*. Pero, con todo, ni los libros de los filósofos fueron los causantes de la explosión revolucionaria, ni la Inquisición es el mejor arma para evitar estas convulsiones. Más bien, la persecución de las ideas es lo que irrita a la gente que, ante la represión de las ideas, arde en deseos de venganza y, poco a poco, entra a formar parte del partido de la libertad. De manera que «el único modo de evitar revoluciones como la de Francia, es que los gobiernos estén ciegos sobre el estado de la opinión de sus pueblos, y que conozcan que es preciso, por su propio interés, conceder a tiempo, no digo ya todo lo que es justo (que esto sería pedir inútilmente), sino lo que al

cabo no podrán negar» (Blanco White, 2001: 113). Y concluye con una frase que el mismo J. S Mill hubiera suscrito:

«Pero resistir por la fuerza a la propagación de opiniones, es una necesidad, es un imposible, desde que hay imprenta. Si las opiniones son verdaderas; minarán por todas partes; y la persecución les hará tomar un carácter funesto, si logran disminuir con ella el número de los adeptos. Si son falsas, y solo deslumbran por un falso brillo; no se las acredite con una oposición tiránica; déjense correr, y atáquense con razones. No haya miedo que la falsedad domine: uno y otro podrá quedar engañado; pero la masa de un pueblo no se engaña en una discusión libre. Si un sistema examinado de este modo conserva la masa de opinión que tuvo al principio, o en vez de perderla, se aumenta en su favor cada día, ni la Inquisición en España con sus excomuniones, ni el antiguo gobierno francés con sus destierros y quemas por mano de verdugo, ni Bonaparte con su supresión de imprentas, lograrán jamás destruirlo» (Blanco White, 2001: 113-114).

El mejor antídoto para evitar el peligro de una revolución a la francesa no es la prohibición de lecturas, ni la restricción de la libertad de expresión o la libertad de imprenta. Impedir la difusión de las ideas no supone cerrar las vías para su propagación. Más bien, al contrario, fomenta la curiosidad por la prohibido y la intolerancia alimenta los radicalismos. Por ello, frente a las prohibiciones, predica de nuevo la tolerancia y la educación.

No fue esta carta del lector la única oportunidad que tuvo el autor sevillano para referirse al papel de la Inquisición. En la actividad periodística de Blanco White, como ya adelanté un poco más arriba, el debate sobre la Inquisición no quedó cerrado con polémicas de este tipo, contra alguna de las cartas de los lectores. Poco después de la sesión de las Cortes en la que se aprobó el Decreto de abolición de la Inquisición, escribió en *El Español*, unas interesantes «Reflexiones sobre la abolición de la Inquisición en España; con un Informe dado sobre este punto por la Comisión de Constitución de las Cortes».

En estas reflexiones, por supuesto, Blanco White saluda con alegría la abolición de la Inquisición: «Las Cortes han dado uno de los pasos más nobles, y gloriosos que en la actual situación de España podían apetecerse» (Blanco White, 2001: 133). No hace falta repetir las razones de su alegría: el informe de referencia estudiado por las Cortes hace también un repaso histórico de indudable interés por la atroz experiencia de la Inquisición, su celo persecutorio y represor. El mismo Blanco White copia páginas enteras del *Dictamen* de la Comisión de Constitución de las Cortes y que se resume en el siguiente párrafo:

«Este es el tribunal de la Inquisición (sigue el informe) aquel tribunal que de nada depende en sus procedimientos; que en la persona del inquisidor general es soberano, puesto que dicta leyes sobre los juicios en que se condena a penas temporales; aquel tribu-

nal que en la oscuridad de la noche arranca al esposo de la compañía de su consorte, el padre de los brazos de sus hijos, a los hijos de la vista de sus padres, sin esperanza de volverlos a ver hasta que sean absueltos, o condenados, sin que puedan contribuir a la defensa de su causa, y la familia, y sin que puedan convencerse que la verdad y la justicia exigen su castigo» (Blanco White, 2001: 144).

Blanco White, pues, se hace eco de los principales argumentos del *Dictamen* de la Comisión de Constitución de las Cortes y mantiene, en principio, una posición similar a la de su defensor más representativo que fue Agustín de Argüelles, al que, en el transcurso del debate siguieron otros como el conde de Toreno o Riesco. Realmente, el *Dictamen*, visto desde una perspectiva histórica, no parece descabellado ni producto del sectarismo anticlerical a pesar de que sus detractores, desde los ya mencionados diputados (Ostolaza e Inguanzo), los libelistas de la época (Vélez y el «Filósofo Rancio») hasta Menéndez Pelayo, no han escatimado epítetos vejatorios y las más duras diatribas.

No obstante, hay quien considera que parte de la acritud del debate de las Cortes y de los severos juicios posteriores hubieran podido desaparecer si el *Dictamen* se hubiera centrado en lo que fue objeto de la intervención en las Cortes de Argüelles, por otra parte miembro de la Comisión que lo elaboró. Esto es, si se hubiera centrado el informe en el problema constitucional de si el Consejo Supremo de la Inquisición que, junto con el Inquisidor General y los tribunales, compone el sistema inquisitorial y que efectivamente fue creado por los monarcas y no por la Santa Sede, es conforme o no a la Constitución. Pero, la Comisión, al tratar esta cuestión sólo de modo tangencial y describir los procedimientos y castigos de dicho sistema, acabó conduciendo el debate hacia estos extremos excitando las opiniones encontradas de unos y otros (Escudero, 1991: 44 y 45). Sin embargo, con un entorno cada vez más enconado, con una fractura ideológica evidente entre los diputados y en la sociedad gaditana, probablemente era harto difícil evitar que la historia y la trágica experiencia del sistema inquisitorial no fuese objeto de descripción y de polémica. Esto es, que cabe pensar que resultaba difícil, después de tres siglos y medio, que las acusaciones por torturas, secretismo, persecución, etc., no hubieran salido a la luz.

Como ya adelanté, Blanco White acepta plenamente los argumentos y acusaciones no estrictamente constitucionales del *Dictamen*. Pese a este acuerdo en lo sustancial con el sector liberal, Blanco White sigue manteniendo su desacuerdo con el precepto constitucional por el cual no sólo se consagra la confesionalidad estatal y el poder de la Iglesia católica, sino que, además, se prescribe que «la Nación la protege por leyes sabias y justas». Si bien Blanco White saluda con alegría la abolición de la Inquisición, sin embargo, arremete contra la primera consecuencia: la decisión de sustituir la Inquisición por unos Tribunales Protectores de la Religión. Y es que el debate sobre la abolición de la Inquisición derivó sobre los medios más idóneos para proteger la única religión verdadera, tal y como prescribe al artículo 12 de

la Constitución. El sector liberal transigió en la creación de dichos tribunales, lo que pone de manifiesto que el sector reaccionario y el liberal de las Cortes de Cádiz coincidían en el fondo –la constitucionalización de la confesionalidad estatal, pero disentían en los medios de protección–. Como es sabido, este Decreto de febrero de 1813, tal y como salió de las Cortes, ha sido y fue profusamente utilizado por los detractores del liberalismo y del constitucionalismo, a pesar de que se experimentaron diferentes estrategias para la socialización de su contenido, como fue la publicación y lectura de un *Manifiesto* de las Cortes que, al parecer, tuvo el efecto contrario (Escudero, 1991: 7 y ss.)

Pues bien, la posición de Blanco White sobre la creación de los tribunales protectores fue bien clara y poco dada a transacciones: «Las Cortes se han visto precisadas a dejar en su rigor las penas más crueles contra el crimen de herejía, como parte del código de la nación Española». Ciertamente es que se han suprimido los procedimientos, las leyes y el sistema inquisitorial que condenó al país a la superstición y a la ignorancia, pero Blanco White se pregunta si realmente hacía falta instaurar estos tribunales, aunque, reconoce, sus castigos y sus reglas sean menos crueles que los de la institución abolida. «La razón de esto parece ser, que la potestad secular tiene obligación de defender la religión católica por leyes sabias y justas». Pero, a Blanco White ésta no le parece una razón suficiente, pues esta obligación «¿es política o religiosa?». ¿Puede probarse que Dios ha encargado a los poderes seculares «que persigan a los que yerran en la fe»? (Blanco White, 2001: 147).

La respuesta a estas cuestiones, según Blanco White, no puede venir de la revelación, sino del entendimiento humano. Por eso, vuelve a reiterar su idea del error de unos legisladores de convertirse en teólogos al pontificar sobre qué religión es verdadera. Es más, les pone sobre aviso no vaya a ser que la misma protección desvele que estamos ante una religión falsa: «Si el gobierno quiere proteger la religión por leyes, porque la cree verdadera; debe tener mucho cuidado en que estas mismas leyes no la hagan sospechar de falsa». La verdad sólo puede descubrirse a través de «la insinuación y el convencimiento». Vendar los ojos de los hombres, atemorizarlos y ponerles la espada al cuello, como hace el legislador con sus leyes protectoras, no es sino incurrir en los viejos errores: «la razón y la experiencia me dice que se trata de conservarlos en errores que no tienen más defensa que la que les da la fuerza» (Blanco White, 2001: 148).

Pero, incluso, si la justificación de las leyes protectoras es su utilidad para el Estado, la actuación de las Cortes se ha extralimitado en el alcance del decreto. En opinión de Blanco White, «si las leyes protectoras de la religión tienen por objeto la felicidad del Estado; el legislador no debe extenderlas a nada más que aquello en que la religión obre como parte del código nacional». Sin embargo, no ha sido en la regulación del «crimen de herejías». Ciertamente es que uno de los objetivos de esta legislación es evitar que las disensiones religiosas perturben la paz del Estado, lo cual es «cosa muy justa y saludable». Sin

embargo, no queda aquí, sino que «lo que se llama crimen de herejía, consiste sólo en una persuasión contraria a algún artículo de las creencias, que el Estado protege» (Blanco White, 2001: 148). Es decir, que el crimen de herejía castigado por el Estado afecta a cualquier disensión de los preceptos de la religión católica. Dicho de otra forma, que el Estado protege sin más la ortodoxia religiosa. El crimen de herejía no es, pues, una regulación cuyo objetivo sea preservar la paz y la felicidad de la nación de los peligros de la disensión religiosa. Ahora bien, ¿qué sentido tiene que los poderes públicos velen por la creencia de los ciudadanos en la gracia, en las indulgencias, etc.? Ninguna:

«Si la experiencia de las naciones más cultas y florecientes del mundo no basta a quitar los recelos que manifiestan muchos en España, de que la libertad de ejercer otra religión que la católica, pudiera causar disturbios y alteraciones, prohíban, enhorabuena, el ejercicio, prohíban la predicación de otras doctrinas. Pero imponer pena de muerte al que no pueda convencerse de la verdad de todo o parte del catecismo romano es un abuso de poder, y un insulto al santo nombre de la justicia» (Blanco White, 2001: 149).

En última instancia, afirma Blanco White, para convencer a los defensores de esta legislación, «las leyes sólo pueden recaer sobre acciones, porque de acciones se puede convencer a los hombres; pero las opiniones sólo pueden ser juzgadas por el Ser Eterno que ve el fondo de nuestras almas».

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1988): *Historia de España. La transición del Antiguo al Nuevo Régimen (1789-1874)*, dirigido por A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Madrid, Planeta.
- ÁLVAREZ JUNCO, J. (2001): *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus.
- ARGÜELLES, A. (1970): *La reforma constitucional de Cádiz*, coment. por J. Longares, Madrid, Iter.
- ARTOLA, M., ed. (2003): *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Marcial Pons.
- BLANCO WHITE, J. M.^a (1988): *Autobiografía de Blanco White*, 2.^a edic., edic. trad. Introducción y notas de A. Garnica, Sevilla, Universidad de Sevilla.
- (1990): *Cartas de Juan Sintierra, Crítica a las Cortes de Cádiz*, edición de M. Moreno. Sevilla, Universidad de Sevilla.
- (2001): *Ensayos sobre la intolerancia*, edición a cargo de M. Moreno, Sevilla, Caja San Fernando.
- DURÁN LÓPEZ, F. (2005): *José María Blanco White o la conciencia errante*, Sevilla, Fundación José Manuel Lara.
- ESCUADERO, J. A. (1991): *La abolición de la Inquisición española*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (2003): «La libertad de imprenta en las Cortes y en la Constitución de Cádiz de 1812», *Dereito*, vol. 12, núm. 1, pp. 37-60.
- FLÓREZ ESTRADA, A. (1958): *Obras de Álvaro Flórez Estrada: Examen Imparcial. Historia de la Revolución de España. Constitución para la nación española y otros escritos*, estudio preliminar de L. A. Martínez Cachero, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, Ediciones Atlas.
- GOYTISOLO, J. (1998): «Presentación crítica» en J. M.^a Blanco White, *Obra inglesa de Blanco White*, 1.^a edic. en 1972, Madrid, Alfaguara.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2000): *Constitución y libertad religiosa en España*, prólogo de J. I. Lacasta-Zabalza, Madrid, Dykinson.
- (2005): «José M.^a Blanco White. Un proyecto liberal en la revolución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII, pp. 221-234.
- (2009): *José M.^a Blanco White: La palabra desde un destierro lúcido*, Logroño, Perla Ediciones.
- MARTÍNEZ DE LA ROSA, F. (1962): *Obras de D. Francisco Martínez de la Rosa*, IV, edición y estudio preliminar de Carlos Seco Serrano, Madrid, Ediciones Atlas.
- MENÉNDEZ PELAYO, M. (1978): *Historia de los heterodoxos españoles*, 2 vols., Madrid, BAC.
- MORÁN ORTÍ, M. (2003): «La formación de las Cortes (1808-1810)», en M. Artola, ed., *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Marcial Pons, pp. 13-36. Reedición del número 1 de *Ayer. Asociación de historia contemporánea*.
- MORENO ALONSO, M. (1998): *Blanco White. La obsesión de España*, Sevilla, Alfar.
- RIVERA GARCÍA, A. (2006): *Reacción y revolución en la España liberal*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1974): *Historia del constitucionalismo español*, 3 edic., Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- SUBIRATS, E. Ed., (2005): *José María Blanco White: crítica y exilio*, Barcelona, Anthropos.
- VARELA BRAVO, E. (1988): «Blanco White, la tolerancia y las Cortes de Cádiz», *Cuadernos hispanoamericanos*, 460, pp. 91-104.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

Propiedad intelectual, cultura y privacidad

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS
Universidad de Cádiz

RESUMEN

Los cambios introducidos por la Sociedad de la Información exigen la acomodación de las normas a la nueva realidad social. Uno de los campos más afectados es el de la propiedad intelectual, debido fundamentalmente a la disposición generalizada de medios técnicos que permiten reproducir a los usuarios las creaciones protegidas por derechos de autor. A ello se une el desarrollo del software y de las plataformas peer to peer, que permite el fácil intercambio de ficheros entre particulares. El legislador, para frenar estas prácticas, baraja el establecimiento de un control del intercambio de ficheros en la red por parte de las operadoras de servicios y sin previa autorización judicial. Constituye un atentado contra los derechos fundamentales que protegen la privacidad del usuario.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos de autor, cultura, privacidad, secreto de las comunicaciones.

ABSTRACT

Changes introduced in Information Society demand that regulations adapt to new reality. Intellectual property is one of the most affected fields, due to technical media availability that allow users to reproduce creations protected by copyright. We can add to this situation, software development and peer to peer platforms. These make it easier to interchange files between individuals. To stop these practices, Legislator thinks of setting a control for file swapping in the Internet by service suppliers without judicial authoriza-

tion. This constitutes an attack against fundamental rights that protect user's privacy.

Key words: intellectual property, copyright, culture, privacy, secret communications.

SUMARIO: 1. PROPIEDAD INTELECTUAL Y CULTURA.—2. EL PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES.—3. TENDENCIAS ACTUALES EN LA REGULACIÓN

No siempre resulta sencillo a los tribunales responder de forma acertada a los retos jurídicos que plantea la realidad social. Es obvio que la ley va a remolque de la realidad, unas veces porque aquella queda obsoleta y otras porque en ésta cobra vida una nueva relación social —inexistente hasta el momento— que precisa la atención del legislador para evitar que la fuerza bruta avale una injusticia. Tanto en el primer supuesto, de reforma de la legislación, como en el segundo, de creación *ex novo*, nos encontramos con situaciones de gran dificultad, y una de ellas es la derivada de la protección de la propiedad intelectual en la era de las Nuevas Tecnologías¹. La Sentencia 40/2008 de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 18 de febrero, ha venido a poner de manifiesto esta dificultad.

Desde que en la década de los 80 se universalizara el uso de Internet y de los medios de grabación digital, hemos asistido a enfrentamientos continuos entre los titulares de derechos derivados de la propiedad intelectual y millones de usuarios que exigen un cambio radical². Los primeros han reclamado —y reclaman— una modificación legal que asegure el disfrute de sus derechos en idénticas condiciones a las establecidas durante los siglos anteriores. Los segundos entienden que las circunstancias han variado de tal modo que es preciso introducir cambios sustanciales, cambios que eliminen la *posición dominante* que ha favorecido a los primeros en este campo de la propiedad.

Esta posición dominante se traduciría —a juicio de los usuarios— en la unilateralidad a la hora de establecer los precios, a la hora de obligar a la adquisición de determinados productos si se desea tener acce-

¹ Vid. sobre esta cuestión y otras relacionadas con los avances tecnológicos MEGÍAS QUIRÓS, J.J. (coord.), *Sociedad de la Información. Derecho, libertad, comunidad*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007. En esta monografía se recogen estudios realizados por L. Cabrera, E.V. de Mora, M.J. Rodríguez Puerto, M.ª C. Díaz de Terán y C. Velarde sobre problemas relevantes —desde su perspectiva jurídica— en la Sociedad de la Información.

² Con el término usuario me refiero exclusivamente al ciudadano normal y corriente, que hace uso de los adelantos tecnológicos de modo personal. No entrarían en este concepto, por tanto, ni quienes realizan copias para su explotación comercial ni quienes las adquieren.

so a otros³, de imponer condiciones de venta o adquisición abusivas, etc. Esta posición de dominio ha venido a ser anulada en cierta medida por las innovaciones tecnológicas, lo que ha derivado en una demanda por parte de la sociedad de una nueva regulación más justa. No se reclama la desaparición de la propiedad intelectual⁴, ni se pone en tela de juicio el derecho de los creadores a obtener beneficios por sus creaciones; lo que se pone en tela de juicio es la obtención de unos beneficios considerados abusivos, o el mantener una regulación propia de siglos pasados e insostenible tras los avances tecnológicos.

El argumento de los creadores, intérpretes, sociedades de gestión de derechos, etc., para tratar de asegurar el mantenimiento del estatus legal es el de «proteger la cultura». Con el eslogan «contra la piratería, defiende tu cultura» se ha intentado mostrar, por un lado, que cualquier actuación dirigida a variar sustancialmente el sentido de la regulación de la propiedad intelectual supone un riesgo para la cultura. Por otro, intentan equiparar en su publicidad el «top manta» con las descargas de Internet, incluso en ocasiones con la copia privada, y todo ello para criminalizar cualquier actuación que pueda normalizar un cambio sustancial en la concepción de la propiedad⁵.

1. PROPIEDAD INTELECTUAL Y CULTURA

La reciente reforma de la regulación española de la propiedad intelectual⁶, exigida por la Directiva comunitaria del año 2001⁷, inci-

³ Por ejemplo, la necesidad de adquirir determinadas canciones no deseadas en el mismo soporte en el que son vendidas aquellas que sí se desean adquirir. Cfr. MEGÍAS QUIRÓS, J.J., «Hacia una propiedad intelectual comunitarista», en MEGÍAS QUIRÓS, J.J. (coord.), *Sociedad de la Información...*, cit., pp. 121-209, y bibliografía allí citada.

⁴ Resultan dignas de elogios las actuaciones policiales como la descrita por la prensa nacional el pasado 12 de marzo de 2008, que finalizó con la desarticulación de una red de copias ilegales de vídeo y audio en los alrededores de Madrid. La red tenía capacidad para producir 80.000 copias diarias y obtener ingresos estimados en 240.000 € diarios. Estas conductas sí que dañan claramente la propiedad intelectual.

⁵ Son numerosos los autores que se han pronunciado ya en relación a la necesidad de adecuar la mentalidad jurídica a la nueva realidad digital. Vid., por ejemplo, APLYN, T., *Copyright Law in the Digital Society. The challenges of multimedia*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., GONZÁLEZ GONZALO, A. y SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, y RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

⁷ Se trata de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la Sociedad de la Información. En este marco encontramos también la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, la

de fundamentalmente sobre dos derechos afectados de forma directa por los cambios sociales, el de propiedad y el derecho a la cultura, e indirectamente sobre un buen número de facetas de la libertad del ser humano y de los valores que impregnan –o deben impregnar– la convivencia social⁸.

Hasta la aprobación de la citada reforma intervinieron en el debate público todos los sectores sociales interesados. Unos con la intención de evitar que la tecnología digital modificara las condiciones de disfrute de los derechos de autor. Otros con la intención de modificar y limitar la concepción privatista y excluyente de la propiedad intelectual, propia del liberalismo radical del siglo XIX y dominante durante el XX. Y un tercer sector, más ecuánime, trató de proponer a lo largo de esos años unos cambios más prudentes en la regulación de la propiedad intelectual que la acomodaran a la nueva realidad tecnológica y sociológica, cambios que apostaban por una sociedad en la que, sin suprimir la protección de la propiedad intelectual, tuviera mayor cabida el valor de la solidaridad⁹.

Fue el primer sector el que impuso su hegemonía sobre la decisión del legislador, consolidándose el deslizamiento histórico de la protección de la propiedad intelectual hacia los intereses de los creadores. ¿Por qué «deslizamiento histórico»? Porque las leyes de propiedad intelectual nacieron para proteger a los *creadores*, pero se trataba de una protección frente a los impresores y editores, únicos que en aquella época disponían de los medios para copiar de forma generalizada

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, la Propuesta de Decisión marco del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual, la Declaración 2005/295/CE de la Comisión sobre el artículo 2 de la citada Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Vid. GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, A., *El derecho de autor en la Unión Europea*. Madrid, Iberautor Promociones Culturales, 2006.

⁸ Es la razón de se haya tratado, a lo largo de la historia, de armonizar todas las cuestiones implicadas. Cfr., por ejemplo, MESA MARRERO, C., «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación de la propiedad intelectual en la Directiva 2001/29/CE y su incidencia en el Derecho español», *Revista de derecho y Nuevas Tecnologías*, 7, 2005, pp. 119-137.

⁹ Vid., por ejemplo, GARCÍA SANZ, R.M., *El derecho de autor en Internet*. Madrid, Colex, 2005. Entiende que debe primar la libertad de acceso a la información y aprovechar las nuevas posibilidades que ofrecen los adelantos tecnológicos y la propia red, que favorecen la libertad de todos, usuarios, autores y editores. Estos cambios justifican, a su juicio, que las creaciones pasen con mayor celeridad al dominio público, y que se compense de alguna manera ese acortamiento. Pero no habría que mantener artificialmente –con el uso de la fuerza– todos los beneficios que los titulares de los derechos de autor han venido disfrutando durante los últimos años porque, dadas las circunstancias, la sociedad no tenía más remedio que aceptarlo.

sus obras¹⁰; también protegieron a los propios editores que, una vez adquirida la obra, podían sufrir las consecuencias de una edición «pirata». Estas leyes, sin embargo, no afectaron en absoluto a los lectores, destinatarios de las creaciones, ajenos a las exigencias de esas normas porque les resultaba del todo imposible poner en peligro el objeto protegido; aquellos ciudadanos continuaron disfrutando en idénticas condiciones de los únicos derechos que podrían resultar afectados, la libertad de acceso a la cultura y a la información, o el de ser propietario del ejemplar adquirido legalmente.

La razón fundamental y primera por la que se decidió proteger los derechos de autor con este tipo de normas no fue la de proteger propiamente la propiedad, sino el fomento de la cultura; se protegió la propiedad intelectual porque se consideró que era la vía más apropiada y eficaz para conseguir el objetivo principal, pero nada más lejos de la intención del legislador que convertir los derechos de autor en un bien superior al derecho a la cultura¹¹. Se trataba, por tanto, de estimular al creador garantizándole la obtención de algún beneficio material a partir de sus obras, y asegurar así el enriquecimiento de toda la sociedad con sus creaciones. Pero el individualismo propio del siglo XIX dio al traste con estas pretensiones de carácter más social y terminó por cambiar el objetivo de la regulación. De ahí la diferencia, por ejemplo, entre la ley francesa de 1791, que reconocía y garantizaba los derechos de autor de por vida al creador de la obra y cinco años –tras su muerte– a sus herederos¹², y la regulación española a partir de 1834, que terminó aumentando el periodo de protección en los herederos hasta ochenta años tras la muerte del creador¹³. Aparece nítido el desplazamiento a un segundo plano de la cultura, que cedía el papel principal al puro beneficio econó-

¹⁰ También protegían del daño que pudiera originar el plagio de las obras o de las ideas por parte de los pseudocreadores, pero este daño quedaba muy lejos del que producía la edición barata de un libro de éxito sin permiso del autor. Cfr. STERLING, J.A.L., *World copyright law, protection of authors' works, performances, phonograms, films, video, broadcasts and published editions in national, international and regional law*. Londres, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 443-445.

¹¹ Tal como establecía la Constitución norteamericana, artículo I, Sección Octava, cláusula 8, el Congreso podía «promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos». La Corte Suprema lo ha reafirmado en varias de sus sentencias, v.gr., en el caso *Fox Films vs. Doyal*: «el exclusivo interés de los Estados Unidos y el objeto principal por el que se otorga el monopolio [del copyright] consiste en los beneficios generales obtenidos por el público gracias al trabajo de los autores». Cfr. STALLMAN, R.M., *Software libre para una sociedad libre*. Introducción de Lawrence Lessig, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004, pp. 78-79 (disponible en Internet).

¹² Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000, p. 206.

¹³ La regulación española se llevó a cabo en el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834 y en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de junio de 1847. Vid. ROGEL VIDE, C. y RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La duración de la propiedad intelectual y las obras en el dominio público*, Madrid, Reus, 2005.

mico. Si no, ¿cómo es posible que se justifique la titularidad indiscutible de tres generaciones tras la muerte del autor?¹⁴ ¿No supone este hecho un abuso? Hoy en día, una gran parte de los derechos de autor no están en manos de los creadores, ya fallecidos, sino en manos de sus herederos, que no sólo no tuvieron nada que ver con la creación, sino que tampoco la utilizan para promover la cultura y el arte, sino más bien para explotar y controlar la cultura y el arte que han puesto bajo su dominio, así como obtener el mayor beneficio posible¹⁵.

Este deslizamiento del objeto de protección, sin embargo, no alteró en absoluto la relación entre los destinatarios y las normas. Los ciudadanos eran destinatarios de las normas protectoras de la propiedad intelectual, pero, como hemos advertido anteriormente, a quienes de verdad estaban dirigidas era a aquellos que podían contar con los medios adecuados para copiar, que no eran todos los ciudadanos. El control por parte de unos pocos sobre los medios de edición o producción fue lo que permitió que durante dos siglos hubiera que pagar por las obras el precio que se estableciera unilateralmente por creadores y editores; no había otra alternativa aunque consideraran abusivo el precio.

Los avances tecnológicos de finales del siglo xx trajeron consigo un cambio del entorno que no sólo modificó notablemente la posibilidad de control sobre lo creado, sino también la mentalidad del destinatario de las creaciones, en particular sobre el precio que debían pagar por ellas. La técnica puso al alcance de cualquiera la posibilidad de adquirir a precios razonables los instrumentos para realizar copias de las creaciones –fotocopiadoras, grabadoras, etc.–, lo que convirtió a todo ciudadano en destinatario directo de las normas protectoras de la propiedad intelectual. Para mayor desconsuelo de los titulares de derechos de autor, con el nacimiento de Internet el ciudadano no sólo tenía a su alcance los medios tecnológicos para copiar sus creaciones, sino también para divulgarlas de un modo muy eficaz¹⁶.

Estas son las razones de que durante los últimos años se haya mantenido la lucha dialéctica en este campo. ¿Deben blindarse o no los derechos de autor hasta el extremo de que la sociedad nada tenga que decir

¹⁴ ¿Cómo se explica, si no, que en los países de tradición europea se reconozca a los herederos de los creadores la propiedad intelectual durante 70 años tras su muerte, y en los países de tradición anglosajona durante 50 años?

¹⁵ Piénsese, por ejemplo, en lo ocurrido con la paloma de la paz de Picasso y el escudo de la Universidad de Málaga. La Universidad había incluido esa paloma porque así estrechaba la relación entre el arte malagueño, a través de uno de sus artistas más representativos, y la Universidad de esa ciudad. Los herederos de Picasso hicieron ver a las autoridades universitarias que o pagaban por ello o se eliminaba del escudo a la paloma. Y desapareció la paloma del escudo, naturalmente.

¹⁶ Vid. un estado de la cuestión en GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Granada, Comares, 2008. Sobre la protección de las creaciones y su evolución histórica, vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Granada, Comares, 2005, y DE PAULA CAMINAL BADIA, F. y otros, *Protección de la obra audiovisual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

al respecto? El argumento más fuerte de los creadores –y de sus defensores– es que si no volvemos a la situación anterior, lo más probable será que se abandone la creación, pues desaparece el aliciente económico¹⁷. Sin embargo, lo cierto es que en los diez últimos años no se ha dejado de crear en ninguno de los campos de la cultura, a pesar de la masificación de copias; lo que se ha dejado es de obtener los beneficios astronómicos por parte de determinados intermediarios y sociedades¹⁸.

La paralización de la creación es una amenaza que no se cumplirá nunca, y basta dar un repaso a la historia de nuestra cultura occidental para apreciarlo. ¿Cuántos creadores, pensadores, artistas, etc., sin ánimo de lucro, nos ha dado la historia? Siempre habría otros Sócrates, Platones, Aristóteles, Crisipos, Zenones, etc., por ejemplo, dispuestos a compartir sus conocimientos con sus conciudadanos; no creo que los pintores rupestres cobraran por sus obras, como tampoco lo harían otros muchos pintores posteriores cuyas obras se admiran ahora en museos; y así en todos los campos. Sin embargo, lo que no ponemos en duda es que todos estos creadores coincidieran en rechazar que otros ciudadanos se enriquecieran con las obras creadas por ellos para la humanidad. Y esta es la mentalidad que continúa hoy día entre muchos creadores: ceden gratuitamente a los demás su música, sus programas, sus vídeos, etc., para que lo disfrute la generalidad y se le reconozca el mérito, su talento y su arte, no para que aparezca alguien y se enriquezca cobrando por lo que él ha ofrecido de forma gratuita¹⁹.

En otros casos, la historia nos muestra también que grandes creadores de la pintura, o de la música, o de la literatura, continuaron creando a pesar de la limitada remuneración que obtenían por sus obras. Tenemos los ejemplos de Van Gogh, Miguel Ángel, Zurbarán, Cervantes, Shakespeare, Mozart, Bach, etc. Es más, estos ejemplos históricos nos podrían servir para dar la vuelta al argumento esgrimido: ¿Hubiera seguido pintando Van Gogh de haber obtenido millones por sus primeras obras? Probablemente no, probablemente hubiera tenido dinero suficiente para comprar bodegas enteras, sin necesidad de volver a pintar, por lo que podríamos afirmar que hoy disfrutamos de un mayor número de pinturas de Van Gogh gracias a que su remuneración fue justa, pero no desorbitada. Hoy se podría decir lo mismo: si se les pagara menos a los creadores se podrían ver en la necesidad de aumentar su creación para poder vivir más decentemente; pero,

¹⁷ Vid. una buena crítica a esta posición en BRAVO BUENO, D., *Copia este libro*. S.l., Dmem, 2005 (disponible en la red), pp. 15-72.

¹⁸ Los ingresos por comercialización de productos no han descendido considerablemente. Además, a ellos hay que añadir los obtenidos por el canon compensatorio por copia privada. La Asociación de Internautas estimaba en 225,8 millones de euros los ingresos que las sociedades de gestión de derechos obtendrían por este canon compensatorio durante el año 2008.

¹⁹ Vid. en este sentido SMIERS, J., *Un mundo sin copyright*, Barcelona, Gedisa, 2006.

como obtienen grandes beneficios, se pueden permitir el lujo de abandonar la creación –artística o cultural– cuando lo estiman oportuno²⁰.

Aunque se haya defendido la superprotección durante más de un siglo, ¿es necesario que todo siga igual? ¿Es necesario ignorar los cambios que para la concepción de la propiedad ha supuesto la aparición del entorno digital? El legislador, a instancia de las grandes multinacionales de la música y del cine y de las gestoras de derechos de autor ha dicho que sí, que habría que volver a la situación anterior por seguridad jurídica, por justicia, etc. Pero la sociedad lo ve de un modo diferente: los adelantos tecnológicos han supuesto tales posibilidades para el desarrollo de la cultura, para el libre acceso a la cultura, que la nueva realidad demanda que se acorte la vida de esos derechos; no que se supriman, pero sí que se reduzca su extensión temporal. Pretender un disfrute tan dilatado por los herederos –de los derechos de autor– apelando a que desde el siglo XIX ha tenido tal regulación es como si se hubiera defendido en el siglo XVI que la esclavitud no podía ser suprimida porque siempre había existido, es decir, una absoluta simpleza. Hubiera sido absurdo prohibir la revolución industrial apelando a que lo tradicional era trabajar sin máquinas, o que dejaría muerta gran parte de la mano de obra –como sucedió–, ¿por qué prohibir ahora la revolución digital? ¿Quizás porque haya que salvar la propiedad privada a toda costa, por encima de cualquier otro derecho?

Esta cuestión nos permite entrar brevemente en el análisis del sentido y fin de la propiedad, que ha evolucionado a lo largo de la historia a la par que la realidad social y la mentalidad de las personas²¹. Cuando se estudia la realidad histórica y las obras escritas en el curso de los siglos sobre la propiedad, se aprecia de forma clara y nítida que hasta la Modernidad, hasta los pensadores y juristas del siglo XVI, no se defiende la propiedad *privada* como un derecho inalienable y absolu-

²⁰ Las razones que ofrece a lo largo de su texto la citada Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, *relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*, son varias, pero resulta evidente que entre ellas priman las referidas al interés económico. Es cierto que alude a la necesidad de promocionar y estimular la innovación y la creación mediante incentivos para sus autores, pero inmediatamente se recurre a otros argumentos que dejan al anterior en un segundo plano: el desarrollo del empleo y la mejora de la competitividad. Todo el razonamiento principal se reduce a que habrá más inversiones por parte de quien tiene medios materiales si se protege la propiedad de los resultados obtenidos. Y a esto nadie puede poner objeción, pero ¿por qué hay que protegerlos durante setenta años más tras la muerte de su creador? O, ¿por qué hay que continuar protegiéndolos una vez recuperada toda la inversión y haber obtenido unos beneficios desorbitados? Sencillamente, porque prima el interés económico sobre el interés cultural. Pensemos, por ejemplo, en los millones de beneficios obtenidos por los herederos de Elvis Presley, John Lennon, etc., con algunos de sus temas musicales.

²¹ Vid. MEGÍAS QUIRÓS, J.J., *Derecho natural y propiedad en la historia: una relación inestable*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1994. Vid. también RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., «Derecho natural, propiedad y utilidad en el humanismo jurídico», *Ius Fugit*, 5-6, 1996/97, pp. 495-532.

to del ser humano, idea que surge en el ámbito anglosajón y después toma cuerpo en Europa.

La obra de Aristóteles fue de las primeras en mostrarnos *razonablemente* la institución de la propiedad privada. Entendía que lo natural desde un principio de la existencia del hombre había sido que todo fuera de todos, de modo que cada uno pudiera tomar sin problema lo que le fuera necesario para vivir bien sin perjudicar a ninguna otra persona. Las razones para que el hombre decidiera instituir la propiedad privada, a juicio de Aristóteles, podían resumirse en tres: cada uno cuida mejor de lo suyo (no deja que se pierdan o se deterioren los bienes), se evitan discordias sociales (sobre quién puede disponer de cada cosa o a quién le corresponde trabajar lo que es común) y, por último, se obtienen mayores rendimientos (porque los beneficios redundan principalmente en quien trabaja y pone mayor empeño en obtenerlos)²². Las tres razones están en función de otra principal, el mantenimiento de la paz social y la consecución del bien común, más fácil de lograr con esa concepción de la propiedad privada dadas las circunstancias sociales del siglo IV a.C. Como la razón principal es el logro del bien común, si cambiaran las circunstancias, podría venir exigida por ellas la supresión de la propiedad. Por ejemplo, en una etapa de hambre, la autoridad podría obligar a los legítimos propietarios a compartir alimentos con quienes no tuvieran medios de subsistencia, o si se necesitara construir una vía de comunicación, se le podría requisar una porción de terreno a un propietario a cambio de una justa compensación, etc. Pero nunca hubiera sido lícito desposeer arbitrariamente al agricultor ateniense de sus frutos o de una parte de sus tierras para que el arconte de turno se construyera una villa de recreo.

Existía, por tanto, una diferenciación clara entre afirmar «todo es de todos», que implica que las cosas pueden estar repartidas pero si existe una razón podrían convertirse en comunes, y afirmar «nada es de nadie», que implicaría la ausencia de propiedades y la legitimidad de hacer con las cosas lo que se quisiera, pues nadie podría alegar que se le está perjudicando. La primera expresión, más aristotélica, conlleva que todas las personas están implicadas en el cuidado de lo común, de modo que si se le causa un daño a éste, inexorablemente repercute de forma negativa en los demás. En cambio, la segunda expresión implica despreocupación, de modo que podríamos apropiarnos de cuanto quisiéramos sin importarnos los demás, ignorar su cuidado e, incluso, destruir los bienes, puesto que nadie es titular de ellos.

La mentalidad aristotélica, que reclamaba el cuidado de las cosas porque afectaba al bien común, permaneció vigente durante toda la Antigüedad y la Edad Media en los pensadores y juristas de relevan-

²² Este será el pensamiento más extendido, posteriormente, entre los juristas y humanistas más destacados de la Antigüedad y de la Edad Media. Cfr. ΜΕΓΙΑΣ QUIRÓS, J.J., *Derecho natural y propiedad en la historia...*, cit., pp. 15-148.

cia²³. Si las cosas eran privadas, se debía a que así se lograba una mayor paz social y tranquilidad para todos, pero no podía concebirse la propiedad como un derecho absoluto que permitiera la exclusión radical de los demás. Estos juristas hablaban del *ius necessitatis* que asistía a las personas para tomar lo ajeno en caso de necesidad, derecho que podría complementarse –según nuestra mentalidad– con la posibilidad de restringir la propiedad privada en caso de que ello fuera conveniente para el bien común²⁴.

Fue, como advertíamos más arriba, la mentalidad moderna –especialmente la contenida en las obras de Hobbes y Locke– la que propuso una nueva concepción de la propiedad. La concibieron como un derecho natural del individuo, impregnada del individualismo propio de la época. Se trataba de un derecho excluyente, por lo que ni siquiera la autoridad legítima en la comunidad política podía lícitamente disponer de las propiedades de los ciudadanos sin contar con el consentimiento de éstos. Es cierto que algunos pensadores continuaron haciendo referencias al *ius necessitatis*, pero como recurso completamente retórico²⁵.

Una de las diferencias más destacadas al comparar las regulaciones norteamericana –de tradición anglosajona– y europea de la propiedad intelectual es precisamente que, mientras que en los países europeos arraigó esta mentalidad egoísta o individualista de la propiedad, en la ley norteamericana se conservó –curiosamente– esa tensión entre la propiedad privada y el bien común. Así, mientras que las leyes europeas reconocen, en su mayoría, unas garantías absolutas de los derechos de autor y un catálogo tasado de límites (copia privada, cita, ilustración, etc.), la norteamericana, a pesar de la influencia jurídica propia del individualismo de los modernos, no siguió esta tradición al pie de la letra²⁶, sino que se decantó por el *fair use* o «uso legítimo» (Sección 107 de la *Copyright Act*). Esta concepción implica un equili-

²³ Cfr. CARPINTERO, F., *El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval*, México, Ed. Porrúa, 2006, *per totum*.

²⁴ ¿Es justo que los laboratorios farmacéuticos –sobre todo una vez recuperada la inversión en la investigación– cobren a los países del Tercer Mundo lo mismo que a los países desarrollados por sus productos? ¿Es justo que mueran millones de enfermos porque sus países no puedan pagar los retrovirales que están haciendo de oro a sus fabricantes?

²⁵ Fue el caso de Samuel Pufendorf, por ejemplo, como puso de manifiesto F. CARPINTERO, «Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral en la Modernidad», *Iustitia*, I, 1997, pp. 361-383. *Vid.* también RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., «El utilitarismo tímido de Samuel Pufendorf», *Persona y Derecho*, 39, 1998, pp. 287-338.

²⁶ Afirma J. Villate que «El *copyright* estadounidense es, más bien, una *negociación* entre los autores y la sociedad, por la cual esta última concede a los primeros un monopolio temporal y limitado para controlar y explotar sus obras, con la esperanza de que así florezca la cultura y el arte». VILLATE, J., *La propiedad intelectual en la nueva era digital*, p. 2 (artículo disponible en Internet). *Vid.*, sobre la concepción anglosajona, la extensa obra de BENTLEY, L. y SHERMAN, B., *Intellectual Property*, Oxford, Oxford University Press, 2004; *vid.* también HART, T., FAZZANI, L. y CLARK, S., *Intellectual Property Law*, Hampshire, Palgrave MacMillan, 2006, LUCCHI, N., *Digital Media & Intellectual Property*, Berlin-New York-Tokio, Springer Verlag

brio constante entre los derechos del autor y los de la sociedad, que en caso de conflicto debe ser medido –ponderado– por los jueces en atención a la realidad de cada momento²⁷.

Por ello, no es de extrañar que surjan en este ámbito propuestas como las de Richard M. Stallman, para quien resulta imprescindible exigir una nueva actitud ética en el entorno digital que supere esa tendencia individualista: el robo es inmoral, por supuesto, pero también lo es a su juicio la propiedad intelectual en los términos en los que se pretende hacer valer por las empresas dedicadas a la explotación del software, del cine y de la música²⁸. Para Stallman, en la «negociación» histórica de los derechos de autor, propia de los siglos XVII y XVIII, los ciudadanos cedieron la libertad de copiar a cambio de que los autores pusieran sus creaciones al alcance del público. Entiende Stallman que en aquellos momentos fue un acuerdo muy satisfactorio para la sociedad en general, pues los ciudadanos cedían o renunciaban a una libertad que no podían ejercer por carecer de los medios tecnológicos adecuados: los lectores de libros no podían hacer copias de ellos fácilmente. Pero ahora, en el siglo XXI, la situación ha cambiado de tal manera que a la sociedad no le queda más remedio que renegociar aquel acuerdo, pues de lo contrario estaría consintiendo una situación injusta. Han cambiado las circunstancias hasta el extremo de que los ciudadanos cuentan, cada día que pasa, con más medios tecnológicos para lograr una mayor extensión de la cultura y, sin embargo, los propietarios de derechos insisten en fijar unilateralmente las condiciones de disfrute y los precios de las creaciones.

No obstante, esta consideración no implica que toda producción artística, cultural, científica, etc., deba tener el mismo tratamiento jurídico, sino que dependerá del tipo de creación. A juicio de Stallman cabe distinguir un primer tipo de creación constituido por los *trabajos funcionales*²⁹, para los que propone una libertad muy amplia por parte de los usuarios, incluida la libertad de publicar versiones modificadas del original siempre que se lleven a cabo por personas cualificadas y aporten, por tanto, a los destinatarios una mejora objetiva. En todo caso, siempre deben figurar con claridad los autores y editores originales, así como la especificación de cada parte modificada. Así se distribuyen, por ejemplo, los manuales y

2006, y, más directamente referido a Australia, VAN CAENEGEM, W., *Intellectual Property Law and Innovation*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

²⁷ «Son permitidos aquellos usos de las obras que (a) no perjudiquen el mercado potencial del autor o (b) sean necesarias para el progreso de la cultura y del arte. La Constitución y las leyes norteamericanas no ofrecen un catálogo de *usos legítimos*, sino un criterio para su establecimiento. De este último se ocupan los jueces, la jurisprudencia» (VILLATE, J., *op. cit.*, p. 5). Permite el estudio caso por caso, de modo que todos los cambios sociales pueden suponer una revisión de las decisiones anteriores.

²⁸ Cfr. *Software libre para una sociedad libre*, *cit.*, pp. 73-116.

²⁹ Como las recetas culinarias, software informático, libros de texto, diccionarios y otras obras de consulta, es decir, todo aquello cuya utilización nos permite realizar bien una tarea.

la documentación del software GNU. Un segundo tipo estaría constituido por los *trabajos que expresan una posición personal* (experiencias u opiniones personales)³⁰, protegidos frente a posibles versiones modificadas, puesto que se trata de algo personal: no podemos modificar las opiniones de los demás sin contar con ellos. Sin embargo, cabría en este caso —a juicio de Stallman— la libertad de distribuir copias sin ánimo comercial. El tercer y último tipo vendría constituido por los *trabajos estéticos*, trabajos que tienen como valor de uso principal el proporcionar un goce estético de los destinatarios (novelas, obras de teatro, poesía, pinturas, música, cine, etc.). No son funcionales y, por tanto, no tienen necesidad de ser modificados y mejorados³¹. Aunque Stallman admite que toda publicación comercial de estos trabajos debe reportar un beneficio a sus autores, no se atreve a proporcionar detalles concretos al respecto. Es decir, no entra en la espinosa cuestión de si las discográficas y las cinematográficas gozan de absoluta libertad para establecer unos precios que pueden ser desorbitados o si, en estos casos, los destinatarios pueden intervenir para lograr su difusión y disfrute a unos precios más razonables.

Estas ideas tendrían mayor aceptación si lográramos despojarnos de una concepción única de la propiedad. Es algo que ponen de relieve tanto la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 40/2008, de 18 de febrero, como la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado³², que rechazan la posibilidad de otorgar un trato idéntico a la propiedad intelectual —propiedad especial— y a la propiedad tradicional³³ sobre bienes materiales. Nos podríamos extender en numerosas características que diferencian a una y otra propiedad, pero quisiera detenerme solamente en una de ellas por ser de gran relevancia para lo que venimos tratando: la producción intelectual, sobre la que deseamos que recaiga la propiedad, nunca depende en exclusiva de su autor, sino que en ella está implicada forzosamente la Humanidad³⁴. En la producción intelectual se aprecia, de forma indudable, una aportación personal e intransferible del

³⁰ Se encuadrarían aquí los ensayos (literarios, filosóficos, científicos, etc.), memorias, ofertas comerciales, comentarios de libros o películas, etc.

³¹ Para una crítica más detallada de las propuestas de Stallman, cfr. VILLATE, J., *op. cit.*, pp. 11-14. *Vid.*, desde otra perspectiva, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La transformación de la obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008, obra en la que resalta la escasa atención que el legislador español ha prestado a esta cuestión.

³² Circular 1/2006, de 5 de mayo, del Fiscal General del Estado sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

³³ «Pues bien, es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional de “ánimo de lucro” elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios». SAP Cantabria 40/2008, de 18 de febrero, Fundamento de Derecho 8.º Rechaza la posibilidad de conferir idéntico trato jurídico a ambas propiedades.

³⁴ Junto a ella debe destacarse que la propiedad intelectual no recae sobre bienes que se extingan con su uso; cuando utilizamos la comida, la ropa, la vivienda, etc., de otros impedimos con tal uso su disfrute temporal o definitivamente. Sin embargo, al

autor, que la caracteriza y diferencia de las creaciones de otras personas³⁵; pero se aprecia también otra parte muy importante, imprescindible, que corresponde a la Humanidad porque de ella hemos aprendido las bases desde las que partimos para construir o crear, porque de ella proceden las sinergias con otras personas que colaboran, que inspiran para la creación, que proporcionan elementos o información imprescindible, etcétera. La recreación de la historia de Troya se puede realizar porque Homero nos dejó una buena base para hacerlo. Por ello se podría afirmar que la propiedad intelectual recae sobre algo que comienza siendo colectivo –porque se parte de una base común– y acaba, gracias a la genialidad o habilidad de un sujeto individual, constituyendo una obra personal que, sin duda, enriquece el patrimonio de la Humanidad³⁶.

Esto fue lo que movió a L. Lessig a crear en el año 2001 la Organización Creative Commons y proponer una alternativa a la propiedad excluyente mediante la formulación de licencias respetuosas con el copyright. Sin renunciar a la propiedad sobre lo que se crea, permite la eliminación de aquellas restricciones innecesarias o excesivas para la cultura por atender exclusivamente a la consecución de unos beneficios lo más elevados posibles³⁷.

Esta idea ha hecho tanto daño a los argumentos de las sociedades gestoras de derechos de autor que, por si acaso, la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual ha tenido que recoger en varios de sus artículos –art. 25, por ejemplo– que los derechos de autor constituyen unos derechos «irrenunciables». Una vez que el autor se une a una de estas sociedades, pierde el control de gestión de sus creaciones o interpretaciones, de modo que toda utilización pública generará beneficios, recaudados por las sociedades de gestión aun en contra de su voluntad. Constituye uno de los casos más claros del paternalismo –interesado– del Estado, que considera a los autores tan incapaces de decidir lo que es mejor para ellos que llega al extremo de prohibirles la renuncia a un derecho³⁸.

copiar una canción, una película, un libro su titular puede continuar disfrutando de ellos, tan sólo impedimos la consecución de un beneficio añadido.

³⁵ Mozart y Bach fueron grandes creadores, pero en sus composiciones se aprecian diferencias de estilo, de gustos, de calidad, etc. La diferencia entre ellos y el común de los mortales a la hora de componer suele ser abismal, lo que pone de manifiesto la importancia del ingrediente personal en la creación.

³⁶ Los escritores no sólo se sirven de las letras y palabras ya inventadas, sino también de sus vivencias con los demás y, posiblemente, de historias verdaderas que ellos adornan y ponen a disposición de un público que admira su arte de escribir y de narrar. De igual modo, qué sería de un músico que tuviera que crear sin notas, sin pentagramas, sin instrumentos, etc. Se crea a partir de algo, y ese algo lo ha puesto la Humanidad a su disposición o, al menos, no se lo ha negado.

³⁷ Vid. su introducción a *Software libre para una sociedad libre, cit.*, de Stallman, pp. 11-14. Vid. también, sobre esta cuestión, MARANDOLA, M., *¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*, Madrid, Derecho de Autor, 2005.

³⁸ ¿Qué intereses están detrás de esta concepción y en qué lugar queda la libertad? Algo que es irrenunciable e inalienable no se puede vender ni ceder, pero los derechos de autor se venden y se ceden. No es extraño que, por ello, J. Villate afirme

2. EL PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES

El lobby que representa los intereses de los titulares de derechos de autor nos presenta a los autores, artistas, creadores, etc., como los ciudadanos que más pueden aportar a la cultura, y que gracias a ellos podemos disfrutar del arte, de la literatura y de todo tipo de creaciones que nos hacen la vida más agradable. Sin embargo, la realidad parece indicarnos que esa apreciación no es la única que puede realizarse, que las creaciones en verdad las realizan para ellos mismos, puesto que sólo están dispuestos a compartirlas a un elevado precio impuesto unilateralmente, no a un precio justo o resultante del juego de la oferta y la demanda sin posición de dominio. Esta «doble personalidad» es consecuencia de la regulación vigente, que permite a las sociedades gestoras de derechos erigirse en la única voz decisiva al respecto, incluso contra el parecer de los propios autores; en ocasiones, autores o intérpretes que han pretendido, por ejemplo, renunciar al canon por copia privada se han visto obligados a desistir de tal idea por las presiones de estas sociedades, y ello con el argumento de que es por su bien.

Este doble rasero se advierte también en nuestro Tribunal Constitucional en los recientes pronunciamientos sobre la incidencia de los cambios tecnológicos en la propiedad. Me refiero en concreto a dos Sentencias —no se han pronunciado más hasta ahora—, contradictorias desde nuestro punto de vista en el modo de valorar la repercusión de estos cambios en la propiedad. La primera de ellas fue la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que resolvió la disputa entre sindicatos y BBVA por el uso sindical de la intranet propiedad del banco para comunicaciones sindicales. La segunda fue la STC 104/2006, de 3 de abril, en la que se recogen pronunciamientos sobre la propiedad intelectual al resolver sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En la primera de estas sentencias se dilucidaba si los sindicatos, al amparo de la libertad sindical, podían hacer uso de la intranet del banco para comunicar a los trabajadores todo aquello relacionado con la actividad sindical, ofrecido hasta el momento a través de los tablones destinados a tal fin. El problema surgió cuando el banco estableció filtros que rechazaban los mensajes del sindicato³⁹, hecho que supuso el consiguiente conflicto jurídico resuelto en primer lugar por Sentencia de la Audiencia Nacional, posteriormente casada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y, en última instancia, resuelto por el Tribunal Cons-

que «los derechos de autor, en lugar de incentivar a los verdaderos autores, que apenas se benefician de los mismos, están siendo utilizados para restringir las libertades de los individuos y permitir el mantenimiento del control de las grandes compañías sobre la creación y la distribución de libros, revistas, literatura, música, cine, software y demás» (*op. cit.*, p. 6).

³⁹ La instalación de los filtros tuvo su origen en la disfunción creada por un envío masivo que colapsó la red, envío que impidió el normal funcionamiento de la misma para las actividades ordinarias de la empresa y sus clientes.

titucional⁴⁰. En este supuesto, el Alto Tribunal formuló la concepción de la propiedad que debía primar en el ámbito de las nuevas tecnologías: «La Constitución, en suma, no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. *Y ello hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*»⁴¹. Sencillamente, la propiedad de la intranet del BBVA no concedía a la entidad un señorío tal como para hacer con ella lo que deseara; le condicionaban no sólo los límites legales que salvaguardan los derechos e intereses legítimos de terceros, sino también una genérica función social de la propiedad. Por ello, «(...) puede concluirse que no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental [en este caso la libertad sindical] una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas, sin ocasionar, en cambio, provecho alguno»⁴². En definitiva, que la intranet es propiedad del banco, pero éste no gana nada impidiendo un uso moderado de la misma a los sindicatos y, sin embargo, éstos y los trabajadores ven mermada su libertad sindical –aunque las leyes nada establezcan al respecto– por el mero hecho de la denegación de uso.

Es una lástima que el Tribunal Constitucional no mantuviera este mismo criterio en relación a la propiedad intelectual, es decir, reconocer la propiedad de los autores o de cualquier otro titular legítimo, compatible, en razón del derecho a la cultura y a la información, con un uso inocuo por parte de terceros que hiciera realidad de este modo la función social de la propiedad. En la STC 104/2006, de 3 de abril, se resuelve una petición de amparo por vulneración del derecho al secreto

⁴⁰ Para todos los detalles, *vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional 17/2001, de 6 de febrero. La Sentencia del Tribunal Supremo es de 26 de noviembre del mismo año.

⁴¹ STC 281/2005, Fundamento Jurídico 7.º La intensidad es nuestra.

⁴² *Ibidem.* Algo similar se podría afirmar de los titulares de los derechos de autor cuando pretenden a toda costa restringir el disfrute de las creaciones a los supuestos de existencia de unos beneficios personales determinados unilateralmente por ellos desde la posición de dominio que ostentan legalmente en la actualidad. ¿Por qué impedir el disfrute de sus creaciones a personas que nunca las adquirirían por carecer de medios y se conforman con copias de inferior calidad?

de las comunicaciones. Los recurrentes habían sido –creo que con acierto– condenados⁴³ por reproducir para su venta CDs musicales, así como la reproducción de tarjetas descodificadoras de los canales digitales de televisión; la primera conducta fue calificada como delito continuado contra la propiedad intelectual (art. 270.3 CP), mientras que en el segundo supuesto se calificó como delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa (art. 280 en relación con el art. 278.2 CP). Para la venta de sus productos, los recurrentes se habían servido de la publicidad en una web creada a tal efecto. No hay nada que objetar a tal consideración delictiva, puesto que se juzga a personas que se enriquecieron a costa de otras, a las que produjeron un daño económico.

Sin embargo, considero débil y peligroso el argumento del Tribunal Constitucional para validar las escuchas telefónicas en este supuesto: «(...) la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, a efectos de legitimar el recurso a la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito, pues no cabe duda de que *la tecnología informática facilita la comisión de los delitos contra la propiedad intelectual*, no sólo en cuanto a la grabación o reproducción no autorizada de los CDs, sino sobre todo en lo relativo a la distribución y venta de los productos sin autorización de los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual, de modo tal que el elevadísimo número de personas a quienes accede la publicidad contenida en la página web y *su rápida difusión hace previsible, en el momento en que se adopta la medida, un hipotético perjuicio económico muy elevado, con independencia del perjuicio real producido* en el caso (...)

(...) *No puede sostenerse que la investigación de un delito contra la propiedad intelectual cometido mediante la utilización de las tecnologías de la información carezca de la entidad necesaria para considerar desproporcionada la intervención de la línea del teléfono móvil de contacto que aparecía en la página web en la que se ofertaban los productos informáticos. En definitiva, en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución*»⁴⁴.

Este segundo párrafo nos parecería acertado si trata de justificar la intervención de las comunicaciones cuando constituya la única vía posible para impedir la comisión de delitos (venta de copias ilegales a través de Internet), pero ¿no se podría haber intentado otra vía menos

⁴³ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Barcelona de 19 de junio de 2002 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2002.

⁴⁴ STC 104/2006, Fundamento Jurídico 4.º La intensidad es nuestra.

agresiva en este supuesto, como, por ejemplo, contactar con el vendedor y comprar algún artículo, como hace la SGAE?

Pero es el párrafo anterior el que constituye, en mi opinión, un mayor desacierto y una arbitrariedad del Tribunal Constitucional, por cuanto viene a argumentar que, en la medida en que las Nuevas Tecnologías conllevan una «capacidad lesiva» de la propiedad intelectual muy alta, no queda más remedio que utilizar medios desproporcionados para anular esa capacidad, medios como la suspensión de un derecho fundamental⁴⁵. El mero riesgo para la «propiedad intelectual» justifica —a juicio del Alto Tribunal— la suspensión de un derecho fundamental en este caso. Tenemos la impresión de que en estos supuestos el Tribunal Constitucional se ha dejado influir por las exageraciones del daño que las sociedades gestoras dicen sufrir. Es cierto que la piratería debe ser perseguida y erradicada, pero por cauces adecuados, no a costa de sacrificar otros derechos de carácter fundamental. La propiedad intelectual no merece ser la reina de los derechos, título que parece haber recibido de manos del Tribunal Constitucional⁴⁶.

Estas consideraciones conllevan un riesgo añadido para los derechos fundamentales, como podría ser la legitimación del control del tráfico de intercambio de ficheros en Internet —sin previa autorización judicial— por parte de las sociedades de gestión de derechos de autor o de las operadoras que ofrecen el servicio de Internet a los usuarios. En este despropósito hay que destacar que lo que se pretende con tales medidas no es más que controlar e impedir el intercambio de ficheros (música y cine) a través de las plataformas *peer to peer*, práctica que los tribunales han calificado reiteradamente como un simple ilícito de carácter civil por estar ausente el «ánimo de lucro» que exige el Código Penal para su consideración como delito. Constituiría, desde todo punto de vista, un exceso legal la posible suspensión de los derechos fundamentales relacionados con la privacidad (art. 18 CE) con el único fin de perseguir los ilícitos civiles en materia de propiedad intelectual.

No faltan quienes defienden el mantenimiento de la concepción decimonónica de la propiedad intelectual, llegando a justificar incluso este control del tráfico de ficheros a través de la red a pesar de admitir que se trata tan sólo de infracciones civiles⁴⁷. Pero, si se admitiera,

⁴⁵ Sería como justificar la intervención de las comunicaciones de todos aquellos que compren alcohol y tengan carné de conducir porque existe un alto riesgo de que en algún momento conduzcan bebidos y, con la cantidad de coches que circulan a todas horas, el riesgo de accidente es muy alto para la sociedad.

⁴⁶ Habría que matizar que los estudios sobre piratería realizados al margen de las sociedades de autores revelan que el lucro cesante por esta causa es muy inferior al calculado por aquéllas. Cfr., por ejemplo, el estudio de la Chicago University titulado *El efecto de compartir archivos sobre las ventas: un análisis empírico* (disponible en la red), en el que se calculó en un 0,7% esa disminución de beneficios en un periodo concreto de 2002.

⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor (Colección Idea), 2007. Con el mismo título ha publicado un artículo en el *Boletín Informativo* (del Instituto de Derecho de Autor), 4, 2007, pp. 16-28, en el que refiere, por ejemplo, que la práctica

conllevaría un coste demasiado alto para los derechos fundamentales relacionados con la privacidad, y ello únicamente con el fin de proteger la propiedad intelectual⁴⁸.

La piratería –el top manta y el resto de modalidades de venta de creaciones sin permiso de sus propietarios– nunca tendrá justificación y debe continuar perseguido; pero identificar piratería con la obtención de una copia privada a través de una plataforma P2P y solicitar para ello una sanción penal constituye un exceso jurídico que sólo encuentra justificación en el ánimo *superlucrativo* de la industria musical y cinematográfica.

Considero acertado, por tanto, y acomodado a la realidad social contemporánea el planteamiento realizado por la Audiencia Provincial de Cantabria. La Sentencia 40/2008, de 18 de febrero, resuelve la apelación presentada por las gestoras de derechos contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Santander y absuelve de un posible delito contra la propiedad intelectual al demandado. Los hechos enjuiciados consistían en haber ofrecido en intercambio música, películas y juegos de ordenador a través de Internet; no se ofrecía a cambio de precio, sino de material similar. En el Fundamento de Derecho Sexto confirma que en el mero intercambio de unas películas por otras, o de unas canciones por otras, no puede apreciarse en modo alguno la existencia de una «mediación de precio» ni de «ánimo de lucro»⁴⁹, exigidos por el artículo 270 del Código Penal para la existencia de una conducta delictiva. Sin embargo no descarta que con el ofrecimiento público de las copias se pueda producir una comunicación pública o «uso colectivo» de las mismas, hecho que convertiría en ilegal la práctica denunciada⁵⁰; la Audiencia viene a poner de manifiesto que, tanto

de intercambio responde a «una sed de revancha contra los titulares a gran escala», que se debe a «una escasa sensibilidad hacia la propiedad intelectual» y a un «mal entendimiento de la función que ésta cumple en nuestra sociedad», que su justificación como instrumento de acceso a la cultura es simplemente una «coartada» y que los usuarios «se comportan como auténticos saqueadores» (artículo citado, p. 18).

⁴⁸ Este posible control, que ya es técnicamente posible, ha sido descartado por el momento por las operadoras, aunque está pendiente del pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por el extenso Informe elaborado por el Abogado General en el que concluye la no procedencia de este tipo de control, es de presumir que el Tribunal se inclinará en su decisión por esta línea.

⁴⁹ «El tenor literal del relato es, a la vista de la fundamentación, exacto y preciso, pues si por precio debe entenderse la contraprestación en dinero de la compraventa (art. 1445 CC), eso es precisamente lo que la juzgadora quiso dejar claro que no mediaba en este caso; como también la omisión de que tal conducta se realizaba “con ánimo de lucro” es deliberada, pues habida cuenta del concepto de ánimo de lucro que la propia sentencia sostiene es patente que no concurrió». Aclara a continuación la Sentencia que nunca existió ni venta, ni precio, ni tal ánimo de lucro. Cfr. Fundamento de Derecho 6.º

⁵⁰ «Resulta claro que la expresión “utilización colectiva”, aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema “Peer to Peer”

antes como tras la reforma de 2006, el límite de copia privada sólo ampara el uso y disfrute privado, de modo que si se ofreciera a terceros –sin ánimo de lucro– nos encontraríamos ante una práctica que no es «civilmente lícita»⁵¹. Y es, llegados a este punto, cuando plantea la sentencia la cuestión principal: «es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional⁵² de “ánimo de lucro” elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios y cuya configuración siempre ha tenido por ello normas específicas que atienden no sólo a los derechos de los creadores y demás titulares sino también al interés social que late en esos derechos y los trasciende»⁵³. ¿Debe utilizarse o no el mismo concepto de «ánimo de lucro»? ¿Supone un lucro el simple hecho de «bajar» una película o canción de la red, o el hacer una copia de otra copia privada? Claramente no, y no por la insignificancia del posible perjuicio para los titulares de derechos, sino por «la inconveniencia de aplicar categorías tradicionales a una nueva realidad», que pone de relieve «la necesidad de buscar otras que permitan un tratamiento jurídico del problema acorde con la realidad social»⁵⁴: el ahorro que suponen estas prácticas para el copista no es suficiente para considerar que existe ánimo de lucro, siendo necesaria la existencia en tales prácticas de un «fin comercial».

Es en ese mismo Fundamento de Derecho 8.º donde esta sentencia contrasta en mayor medida con la línea abierta por el Tribunal Constitucional; al limitar la actuación penal a los supuestos de «escala comercial», excluyendo «los meros intercambios entre usuarios por grande que pueda ser el daño producido» (en su globalidad), otorga a los derechos derivados de la propiedad intelectual su justa medida: el simple peligro de un daño elevado no justifica cualquier actuación de

(“P2P”) o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copia de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés». Fundamento de Derecho 7.º de la citada sentencia.

⁵¹ Cfr. *ibidem*. En el Fundamento de Derecho 9.º vuelve a reiterar que las copias obtenidas a través de estas prácticas «son copias ilícitas de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual». En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid en el Auto de 19 de marzo de 2008, mediante el que ordenaba el sobreseimiento de la demanda interpuesta contra ÍndiceDonkey.

⁵² Se refiere al concepto de ánimo de lucro elaborado por el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre la propiedad común, entendido como la «obtención de cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad». Cfr. Fundamento de Derecho 8.º

⁵³ Fundamento de Derecho 8.º

⁵⁴ *Ibidem*. Vid. sobre esta cuestión SANCHÍS MARTÍNEZ, M.ª T., *Derechos de autor, digitalización e Internet*, Madrid, Editorial Universitas, 2004, obra en la que argumenta la necesidad de la adaptación y expone cómo han incidido los cambios tecnológicos en las facultades derivadas de los derechos de autor.

la Administración o de las Fuerzas de Seguridad del Estado y, mucho menos, la suspensión de derechos fundamentales⁵⁵. Es decir, esa mera potencialidad de daño no justifica por sí misma la posible suspensión de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los usuarios de Internet.

3. TENDENCIAS ACTUALES EN LA REGULACIÓN

Desgraciadamente, las presiones ejercidas sobre el legislador por las sociedades gestoras de los derechos de autor se encaminan en la dirección opuesta. En febrero de 2005, la *Asociación de Internautas* y la *Asociación de Música en Internet* elevaron una queja al Ministro de Industria tras hacerse pública las negociaciones entre el Ministerio de Cultura y las sociedades de autores encaminadas a modificar la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Estas negociaciones parecían tener como objetivo la introducción de un nuevo artículo (el 17 bis) en la citada norma que permitiera el establecimiento de medidas de control de las redes P2P con implicación de los ISPs. Se trataba de una negociación, con exclusión del resto de los sectores implicados de la Sociedad de la Información, que terminó fracasando por la oposición encontrada en los usuarios de Internet y otras instancias.

Pero el legislador francés ha sido el primero en proponer una legislación sobre esta cuestión que se encuentra en fase de tramitación en estos momentos. A esta iniciativa se ha sumado el legislador británico y es posible que se sume algún Estado más a causa de las presiones de las sociedades de gestión. Hasta ahora se han topado con la negativa de las operadoras debido a las elevadas inversiones que deberían realizar para hacer posible tal control, pero todo apunta a que terminará viendo la luz este tipo de normas. Confiemos en que los altos tribunales de cada Estado anulen la posibilidad de tales medidas por el bien de la protección efectiva de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones⁵⁶.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

⁵⁵ Vid. al respecto la interesante monografía de ARIAS, V. e IZQUIERDO TOLSA-DA, M., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Madrid, Trama Editorial, 2007.

⁵⁶ Es destacable en este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional alemán. En el año 2006 el Estado de Renania del Norte-Westfalia aprobó una ley que autorizaba a la policía a introducirse, a través de Internet, en los ordenadores personales de sospechosos de terrorismo para analizar el contenido de su disco duro. El 27 de febrero de 2008 se pronunciaba el Tribunal Constitucional sobre su inconstitucionalidad, dejando entrever que sólo sería constitucional tal registro si la ley lo autorizase en casos de «peligro para la vida de las personas o riesgo para el Estado» y siempre previa autorización judicial. Creo, en esta línea, que la propiedad intelectual carece de entidad suficiente como para que la Administración controle Internet a través de entes privados interpuestos.

El itinerario metodológico de Luigi Mengoni

Por LUCA NOGLER*

Università di Trento

SUMARIO: 1. PREFACIO: LUIGI MENGONI EN LA ESTELA DE LA REHABILITACIÓN DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA.—2. LA RACIONALIDAD DE LA ACCIÓN PRÁCTICA.—3. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA *AUCTORITAS*.—4. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA *VERITAS*.

1. PREFACIO: LUIGI MENGONI EN LA ESTELA DE LA REHABILITACIÓN DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA

Que Luigi Mengoni representa una de las cumbres más elevadas alcanzadas por el pensamiento metodológico italiano, y la demostración de cuán lejos y a fondo se puede llegar simplemente traspasando las (frágiles) barreras técnicas de la propia disciplina, es, a estas alturas, una convicción adquirida por no pocos juristas positivos e historiadores del derecho contemporáneo. Muchas premisas, que nosotros imaginamos definitivamente consolidadas cuando nos adentramos en los análisis de derecho positivo, derivan de sus estudios. Ante tanta «profundidad» e *Gründlichkeit* «en captar las cosas»¹, propia de un

* nogler@jus.unitn.it. Traducción de Mariangela A. Bellu: saffi@usal.es.

¹ C. CASTRONOVO, «Luigi Mengoni, campione di aperture e umiltà», en *Luigi Mengoni. La vita e le opere*, Fondo, Associazione culturale «don Sandro Swaizer», 2004, p. 27.

estudioso «acreditadísimo»² que, por muchos aspectos, representa «un modelo demasiado elevado»³, quien escribe no puede ir evidentemente más allá de la modesta pretensión de exponer, en el modo más ordenado y conciso posible, los ejes centrales de lo que el propio Mengoni escribió sobre el binomio «valores y método jurídico». Sobre todo, me propongo contextualizar los estudios mengonianos recordando el clima socio-cultural que caracterizó el debate jurídico italiano del período en que estos maduraron, pero también, más en general, al menos las líneas de fondo, del peculiar horizonte filosófico en que ellos se insertan.

Empezaré, por tanto, dejando constancia de que la inspiración metodológica de Mengoni se perfeccionó en coincidencia con el renacimiento, que se desarrolló originariamente en el área cultural alemana, del interés filosófico por la esfera de la acción práctica, por las acciones y las praxis que tienen su principio en la elección, es decir en la iniciativa del hombre⁴. En el *incipit* de su Prefacio a *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, el propio Mengoni califica enseguida el siglo veinte como «un siglo en el que todo ha vuelto a ser puesto en discusión, pero también un siglo de replanteamientos, de revalorizaciones de formas de pensamiento que parecían haber caído en desuso».

En concreto, Mengoni se confrontó, desde el punto de vista de sus repercusiones en ámbito jurídico⁵, con las dos «posiciones más acreditadas que han dejado una huella determinante en el debate sobre la rehabilitación de la filosofía práctica, es decir la hermenéutica filosó-

² R. SACCO, «Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo», en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 428.

³ P. SCHLESINGER, «Le ragioni del diritto. I. Diritto civile», en *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, Milano, Vita & pensiero, 1997, p. 25.

⁴ Baste aquí la referencia a las claras síntesis, respectivamente, de F. VOLPI, *Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla «riabilitazione della filosofia pratica»*, en C. A. Viano (ed.), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, Bollati Boringhieri, 1990, pp. 128 ss. (en adelante citado con la sigla AK); y G. FORNERO, *La riabilitazione della filosofia pratica in Germania e il dibattito fra «neor aristotelici» e «postkantiani»*, en N. Abbagnano, *Storia della filosofia, La filosofia contemporanea* de G. Fornero, F. Restaino, D. Antiseri, Torino, Utet, 1994, pp. 195 ss.; para una visión de conjunto más amplia se remite, en cambio, a E. BERTI, *Le vie della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1987 (en adelante citado con la sigla VR). La expresión «rehabilitación de la filosofía práctica» fue acuñada por Karl-Heinz Ilting en 1964 y retomada en el título de una antología en dos volúmenes (1972-74) editada por M. RIEDEL, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972. La expresión hace referencia a la distinción aristotélica entre ciencias teóricas, poéticas y prácticas, que fue mantenida en la filosofía académica alemana hasta Wolff (la expresión «filosofía práctica» fue usada hasta finales del siglo XVIII para indicar el conjunto de las reflexiones sobre la *praxis*, es decir, la ética, la económica y la política).

⁵ L. MENGONI, «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico», en *Jus*, 1976, pp. 3 ss., después en ID., *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985 (en adelante con la sigla AM), de donde cito (en este artículo con la sigla PS), y por lo tanto p. 48: «la revalorización de la tópica en el pensamiento jurídico es fruto del descubrimiento de la precomprensión en el proceso hermenéutico».

fica sostenida por Gadamer y la ética del discurso (*Diskursethik*) o de la comunicación (*Kommunikationsethik*) defendida por la nueva escuela de Francfort de Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas»⁶. Es cierto que el «neor aristotelismo» de la hermenéutica y el «postkantismo» de la ética de la comunicación⁷ se mueven en las direcciones opuestas, respectivamente, del inaprensible condicionamiento histórico, que según Mengoni amenaza con entrar dentro del ámbito de la antropología existencialista⁸, y de las potencialidades descontextualizantes y universalizantes de la argumentación lingüística, sin embargo –observa siempre Franco Volpi– cada uno de ellos capta uno de los dos polos opuestos de la constitución de una razón práctica finita.

Ahora bien, el renacer del interés filosófico por la razón práctica surgió, como es sabido, de la creciente insatisfacción, en el ámbito de las llamadas ciencias humanas, ante la actitud científicista que llevó a eliminar el principio ético del derecho y de la política, relegándolo a la intimidad individual y, por lo tanto, a una esfera extra-racional ya que, al no estar los valores dotados de facticidad (*Faktizität*), no podían ser objeto de un cotejo empírico.

Análogamente, el positivismo legislativo, que representó el correlato jurídico del positivismo científicista, identificaba las normas del ordenamiento, sin duda caracterizado por la plenitud, con las proposiciones que las enunciaban y creía que las palabras del texto incorporaban un único sentido preestablecido de una vez por todas, que el juez tenía el cometido de descubrir y aplicar al pie de la letra en la fase de subsunción⁹. Este último no necesitaba hacer valoraciones de racio-

⁶ F. VOLPI, AK, p. 134.

⁷ La antología de 1972-74, editada por Manfred Riedel (vd. n. 4), marca la recuperación de la filosofía práctica, respectivamente, aristotélica (Gadamer, Kuhn, Ritter, Bubner, Bien) y kantiana (Riedel, Vollrath, Iltting, Patzig, Pieper, Habermas): cfr. E. BERTI, VR, pp. 60-61. Por lo que concierne a la primera rama, está muy extendida la idea del importante influjo, directo e indirecto, de los cursos de Heidegger sobre Aristóteles en Friburgo (1919-1923) y Marburgo (1923-1928). Por el reflejo jurídico de este más amplio debate filosófico, cfr. la detallada síntesis de G. KREUZBAUER, «Kleine Einführung in der Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie», en G. Kreuzbauer, S. Augeneder (Hrg.), *Der Juristische Streit, ARSP Beiheft* Nr. 99, 2004, pp. 9 ss., así como, en la literatura interna, los estudios de G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1990; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984, espec. la Introducción al volumen.

⁸ L. MENGONI, «La polemica di Betti con Gadamer», en *Quaderni fiorentini*, VII (1978), pp. 125 ss. después en Id., *Diritto e valori*, cit., de donde cito, y por lo tanto pp. 59 ss. y 75-76. Esta parte es omitida en la republicación del artículo con el distinto título de «Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica», en L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1 ss. (en adelante citado con la sigla TG). Por el aspecto que aquí más interesa cfr. también A DA RE, *L'ermeneutica di Gadamer e la filosofia pratica*, Rimini, Maggioli, 1982.

⁹ L. MENGONI, «Note sul rapporto tra diritto e morale», en *Iustitia*, 1998, pp. 305 ss., ahora también en Id., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, editado por M. Napoli, Milano, Vita & Pensiero, 2004, del que cito (en adelante con la sigla DM), y por lo tanto p. 70.

nalidad práctica, es decir, hacer una elección manifestando sus preferencias. Su actividad, además de la interpretación de la ley que se realizaba con el registro de su significado, consistía en afinar la racionalidad (no de los fines, sino de los medios) del sistema cerrado de conceptos jurídicos ordenadores; conceptos que, en cuanto tales, tienen una función meramente clasificatorio-subsuntiva¹⁰. Más que de «ciencia» jurídica, puesto que ésta no dominaba sus objetivos, hubiera sido oportuno hablar de «técnica» jurídica¹¹, mientras que las valoraciones de orden ético, político y económico no eran –como afirmó lapidariamente Windscheid– «Sache des Juristen als solchen»¹².

En efecto, en una sociedad estática –que en Italia, debido al retraso en su desarrollo industrial, persistirá hasta finales de los años cincuenta del siglo pasado– las reglas de derecho positivo acaban sustancialmente ocultando el nexo valorial y generan la ilusión de la secularización del derecho¹³, es decir, la distorsionada imagen weberiana de la neutralidad axiológica (avalorabilidad) del razonamiento jurídico¹⁴. Una espesa capa de armoniosas reglas técnicas atenúa y debilita la percepción de los principios y los valores que guiaron su elaboración. Pero –afirma Mengoni en 1976– el pluralismo moderno de la sociedad industrial (y posteriormente de los servicios) «ya no está dispuesto a reconocer acriticamente la verdad de las premisas de las que el jurista deduce sus soluciones revistiéndolas con la forma silogística»¹⁵, de modo que «el criptoiusnaturalismo de la doctrina positivista, que ocultaba el núcleo moral del derecho positivo tras un sistema de conceptos

¹⁰ L. MENGONI, *AM*, p. 100.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 163 (trad. esp. de Marina Gascón, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5.ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003).

¹² B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Hrg. von Paul Ortman, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, p. 112.

¹³ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, «Profili della secolarizzazione nel diritto privato», en *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, editado por L. Lombardi Vallari e G. Dilcher, t. II, Baden-Baden, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 1171 ss., donde se considera secularizado un sistema que se cree autosuficiente tanto respecto a lo real como al reino de los valores.

¹⁴ Para la crítica a Weber, cfr. J. HABERMAS, «Recht und Moral (Tanner Lectures 1986)», en ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 3.ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, pp. 541 ss. (trad. esp. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998); obviamente Weber reconocía la importancia del juicio de valor, pero lo relegaba a una esfera totalmente subjetiva (cfr. R. MARRA, «Weber, Mommsen e il significato della avalutatività», en *Materiali storia pens. giur. moderno*, 2000, pp. 479 ss.).

¹⁵ *PS*, p. 27. En la realidad actual la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, que representa una de las múltiples caras que asume la soberanía, es en todo caso no sólo formalmente sino también «eficazmente realizable sólo cuando las partes reciben determinadas garantías de conseguir una decisión correcta» (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 290; el autor sigue a P. ARENS, *Zivilprozessrecht*, 4.ª ed., München, Beck, 1988, p. 346).

formales, ya no es practicable»¹⁶. Por otra parte, precisamente el derecho privado alemán había vivido, desde los años veinte y treinta, la integración en sentido solidario de las normas del BGB a través de una serie de reglas argumentadas haciendo referencia a principios morales. Es cierto que la jurisprudencia apeló formalmente a la regla real (*königliche Regel*) según la cual todos los contratos están sometidos a la buena fe (§ 242 BGB)¹⁷, pero en sustancia cambió profundamente su significado, y función, originales que no legitimaban el poder del juez para subsanar las lagunas legislativas¹⁸.

Ahora bien, la falacia del oscurecimiento de la relevancia de los fines en la acción política y jurídica fue demostrada definitivamente por la recordada corriente de la «rehabilitación» de la *philosophia practica* con la conocida obra de Gadamer, cuya primera edición se remonta a 1960 y fue traducida al italiano por primera vez en 1970¹⁹. Y en el epígrafe de su primer ensayo metodológico –*Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* de 1976²⁰– Mengoni coloca precisamente un conocido pasaje de *Wahrheit und Methode*. Pasaje en el que Gadamer afirma que «el ordenamiento de la vida según las normas del derecho y la costumbre es algo incompleto, que precisa de una integración productiva. Hace falta el juicio para valorar rectamente los casos concretos. Conocemos esta función del juicio sobre todo gracias a la jurisprudencia, donde la contribución de la “hermenéutica” para completar el derecho consiste precisamente en producir la corrección del derecho».

Del planteamiento gadameriano Mengoni comparte, ante todo, la premisa según la cual entre texto y resultado aplicativo vibra la cuerda de las valoraciones (y, por lo tanto, de las emociones) del hombre (*auctor iuris est homo*), históricamente condicionado y constitutivamente (lingüísticamente) limitado, que en el mejor de los casos lucha toda la vida («su propia maduración interior (...) no puede decirse nunca terminada»²¹) para librarse de sus propias precomprensiones. Mengoni demuestra así, en primer lugar, rechazar la actitud holística²², hoy en día

¹⁶ L. MENGONI, «L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica», en *Jus*, 1997, 1, p. 6.

¹⁷ J. W. HEDEMANN, *Werden und Wachsen im Brgerlichen Recht*, Berlin, Heymann, 1913, p. 9.

¹⁸ L. MENGONI, *PS*, p. 18.

¹⁹ H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6.ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1990 (en adelante citado con la sigla *WM*), pp. 298-299; la 3.ª ed. (1972) ha sido traducida al italiano con el título de *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983, p. 343; la 5.ª ed. (1975) ha sido traducida al español por A. Agud y R. de Agapito con el título *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1999.

²⁰ *Vid. supra* n. 5.

²¹ «Entrevista a Luigi Mengoni», editado por P. Ichino, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 113.

²² Esto no tiene que inducir a encuadrar apresuradamente a Mengoni entre los ilustres estudiosos liberistas, que fueron firmes partidarios del individualismo

aún muy extendida, que considera el «derecho» como una realidad y no, en cambio, como el producto del juicio del intérprete²³, que el positivismo jurídico ocultaba como «distribuidor automático de derecho» (*Rechtsautomaten*)²⁴, esto es, como mero «registrador» de la verdad preconstituida de la voluntad del legislador.

Mengoni acoge luego, en segundo lugar, la premisa de Gadamer –pero ya antes del conocido § 32 de *Sein und Zeit*– según la cual el sujeto que desarrolla el juicio interpretativo, cuya existencia misma se expresa en el acto de comprender (*Verstehen*), no se halla en la situación de examinar neutralmente, es decir fuera de cualquier implicación intersubjetiva, el texto que tiene delante. Lejos de reproducir natural y conscientemente el texto mismo (y, por tanto, de proceder según los cánones metodológicos de las ciencias naturales), él actúa siempre y necesariamente sobre la base de una comprensión originaria, denominada «pre-comprensión», que tiene por objeto aquello en vista de lo cual ha sido escrito el texto interpretado. Esta *Vorverständnis*, que de por sí podría incluso no ser falsa, precede y, por tanto, si no adquirimos conciencia de ella, contribuye a determinar (como verdadera *Vorstruktur*) la actividad reflexiva dirigida a la comprensión del texto interpretado.

Con ello se ve alterado el postulado positivista según el cual el texto normativo puede ser entendido en sí mismo, es decir basándose simplemente en su enunciado lingüístico, con independencia del esclarecimiento previo de la cuestión a la que el texto responde. Esclarecimiento que, a la luz del descrito *Zirkel des Verstehen*, tiene lugar gracias a la asunción de conciencia de la pre-comprensión que ha guiado la identificación de las finalidades regulativas del texto normativo; pre-compre-

metodológico [se hace referencia a F. A. HAYEK, *Scientism and The Study of Society, Economica*, IX (1942), pp. 35, 267 ss. –trad. it. en F. A. HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 97 ss.–, así como a K. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London, Routledge, 1957, trad. it. *Miseria dello storicismo*, 5.ª ed., Milano, Feltrinelli, 1997; trad. esp. de P. Schwartz, *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza-Taurus, 1973], es decir, del hecho de que la sociedad debe ser tratada, no como un hecho real, sino como una abstracción imputable a las reflexiones de los individuos que la componen. Esta premisa desenmascara oportunamente las actitudes holísticas de ocultación del individuo, pero, al poner el acento únicamente sobre este último, y no también sobre las relaciones sociales que el individuo mismo establece, acaba por recaer, a su vez, en una posición inmanentista y unilateral de individualismo ontológico que abstrae de la realidad pasando sobre la cabeza de los hombres, al que –concibiendo «el futuro en función del presente» (L. MENGONI, *PS*, p. 14)– contrapone un orden evolutivo natural que se desarrolla según reglas inmanentes, poco propenso a ser gobernado por prescripciones exógenas. Es un unilateralismo en el que el católico Mengoni no cae, al hacer constantemente referencia a la *persona*, es decir a un concepto que resume la necesaria relacionalidad social del individuo.

²³ Cfr. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, ed. orig., Bari, Laterza 1961 y ahora en la nueva edición coordinada por F. Tessitore, Napoli, Liguori, 2000, de donde cito, y por lo tanto p. 111.

²⁴ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehende Soziologie*, 5.ª ed. besorgt von J. Winckelmann, Tübingen, Mohr, 1980, p. 507 (trad. esp. *Economía y sociedad*, Fondo de cultura económica, México, 1977).

sión que según Gadamer (siguiendo al maestro Heidegger) se produce automáticamente ante el caso sometido a juicio porque ello forma parte de la estructura ontológica de la comprensión.

No queda, pues, más que reconocer que la interpretación del texto normativo nunca consiste en una mera reproducción (y, aún menos, en una reformulación mecánica) del significado de su enunciado²⁵. Ella depende siempre de su aplicación a un caso concreto, quedando, por lo tanto, constantemente inconclusa en el sentido de abierta a nuevos desarrollos. Más que con el saber técnico (*poiesis*), la interpretación-aplicación de las normas jurídicas puede ser comparada con el saber que guía la acción moral, la *phronesis*, la cual nunca puede ser plenamente determinada de forma independiente de la situación en que se debe obrar justamente. En conclusión, la interpretación representa siempre también un acto productivo²⁶. Una conclusión muy relevante, y al mismo tiempo un punto de partida para las reflexiones sobre la metodología jurídica, cuyo mérito Mengoni atribuirá más tarde a Giuseppe Capograssi, a quien se debe la tesis de que «la controversia produce derecho»²⁷, es decir, «lo sumerge en la historia»²⁸.

2. LA RACIONALIDAD DE LA ACCIÓN PRÁCTICA

Demostrada la relevancia de la elección de los fines de la acción práctica, el objetivo programático declarado de la nueva orientación filosófica consistió, y consiste aún hoy, en la elaboración de una racio-

²⁵ Excéntrico el modo de razonar de G. U. RESCIGNO, «Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico», en *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 35 y 42, quien critica la hermenéutica jurídica como «demasiado mística y vaga», pero reconoce la admisibilidad del círculo hermenéutico revalorizando el aforismo *in claris non fit interpretatio*, porque la comprensión del texto podría ser inmediata y, por tanto, no necesitar su interpretación. El autor elimina evidentemente la comprensión de la interpretación cuando, en realidad, para decirlo con Heidegger, la interpretación es un desarrollo de la comprensión: «in ihr eignet sich das Verstehen sein Verstandenes verstehend zu» (M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Halle an der Saale, Niemeyer, 1927, pero aquí cito de la 16.ª ed., Tübingen, Niemeyer, 1986, p. 148; en cuanto a la traducción italiana del texto, se hará en cambio referencia a la de Pietro Chiodi, *Essere e tempo*, 9.ª ed., Milano, Longanesi, 1976, p. 189; trad. esp. *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962).

²⁶ H. G. GADAMER, *WM*, pp. 298-299 (trad. it., p. 343); sobre el punto tratado en el texto, cfr. no obstante también P. RICOEUR, «Diritto, interpretazione, applicazione», en *Ars interpretandi*, Padova, Cedam, 1996, p. 191.

²⁷ G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a F. López De Oñate, *La certezza del diritto*, editado por G. Astuti, Roma, Gismondi, 1950, p. 13, cit. in L. MENGONI, «Attualità di Giuseppe Capograssi», en *Europa e diritto privato*, 2000/4, p. 1019. Sobre Capograssi, cfr. por último P. GROSSI, «Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi.» en *Rif. int. fil. dir.*, 2006, pp. 13 ss.

²⁸ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffré, 2002, p. 150; cfr., más en general, también las densas páginas de P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 110-111, que sigue a su vez a su maestro Capograssi.

nalidad (autónoma con respecto a la teórica) orientadora de la acción en el campo de las ciencias prácticas, que recomponga la fractura entre hechos y valores, además de entre medios y fines, a la que ha llevado la impropia identificación entre *scientia* y *theoria* y la afirmación del ideal unitario del método²⁹. En resumidas cuentas, una redefinición y una restitución del poder orientativo de la racionalidad que supere el ideal weberiano de la *Wertfreiheit*, que había justificado la reducción de la política y el derecho a meras técnicas de los medios, y como tales indiferentes a la valoración de los fines que persiguen.

En la parte final de este artículo me detendré brevemente en la contribución, probablemente más duradera, de Mengoni al debate filosófico general sobre la recuperación de la filosofía práctica. Por ahora, observemos que el monopolio cientificista de la perspectiva metodológica indujo a Gadamer a proclamar *ad nauseam* –también en una carta dirigida a Emilio Betti– que «fundamentalmente no propongo ningún “método”, sino que describo “lo que es”, aclaro “las condiciones en las que se produce la comprensión”»³⁰. Pero, por una parte, es muy plausible que cuando Gadamer habla de método quiera hacer principalmente referencia a la orientación cientificista; y por otra parte, él coincidió sin duda con la opinión de Heidegger según la cual en el círculo hermenéutico se «esconde una posibilidad positiva de conocimiento (...), posibilidad que puede ser aprovechada de modo auténtico sólo si la interpretación ha entendido que su primer cometido (...) es no dejarse nunca imponer una pre-disponibilidad, pre-clarividencia y pre-cognición por el caso y por las opiniones comunes, sino que debe hacerlas emerger de las cosas mismas, garantizándose así la cientificidad del propio tema»³¹. Por consiguiente –concluye Mengoni– «el problema metodológico es entonces el de adquirir el control racional de la precomprensión» y no de asumirlo necesariamente como guía de la interpretación, cayendo así en el puro voluntarismo³².

«Control racional de la precomprensión» significa, en concreto, para Mengoni evitar la actitud pasiva que conduce sencillamente a confirmar las precomprensiones. Hay que concienciarse de las mismas. Si la precomprensión tiene por objeto, no el contenido del texto, sino el hecho de la vida en vista del cual éste ha sido escrito, su interpretación tiene que proceder precisamente del hecho de la vida (el caso o el problema, para el jurista) «sobre el cual el texto, que tiene algo que decir acerca de esto, es interrogado. La comprensión sólo se

²⁹ Cfr. E. BERTI, *VR*, pp. 66-67: «la rehabilitación de la filosofía práctica tiene el mérito de haber comprendido y hecho comprender, sacando esta conclusión del desarrollo de las mismas ciencias humanas, que la racionalidad práctica difiere de la científica».

³⁰ *WM*, p. 345.

³¹ *Sein und Zeit*, cit., p. 153 (trad. it., p. 195).

³² *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 71.

produce si el intérprete logra entender la pregunta a la que el texto contesta, y por lo tanto formularla adecuadamente previendo la respuesta»³³. Para entender la pregunta «el intérprete tiene que introducir inevitablemente en el horizonte hermenéutico aquellas valoraciones de política del derecho en sentido amplio, es decir valoraciones éticas, económicas, sociológicas, etc. que el método de la jurisprudencia deductiva querría excluir por considerarlas de competencia exclusiva del legislador; y tales valoraciones él las lleva a cabo guiado por la que, en la teoría general de la hermenéutica, es llamada “precomprensión”»³⁴. Por lo tanto, es necesario, con una conciencia hermenéuticamente educada, seguir, ante todo, la intrasigente terapia metodológica –la cual, para ser exactos, corresponde a la recomendación kantiana de ser libres, es decir, de expresar la voluntad prescindiendo de todo lo que puede influir sobre nosotros– de «tener bajo control las presuposiciones y las anticipaciones que se forman en la precomprensión del intérprete». Por lo demás, puesto que la reflexión de Gadamer se desarrolla en el terreno ontológico, no se presta aparentemente a ulteriores «ganancias metodológicas»³⁵.

En positivo, los otros autores que persiguen el objetivo del control de la praxis han echado generalmente mano de la búsqueda de criterios que respalden una teoría de la acción práctica, apoyando la premisa común, especialmente conforme a la doctrina católica de la persona, según la cual el lugar propio del hombre es el *ethos*, es decir, el espacio habitual en el que vive. En concreto, la exigencia interior de dar un sentido a la existencia se cumple en la relacionalidad social en la que el hombre se encuentra incluido a partir del propio uso del lenguaje, el cual hace que él «se encuentre ya siempre más allá de su particularidad»³⁶ (un ser «que posee el lenguaje conserva siempre una distancia frente a lo que se le presente a cada paso»³⁷). Y Mengoni, en

³³ *La polemica di Betti con Gadamer, cit., ibidem*; «el derecho ya no se puede hacer partiendo del derecho: hace falta mover de lo real» (C. CASTRONOVO, «Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo», en *Jus*, 2002, p. 77). También G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza, cit.*, pp. 44 y 48, reconoce a Mengoni el mérito de haber subrayado este punto.

³⁴ *Diritto e politica nella dottrina giuridica, cit.*, pp. 350-351.

³⁵ Estas dos citas están sacadas de L. MENGONI, *Presentazione*, en R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. VIII-IX.

³⁶ H. G. GADAMER, *WM*, p. 240 (trad. it., p. 280); sobre este punto cfr. también E. BERTI, *VR*, p. 67, quien reconoce a la rehabilitación de la filosofía práctica el mérito de haber identificado al ámbito de la racionalidad práctica en el lenguaje.

³⁷ H. G. GADAMER, «Was ist Praxis? Die bedingungen gesellschaftlicher Vernunft», en *Universitas*, fasc. IX, 1974, pp. 1143 ss., trad. it. *Che cos'è la prassi? Le condizioni di una ragione sociale*, en *Id.*, *La ragione nell'età della scienza*, Genova, Il Melangolo, 1984, p. 57 y esp. «¿Qué es praxis? Las condiciones de la razón social», en *RC*, 1974, p. 41; G. ZACCARIA, «L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea», en *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 330, observa justamente que la «conciencia del carácter lingüísticamente determinado del conocimiento acerca la filosofía hermenéutica a la filosofía analítica». Sobre este punto, cfr. M. JORI (ed.), *Ermeneuti-*

una densa carta a Natalino Irti, subraya que «originalmente en lugar de *nomos* estaba la palabra *êthos* (con eta)»³⁸.

En conclusión, la moral concienzialista e individualista de los modernos es desplazada aristotélicamente por la nueva orientación filosófica –expuesta (soy consciente) de manera completamente sumaria e incompleta– hacia un *humus* histórico-concreto. Y este cambio de perspectiva permite anclar la racionalidad de la acción práctica a un contexto objetivable, y volver a proponer la idea griega del *nomos* como manifestación de una racionalidad pública inspirada por «valores» compartidos. Nótese además cómo de este modo, la palabra «valor», que igual que *Wert*, *value* e *valeur* tiene «escrita en la frente su derivación del ámbito económico», concluye su «marcha triunfal», que emprendió a caballo de los siglos XIX y XX, en la filosofía, dónde ocupa el lugar de aquello que en el pensamiento antiguo era el bien (*Agathon*)³⁹ en sus distintas dimensiones.

Son pasajes conocidos: pero a repetirlos me induce aquí el intento de volver a recorrer el itinerario metodológico de Mengoni, que fue uno de los primeros juristas en confrontarse con este despertar de la filosofía práctica. Sobre este punto, su principal referente es una vez más, a diferencia de quien se mete en el callejón sin salida del existencialismo⁴⁰, la teoría de la pre-comprensión intersubjetiva de Gadamer, de la que Mengoni extrae la llave del retorno epistemológico de la condición existencial del círculo hermenéutico. En efecto, el filósofo de Marburgo basa la «objetividad científica» de la interpretación en la tesis de que tenemos que concienciarnos de que sobre nosotros actúa la *Wirkungsgeschichte* y que, por lo tanto, ante un texto nunca nos encontramos en una situación de virginal inmediatez⁴¹. En realidad, actuamos bajo el influjo de la tradición, es decir, de interpretaciones,

ca e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto, Torino, Giappichelli, 1994, además de las brillantes páginas de E. BERTI, *VR*, pp. 62-63.

³⁸ En *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1156.

³⁹ A. HÜGLI, s.v. «Wert. I. Einleitung», in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 12.º, Basel, Schabe, 2004, p. 556; N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 20, quien habla de *idea* del bien. Aún anclados en el viejo significado aparecen M. Heidegger (*Holzwege*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1977, pp. 242 ss., trad. it. di P. Chiodi, *Sentieri interrotti*, Firenze, La Nuova Italia, 1977, p. 208) y C. SCHMITT en el afortunado escrito «Die Tyrannei der Werte», en *Säkularisation und Utopie*. Erlacher Studien, Ernst Forststoff zum 65. Geburtstag, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, pp. 37 ss. Aunque Mengoni cite (si bien sólo ocasionalmente) a Carl Schmitt, y, en particular, este escrito sobre la tiranía de los valores (L. MENGONI, *AM*, p. 98, n. 101), sus estudios superan la impostación restrictiva, y simplificadora, del constitucionalista alemán, quien refirió el ser del valor a la esfera económica y concibió, por tanto, inevitablemente la tiranía (sólo) según el valor económico. En Mengoni el acento recae, más bien, sobre la *entera* esfera ético-social de la persona.

⁴⁰ Cfr. sobre este punto, para una posición similar a la de Mengoni, y por tanto crítica con la identificación de la hermenéutica gadameriana con el pensamiento nihilista, V. SCALISI, «Regola e metodo nel diritto civile», en *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 309.

⁴¹ L. MENGONI, *TG*, p. 14; sobre este punto cfr. también G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza*, cit., pp. 50 ss.

juicios y conceptos ya dados y acumulados con el transcurso del tiempo, que para el jurista, explica Mengoni, consisten en la «tradición dogmática del grupo profesional al que pertenece» y en el «cúmulo de nociones teóricas, de orientaciones sistemáticas, de formas lingüísticas tecnicizadas, de principios de aplicación acumulados por la reflexión doctrinal y la experiencia jurisprudencial anteriores»⁴². En definitiva, el individuo no puede imponer su propia ilusión trascendental puesto que, como expresa muy bien la conocida paradoja del marinero de Otto Neurath⁴³, no existen movimientos iniciales, sino que siempre nos movemos sobre algo ya en marcha y que nos viene de los demás. Y la corriente de la rehabilitación de la filosofía práctica saca precisamente de esta premisa relativa a la relacionalidad del ser humano –premise que Foucault exaspera hasta negar, incluso, la existencia del «yo»–, la posibilidad de detectar parámetros objetivos con los que medir la corrección de nuestras acciones.

3. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA *AUCTORITAS*

Fijadas estas premisas generales, vemos que se ponen las condiciones para formular la pregunta que nos interesa: ¿se inscribe, y cómo se inscribe, el derecho en este modo de entender las ciencias prácticas? Precisamente por tomar como punto de partida los cimientos de la nueva corriente filosófica alemana, Mengoni fue probablemente el primero en no eludir este interrogante, que más tarde llegó a ser habitual⁴⁴. La ciencia jurídica, escribe en 1976, no es «una ciencia práctica en el mismo sentido en que lo son la política, la economía o la ética (cuando no esté fundada en bases teológicas). Ella hace referencia a comportamientos humanos, pero su tarea no consiste en explicar o elaborar criterios para actuar de forma correcta, sino más bien en comprender el significado de textos normativos *autoritativamente* predispuestos

⁴² TG, p. 19; ID., s.v. «Dogmatica giuridica», en *Enciclopedia Treccani*, XII (1988) y en ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., de donde cito (en adelante como *Dogmatica*), y por lo tanto p. 51. Esta tradición «es tal sólo en el permanente convertirse en otro. (...) Lo esencial es mediar entre las anticipaciones de lo deseable y las posibilidades de lo factible, entre el puro deseo y el deseo real, es decir, traducir las anticipaciones en términos de realidad» (H. G. GADAMER, *Replica*, en Aa. Vv., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1971, trad. it. de G. Tron, Aa. Vv., *Ermeneutica e critica dell'ideologia*, Queriniana, Brescia, 1992, pp. 305-306 y esp. «Réplica a Hermenéutica y crítica de la ideología», en *Verdad y Método*, cit., pp. 243-266).

⁴³ «Somos como marineros que tienen que reparar su barco en mar abierto y que, por ello, no son capaces de volver a comenzar desde el principio. Ellos no pueden llevar su barco a un dique para reconstruirlo integralmente. Durante su trabajo deben mantenerse de pie sobre la vieja estructura y luchar contra violentas borrascas y olas tempestuosas» (estas son las palabras finales de *Foundations of The Social Sciences*, Chicago, Univ. of Chicago, 1944, p. 47).

⁴⁴ Cfr. sobre todo, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 163 ss.

para dictar reglas sobre las relaciones sociales»⁴⁵. Los «textos normativos autoritativamente predisuestos» o, para decirlo con la expresión más usada, «el vínculo absoluto de la ley» hace que «la estructura total de la jurisprudencia no pueda ser determinada sólo por el problema». Superación del positivismo «no quiere decir superación del principio de positividad del derecho»⁴⁶.

Esta llamada a las irreducibles especificidades de la acción jurídica debe ser leída a la luz del hecho de que el iuspositivismo, pese a resultar todavía firmemente arraigado en los discursos de los juristas positivos, se estaba indudablemente desarmando en el ámbito de la filosofía del derecho por el *cul de sac* al que llevaba el rechazo del tratamiento científico de las elecciones ético-políticas. Se habían producido ya, en efecto, los conocidos virajes de Scarpelli y Bobbio⁴⁷.

Mengoni tenía más bien ante sus ojos el nuevo dato de una sociedad italiana cada vez más estructurada de forma pluralista y que, en cuanto tal, expresaba una multiplicidad de valores además de —justo en el período en que Mengoni mismo se abre a la «conciencia del método»⁴⁸— una proliferación extraordinaria de ideologías que pretendían imponer una desecularización total del discurso jurídico, doblegándolo al servicio de un único «paradigma» valorial considerado el motor de la historia económica y social⁴⁹. Es en el marco de esta apremiante evolución

⁴⁵ PS, pp. 46-47. La cursiva es mía. En L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1019, Mengoni afirma de manera lapidaria que «si se separa la norma de su objeto, la ciencia jurídica pierde el sentido de su propia identidad, ya no se sabe lo que es».

⁴⁶ L. MENGONI, «Spunti per una teoria delle clausole generali», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 14.

⁴⁷ Cfr. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 35 ss., y obviamente aún mejor directamente U. SCARPELLI, *La Filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, en ID. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 7 ss. y N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1984; cfr., finalmente, también C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 9-10, quien justamente recuerda entre los factores de la caída de la rígida separación entre derecho y moral también la rehabilitación de la filosofía práctica realizada en Alemania. Muchos, en todo caso, son los autores a los que debemos reconocer el mérito de haber revalorizado el momento valorativo de las decisiones jurisdiccionales y jurídicas en general. Nos limitamos por tanto a remitir a L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1966, así como al Quaderno n. 1 del *FI*, 1970, dedicado a «Formación extralegislativa del derecho en la experiencia italiana», sobre el cual *vid.* también L. LOMBARDI VALLAURI, «Sulla formazione extralegislativa del diritto», en *Riv. int. fil. dir.*, 1968, pp. 430 ss.

⁴⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., pp. 63 ss.

⁴⁹ Cfr. M. BARCELLONA, «La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)», en *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 715 ss. Si se prescinde del artículo sobre «I pensieri di Montagne sul diritto», en *Riv. int. fil. dir.*, 1973, pp. 285 ss., que contiene ya en todo caso la idea del influjo circular entre pensamiento, respectivamente, problemático y sistemático (sobre este escrito cfr. ahora F. D'AGOSTINO, «Ricordo di Luigi Mengoni», en *Jus*, 2002, pp. 44 ss.), el primer

socio-cultural, que en muchos aspectos reproducía el «vitalismo desenfrenado» experimentado por otras realidades en el paso a la sociedad industrial⁵⁰, que en Italia surgió en ámbito jurídico, entre otras, una nueva tendencia «de vanguardia» que en una ocasión Mengoni apostrofó con el irónico inciso de «*free riders* del derecho alternativo», que reducían la justificación jurídica a la argumentación política⁵¹. En esta, ampliamente teorizada, coincidencia entre el discurso general sobre la acción práctica y el discurso jurídico, Mengoni vislumbró, más precisamente, el peligro de que la revalorizada racionalización de las ideas valoriales se desbordara hasta convertirse en la orientación opuesta al positivismo, es decir, por una parte, en el anticonceptualismo («el pensamiento jurídico que no sepa reproducir su propia síntesis valorativa en un equilibrado sistema de conceptos rigurosamente definidos no consigue la comprensibilidad propia de una visión teórica unitaria y deja los resultados de la búsqueda en una indeterminación conceptual parecida al modo del oráculo, que «no dice y no esconde, sino que anuncia»⁵²) y, en la otra cara de la misma moneda, en la tiranía de los valores («los valores son de por sí guías peligrosas, que pueden llevar a la tiranía de una justicia politizada, si el empleo correcto de las cláusulas generales que remiten a ellos no está garantizado por una disciplina dogmática de la que el juez pueda extraer criterios racionales para solucionar» las antinomias que surgen de la «tensión entre dos modelos valorativos constituidos por el Estado de derecho y por el Estado social»⁵³). Más en general, hay que observar en todo caso que en el

artículo metodológico de Mengoni está dedicado a «Diritto e politica nella dottrina giuridica», en *Iustitia*, 1974, pp. 337 ss.

⁵⁰ E. KAUFMANN, *Kritik der neokantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1921, trad. it. *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, en E. KAUFMANN, W. SAUER, G. HOHENAUER, *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, editado por R. Miccù, Napoli ESI, 1992 de donde cito y por lo tanto p. 77.

⁵¹ L. MENGONI, «Ugo Natoli come giurista del lavoro», en *Riv. giur. lav.*, I, 1993, p. 10; la referencia más completa está en «Ancora sul metodo giuridico», en *R. trim. d. proc. civ.*, 1983, pp. 321 ss., luego en *Id.*, *AM*, de donde cito, y por lo tanto p. 101; N. LIPARI, «Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, II, p. 1077, habla de posición «bastante dura». De todos modos, en L. MENGONI, *Dogmatica*, cit., p. 65, el propio Mengoni cierra la polémica con la constatación de que se trata de una orientación perteneciente a un «pasado ya lejano». Sobre los límites de la teoría del uso alternativo del derecho, hoy sin duda en declive, cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, cit., p. 161 y G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 27, quien habla de aproximación metajurídica.

⁵² L. MENGONI, *Prefazione*, en *Id.*, *AM*, p. 7; no por casualidad C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., p. 78, ha querido cerrar su recuerdo subrayando este perfil.

⁵³ L. MENGONI, *Recensione a Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., p. 318; *Id.*, *Dogmatica*, p. 60. El peligro nace del hecho de que «cada valor posee en sí mismo una lógica propia y tiende a imponer un punto de vista desde el cual ningún coste por su realización aparece demasiado elevado» (*AM*, p. 101; cfr. en el mismo sentido E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1993, p. 275, quien señala el carácter ideológico que

clima radicalizado por los dos polos extremos –de un lado, el del desarme del iuspositivismo y, del otro, el de la exaltación del uso alternativo del derecho– a principios de los años setenta del siglo pasado, los estudios de metodología jurídica y, más abstractamente, la auto-comprensión de la jurisprudencia como ciencia volvieron también en Italia, en cierto sentido, al año cero. Perdida la brújula científicista, se trataba realmente de reformular el nuevo estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y esto, inevitablemente por la ya recordada paradoja del marinero, partiendo de nuevo de elucubraciones pasadas que parecían ya definitivamente arrinconadas.

Ahora bien, la primera gran novedad de la *Methodenlehre* mengoniana⁵⁴ es que, con plena adhesión al discurso práctico general, desarrollado por los autores pertenecientes a la rehabilitación de la filosofía práctica, lleva hasta el final las consecuencias de la analizada premisa sobre la relevancia de los juicios prácticos, basada en criterios extrasistemáticos de matriz económica, política o ética. Aunque eso ocurre manteniendo firmes, respecto al discurso práctico general⁵⁵, los vínculos que la Constitución autoritativamente fija al discurso jurídico.

Por una parte, los vínculos de la ley y de los procedimientos⁵⁶, y por la otra, el principio kantiano de universalización («la exigencia

asumen los valores cada vez que pretenden absolutizar su contenido; muy incisivo, finalmente, P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 98, que trata del peligro del regreso a formas de universalismo ético-jurídico). La fuente de inspiración es aquí principalmente Hartmann y su constatación de que «en la vida existe el rigorismo de los valores individuales, que puede llegar hasta el fanatismo. Cada valor –una vez que ha adquirido poder sobre una persona– tiene la tendencia a erigirse en tirano exclusivo del entero *ethos* humano, y en realidad a costa de otros valores, incluidos aquellos que se le contraponen materialmente» (*Ethik*, Berlin, De Gruyter, 1949, trad. it. *Etica*, II, *Assiologia dei costumi*, Napoli, Guida, 1970, p. 408; ID., *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1965, p. 286; entre los estudiosos del pensamiento de Hartmann, vuelve sobre el punto que aquí interesa A. DA RE, *Tra antico e moderno*, Milano, Guerini e Scientifica, 1996, pp. 283 ss.).

⁵⁴ Que debe ser encuadrada completamente, no como lo haría un científicista en el contexto de la metodología como investigación empírico-descriptiva [como Mengoni creía que era la obra de T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, Beck, 1953 trad. esp. *Topica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gesida, 1998 (cfr. L. MENGONI, *Prefazione*, en ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., p. VIII; sobre este punto *vid.* también las consideraciones de A. FALZEA, «La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni», en *Jus*, 2002, p. 101)], sino dentro de la que la escuela analítica italiana llama la metodología como preceptística (U. SCARPELLI, «La natura della metodologia giuridica», en *Riv. int. fil. dir.*, 1956, XXXIII, pp. 247 ss. y, más recientemente, M. JORI, «Scarpelli e il metodo giuridico», en *Politeia*, XX, 73, 2004, pp. 90 ss.).

⁵⁵ L. MENGONI, *Presentazione*, cit., p. IX.

⁵⁶ Prescripciones de procedimiento que nacen, generalmente, de la necesaria limitación del saber del tercero decidente así como de la escasez de tiempo del que dispone el mismo para adoptar la decisión. Por otra parte, Alessandro Giuliani ha descrito así eficazmente la diferencia entre moral y derecho: «la verdad de la experiencia jurídica *stricto sensu* es, en la comparación, menos elevada, en la medida en que corresponde al fin mundano de solucionar conflictos económicos y materiales entre asociados» (en A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della*

de justicia, que demanda un tratamiento igual de los casos objetivamente iguales»), el cual impone que la solución valorativa planteada pase por la criba de la *demostración* de la capacidad, si bien en presencia de la regla considerada, de mantener unido todo el complejo sistemático⁵⁷ de «principios, y de conceptos correspondientes, recabados por la vía de la abstracción generalizadora del análisis del contenido teórico de las normas positivas»⁵⁸. Sin omitir, claro está (y sobre esto tendrá ocasión de volver), cuando los datos introducidos en el sistema por el pensamiento problemático impongan nuevas exigencias⁵⁹, el esfuerzo extremo –también, como le gustaba repetir a Mengoni, de fantasía– de «abandonar módulos teóricos ya adquiridos para recorrer nuevas vías de conceptualización»⁶⁰, pero siempre de forma lógicamente rigurosa para respetar el vínculo de la totalidad del discurso jurídico. El derecho, como la vida, precisa las formas, pero para seguir vivo necesita siempre también destruir las formas mismas que ha creado⁶¹. Sólo pasando por este continuo e incesante proceso de sistematización y resistematización, el derecho puede además aspirar a determinar un grado de incertidumbre tolerable⁶² en la sociedad, es decir, proponerse estabilizar las «expectativas sociales de comportamientos individuales y de grupo»⁶³ y, finalmente, contribuir a la búsqueda de nuevos modelos de decisión.

Antes de adentrarnos en una síntesis algo más detallada de la metodología de Mengoni, podemos aclarar ya que su intento de integrar pensamiento problemático y sistemático, en cierto sentido de hacer cohabitar el demonio de la exactitud con el de la sensibilidad, lo exponen a juicios unilaterales por parte de observadores cuyo ángulo de

norma civile, Torino, Giappichelli, 1996, p. 20). Entre las precauciones dirigidas a garantizar el valor de la certeza de las reglas que tienen que presidir a la acción humana está el hecho de que el proceso judicial está ideado, además de sobre la verdad de lo juzgado y sobre la prohibición de *no liquet*, de una forma que –como afirma Mengoni citando una vez más a Leibniz– resuelve por la fuerza de su estructura (*Relazione introduttiva*, cit., p. 23). Por lo tanto, también cuando se llega argumentativamente a la presencia de una pluralidad de soluciones abstractas que se pueden fundar racionalmente, éste llega a la selección coercitiva de una de ellas. En este sentido podemos decir que *potestas et veritas facit legem*.

⁵⁷ Mengoni revaloriza aquí la noción de pensamiento sistemático como aproximación a sus perfiles definitorios fundamentales de un problema; noción corriente en la época de Leibniz y revalorizada por Nicolai Hartmann, cfr. L. MENGONI, *Dogmatica*, p. 33. Con el principio de universalización se enlaza la comprobación de la coherencia de la justificación de la decisión jurídica, sobre la cual cfr. G. ZACCARIA, «Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica», en *Riv. int. fil dir.*, 1995, pp. 380 ss.

⁵⁸ L. MENGONI, *L'insegnamento del diritto nell'università cattolica*, cit., p. 4.

⁵⁹ L. MENGONI, *Dogmatica*, pp. 52-54.

⁶⁰ L. MENGONI, *PS*, p. 57.

⁶¹ E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, cit., p. 77.

⁶² L. MENGONI, *PS*, p. 53. In *Dogmatica*, p. 51, Mengoni se detiene sobre la función regulativa de la dogmática que genera una carga de argumentación a costa de quien tiene la pretensión de *overruling*.

⁶³ *AM*, p. 96.

perspectiva se identifica solamente con una de las dos modalidades del pensamiento que Mengoni unió entre sí. Así, por ejemplo, sus más acreditados coetáneos, quienes conservan la memoria de cuando tuvieron que convivir con el enjaulante retículo sistemático del método técnico-jurídico (cuando no incluso pandectista), le ponen el epíteto de «anti-dogmático»⁶⁴. En el frente opuesto, quien opera en sectores jurídicos caracterizados por una «producción naïf (...) en donde lo único que cuenta es el resultado final», le reprocha el estilo de «preceptor»⁶⁵.

De todas formas, al contrario de lo que son a veces inducidos a creer los lectores demasiado presurosos de fragmentos aislados del discurso metodológico de Mengoni, este último rechaza la defensiva *Sekundaritätsthese* basada en la distinción entre la fase inicial de los argumentos prácticos (*inventio*) y la siguiente de los argumentos jurídicos o dogmáticos (*demonstratio*)⁶⁶. En efecto, distinguiendo las dos fases, la del pensamiento problemático y la del pensamiento sistemático, la primera gobernada (también) por argumentos prácticos y la otra (sólo) por argumentos sistemáticos, no se haría otra cosa que universalizar, weberianamente, la noción pandectista de la dogmática jurídica cerrada⁶⁷ (quizás en la versión local del método técnico-jurídico⁶⁸). Y absolutizando un determinado aparato conceptual, que «no puede morir porque ya ha muerto»⁶⁹, se anteponen los medios a los fines.

⁶⁴ R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, cit., p. 421.

⁶⁵ La referencia es al derecho del trabajo. El término utilizado en el texto, si no me equivoco, ha sido acuñado por L. MARIUCCI, «Il diritto del lavoro e il suo ambiente», en *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, Giuffrè, 1998, p. 350 (en la p. 344 el juicio tajante sobre la «producción naïf»; pero en la misma línea *vid.* ahora S. CASSESE, «La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 375), en un escrito rico en motivos de reflexión crítica; la expresión es finalmente retomada por U. ROMAGNOLI, «Luigi Mengoni, precettore dialogante», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 397 ss. Con una prosa más aséptica G. ALPA, «Il metodo nel diritto civile», en *Contratto e impresa*, 2000/1, p. 365, afirma que a Mengoni le corresponde el mérito de «haber vuelto a proponer a los civilistas el análisis del pensamiento sistemático».

⁶⁶ *Presentazione*, cit., p. X. Para un ejemplo reciente de reproposición de esta tergiversación y, por lo tanto, de la *Sekundaritätsthese*, cfr. el escrito de M. PERSIANI, «Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico», en *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 1 ss., quien luego puntualiza aún mejor esta impostación en ID., «Ricordando Massimo d'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro», *ibidem*, 2004, pp. 917 ss.

⁶⁷ En la doctrina iuslaboralista italiana se asiste, efectivamente, desde aproximadamente dos décadas, a una revalorización della (neo)dogmática pandectista, como ya evidenciado en L. NOGLER, «Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro», en *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pp. 117 ss.; una tendencia confirmada por la impostación metodológica de Persiani considerada *supra*, núm. 66.

⁶⁸ Cfr. MENGONI, L., *PS*, p. 19.

⁶⁹ KAUFMANN, E., *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, cit., p. 77.

Mengoni propone, en cambio, una *Integrationsthese*⁷⁰, que después hallará también en los estudios de Alexy, planteando el empleo de parte de la «dogmática» –y ya el simple empleo de esta palabra señalaba el surco neto e irre recuperable que lo separaba de quien, al contrario, creía que precisamente la referencia a ella presupone que el derecho «es irreducible a conocimiento científico»⁷¹– jurídica de argumentos tanto jurídicos como prácticos. En concreto, él abre el sistema dogmático, gracias a la categoría de los «conceptos axiológicamente orientados», los cuales, incluso sin asumir las valoraciones extrasistemáticas –centradas en aquel «subrogado positivista (o historicista) de lo metafísico» que son «los valores a los que remite la Constitución»– en su contenido⁷², están orientados específicamente, a menudo gracias al recurso a «parámetros topológicos», a su realización en el derecho positivo⁷³.

Ya de estas citas resulta que el replanteamiento metodológico de Mengoni, constantemente vivificado por ejemplos que él mismo ofrece a cada paso, no podía no desembocar también en una reformulación de los reafirmados límites al discurso jurídico establecidos por la Constitución. Ante todo, la vinculación a la ley establecida, para el derecho judicial, en el artículo 101, apartado 1, Const. Ital. Vinculación a la ley que conlleva, según el positivismo legislativo, por una parte, que la argumentación de las reglas de juicio debe moverse en el contexto de las posibilidades incluidas en el enunciado lingüístico de la proposición legislativa (vinculación al texto normativo), y, por la otra, que la decisión judicial debe estar «fundamentada de forma deductiva»⁷⁴. El resto es removido del contexto «de justificación» y encuentra su lugar en el, impenetrable, «de decisión», que incluye los puntos de vista psicológicos, ideológicos e históricos sociológicos que han llevado a la decisión⁷⁵.

⁷⁰ PS, pp. 55-56: «los dos métodos no se combinan en un *ordo successivus*, sino que se completan en una relación de interdependencia o interacción».

⁷¹ BOBBIO, N. «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, I, p. 347.

⁷² De manera que «la referencia a los valores constitucionales para concretar una cláusula general no atribuye a los derechos fundamentales una eficacia normativa mediata sobre la autonomía privada» (L. MENGONI, «Autonomia privata e Costituzione», en *Banca Borsa Titoli di credito*, 1997, p. 7). Cuando la norma sobre el derecho fundamental pretende ser aplicada como parámetro objetivo del comportamiento de un sujeto privado no se puede hablar rigurosamente de *Drittwirkung* de los derechos fundamentales respecto a sujetos privados: no estamos, en realidad, en presencia del mismo esquema lógico que justifica la titularidad de parte del individuo de un derecho subjetivo frente al Estado (P. A. WINDEL, «Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts», en *Der Staat*, 1998, p. 386).

⁷³ MENGONI, L. *AM*, p. 100.

⁷⁴ MENGONI, L. «Quale disciplina per i lavori «atipici»?», en *Dir. lav.*, 2000, I, p. 321.

⁷⁵ Sobre la distinción cfr. U. SCARPELLI, «Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie», en *Foro it.*, 1970, Supl. al núm. 1, «La formazione extralegislati-

Ahora bien, el primer perfil, si se refiriere a la ley, una vez que la correspondiente comprensión es explicada a través del círculo hermenéutico descrito, corre el riesgo de disolverse. En realidad, «después de Gadamer», nadie puede atreverse en serio a construir la teoría de la interpretación sobre la tesis simplista de que el jurista *descubre* el sentido innato en las palabras utilizadas por el legislador. Se acepta, por el contrario, como vimos, que «el significado de un texto normativo no se deja captar completamente si no es en relación con un caso sobre el que hay que decidir, y por lo tanto a través de un proceso que no es sólo de explicación del lenguaje de la norma, sino también de transformación de la misma en una regla concreta de decisión»⁷⁶. Por lo tanto, «la interpretación debe integrarse en una hermenéutica que no se agota dentro de la dimensión terminológica, sino que se propone la tarea ulterior de elaborar criterios (...) que sean aptos para hacer reconocer la regla de lo justo en la realidad social»⁷⁷.

Por todas estas razones Mengoni sostiene que –si se quiere mantener firme la finalidad que inspira la vinculación a la ley– la liberación de los distintos legados del positivismo debe ir acompañada por una interpretación extensiva del término «ley», utilizado en el artículo 101, apartado 1, Const. como derecho vigente comprensivo del derecho de formación extralegislativa⁷⁸. En particular, a la vinculación derivada de la construcción lingüística del texto, él propone añadir, siguiendo a Ascarelli, la vinculación más débil del derecho viviente que impone, a quien pretende romper la continuidad jurisprudencial, argumentar en este sentido⁷⁹.

En resumidas cuentas, me parece evidente que si la decisión judicial debe estar «fundamentada de forma deductiva», ella tiene que surgir de un silogismo. Un vínculo sustancialmente risible que, en último término, se limita a inhibir el planteamiento de argumentos inductivos.

Es cierto, en cambio, como concluye Mengoni, después de densas páginas de «revelación» sobre las que no es posible detenernos, que «una deducción lógica sólo es vinculante si las premisas son verdaderas, y la lógica no es capaz de controlar la verdad de las premisas». La

va del diritto nell'esperienza italiana», ahora en ID., *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 407-448; la distinción me parece homóloga a la establecida por Josef Esser entre *Motivation* y *Argumentation*: cfr. J. ESSER, *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, en C. Perelman, P. Foriers (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 137 ss.; la distinción esseriana es discutida entre otros en G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 192 ss.

⁷⁶ MENGONI, L. *ID.*, p. 479.

⁷⁷ MENGONI, L. «La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale», en *Rel. ind.*, 1988, p. 19.

⁷⁸ *DM*, p. 72.

⁷⁹ *Il diritto vivente come categoria ermeneutica, cit.*, pp. 152-153.

premisa menor así como la mayor no son materia de actividad lógica, sino más bien de una unitaria actividad valorativa⁸⁰.

El verdadero problema de la verificación del juicio concierne, por tanto, a la racionalización de las elecciones de contenido realizadas por el sujeto que decide; elecciones que nunca son el fruto de operaciones lógicas de tipo deductivo⁸¹, pero que a pesar de ello no son necesariamente arbitrarias e incontrolables. En otras palabras, presupuesta la vinculación a la ley, la estructura silogística de la justificación de la sentencia judicial se deduce como lógica *Denkgesetz*, ya que una decisión puede decirse fundada racionalmente sólo cuando es posible reconducirla a una regla⁸². Eso no significa, sin embargo, que el control de la propia decisión judicial, impuesto por el artículo 111 Const., no pueda y deba extenderse a los perfiles valorativos⁸³ que, por las razones ya vistas, atañen circularmente tanto a la *maior* como a la *minor*. Es decir: que no sea posible racionalizar el proceso de adopción de las elecciones de contenido efectuadas por el sujeto que decide. Llegando así a imponer que la trama argumentativa deba articularse a través de pasajes de coherencia lógica que, de alguna manera, pongan de manifiesto, liberen, «hagan públicas» las opciones valoriales privilegiadas por el intérprete, adoptando luego, para el control de las elecciones mismas, los procedimientos probatorios de la justificación y no, por supuesto, los de la demostración.

Por ejemplo, Mengoni comprueba que, en el ámbito de la importantísima calificación de las relaciones laborales, el principio de identidad es reemplazado a veces, en función de valoraciones de conve-

⁸⁰ PS, p. 26; es significativo que M. BARCELLONA, «La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)», en *R. crit. d. priv.*, 2000, p. 735, subraye que Mengoni parte de la crítica al silogismo judicial.

⁸¹ CARNELUTTI, F. *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 2.^a ed., 1951, p. 368 (trad. esp. *Teoría general del derecho; metodología del derecho*, Granada, Editorial Comares, 2003), expresó todo eso afirmando, de manera tajante, que el juicio es el *prius* y el silogismo el *posterius*. En tiempos más recientes cfr. para la afirmación de que el procedimiento subsuntivo «no es nunca el que se sigue en el razonamiento decisorio, a menos que no se asuma a priori que las premisas del silogismo decisorio sean conocidas. Sin tal asunción, el silogismo, que se limita a explicar en la conclusión lo que ya está presente en las premisas, no es de ninguna utilidad para el juez», P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 352; y antes A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 95.

⁸² NEUMANN, U. «Theorie der juristischen Argumentation», en A. KAUFMANN, W. HASSEMER, U. NEUMANN (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2004, p. 335; «una justificación que no pueda expresarse en forma de silogismo no es una justificación racional, por lo menos en los sentidos fuerte y fortísimo de esta expresión» (P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, cit., p. 353).

⁸³ Que son distintos de los demostrativos que caracterizan el método silogístico. La teoría cognitiva, al contrario de lo que supone G. PROIA, «Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie», en *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 89, no contempla el silogismo valorativo que representaría una contradicción en sus propios términos.

nencia equitativa que el propio Mengoni comparte y auspicia⁸⁴, por un criterio de equivalencia funcional⁸⁵. Lejos de «ocultar»⁸⁶ esta comprensión dentro de la inaprensible conciencia individual –y, por tanto, de denunciar su falta de vinculación a la técnica decisoria del silogismo decisorio–, él considera que hace falta racionalizar la elección decisoria misma, que resulta claramente inspirada por el valor de la tutela del trabajo. Bien mirado, en estos casos, en lugar del restrictivo principio de identidad, se asiste al uso de un más elástico criterio de equivalencia que permite «variantes de sentido adecuadas a los distintos contextos» del «núcleo común a todas las situaciones aplicativas», que caracteriza el sentido literal del texto normativo que expresa la *fattispecie*⁸⁷. Pero es precisamente la conciencia alcanzada entorno a esta premisa la que permite garantizar en todo caso el control de la operación y, por tanto, un grado aceptable de certeza del derecho.

Sin embargo, es evidente que para ello se debe utilizar un procedimiento, no demostrativo, sino argumentativo y justificativo⁸⁸. En pocas palabras, la motivación tiene que refutar las objeciones que, respecto al caso concreto, pueden ser opuestas en contra de las pruebas argumentativas alegadas, por un observador racional e imparcial, que razone sobre la base del criterio directivo según el cual las características de los casos pueden variar pero, a pesar de ello, presentar siempre el mismo esquema, si juntas desempeñan la misma función⁸⁹ (la denominada forma-

⁸⁴ MENGONI, L. «Introduzione», en G. Deodato, E. Siniscalchi (eds.), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 17, donde manifiesta justamente su deseo de un procedimiento de calificación más elástico y dinámico. Sobre la nueva relevancia de la equidad liberada del tradicional fundamento iusnaturalista, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 203 ss.

⁸⁵ MENGONI, L. «Diritto e tecnica», en *R. trim. d. proc. civ.* 2002, pp. 1 ss., después en *ID.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., de donde cito y por lo tanto, p. 93.

⁸⁶ MENGONI, L. *PS*, p. 16.

⁸⁷ MENGONI, L. «Il contratto individuale di lavoro», en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 193; pero cfr. el mucho más argumentado *ID.*, «Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 356-357.

⁸⁸ Cuando G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit, p. 92 afirma que el juicio de equivalencia es utilizado *exclusivamente* para averiguar si la misma función del tipo legal puede ser desarrollada, en el caso concreto, por elementos distintos de los contemplados en la disciplina legal y no para adoptar la decisión calificadoria, no se da cuenta de que el perfil más delicado es precisamente el valorativo de justificación de la premisa del silogismo decisorio (o calificación). ¡Y su afirmación es mucho más sorprendente porque va precedida por la muscular proclama de que el problema consiste en hallar el método más idóneo para garantizar la menor incertidumbre, es decir la autoridad del punto de vista jurídico (p. 89)!

⁸⁹ Eso se produce al expresar la *fattispecie*, no de manera consciente con el método analítico, que presupone que la realidad se presente en *rerum natura* como ya jurídica y cumplidamente definida (cfr. críticamente L. MENGONI, *TG*, p. 9), sino de modo relacional como «parámetro tipológico» (L. MENGONI, *AM*, p. 100; sobre la estrecha conexión entre hermenéutica y *Typus* cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 64-65) o «tipo», según la locución sacada de la filosofía

ción metódica del consenso). No resulta, en cambio, pertinente la observación de que «el problema de la calificación no es tanto identificar la “premisa menor” o del caso concreto, cuanto la identificación de la “premisa mayor”, o sea del tipo legal»⁹⁰, porque ignora que el círculo hermenéutico, que se sitúa en la base de la comprensión del texto, vincula entre sí en un proceso unitario las dos fases que el método analítico conscientemente divide⁹¹.

4. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA VERITAS

Si en los escritos metodológicos iniciales de Mengoni el acento se ponía todavía sobre los «conceptos axiológicamente orientados», frente a los cuales los principios o valores desempeñaban esencialmente una función que podemos definir «de guía» del proceso de perfeccionamiento de los contenidos requerido por el caso, en los sucesivos escritos de los años ochenta y noventa del siglo pasado la argumentación teórica casi siempre da un vuelco y adopta, por tanto, directamente como punto de partida los valores. En parte, ha cambiado el contexto. Avanza el cientificismo tecnológico y se nubla la unidad cultural. Surgen por tanto cada vez más a menudo problemas, como se suele decir, de «juridificación de la conciencia». El discurso jurídico debe así explicitar las elecciones éticas que lleva implícitas, tal como en su momento fue obligado a hacer con las socio-económicas. Y todo eso acarrea, inevitablemente, «dificultades e inconvenientes a la hora de interpretar las leyes y de subsanar las lagunas legislativas, actividad que no es sencillamente cognitiva como se pensaba,

aristotélica y afinada en el curso de la historia del pensamiento (cfr. E. BERTI, *Le ragioni di Aristotele*, Bari, Laterza, 1989, pp. 117 ss. y sobre todo C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Bologna, Patron, 1984). Para el ámbito de la calificación de las relaciones laborales, cfr. más detalladamente L. NOGLER, «Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro», en *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, pp. 200 ss.; M. D'ANTONA, «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro», en *Arg. Dir. Lav.*, 1995, I, pp. 79 ss.; así como por último E. GHERA, «La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano», en Aa. Vv., *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Bari, Cacucci, 2003, p. 64.

⁹⁰ PROIA, G. «Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie», *cit.*, p. 93.

⁹¹ La comprensión del significado del texto «en el momento de la decisión es extraída de la interpretación argumentada dialécticamente en respuesta a la cuestión práctica planteada por el caso particular» (L. MENGONI, «Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida», *cit.*, p. 356). De la lectura del texto de Proia, citado en la nota anterior, se percibe de manera global la sensación de que el autor no tenga en la debida consideración el hecho de que la configuración existencial de la comprensión hace que la comprensión misma sea siempre la que produce el sentido del texto sometido a interpretación (vd. *supra* § 2), de modo que el vínculo de la ley está destinado perennemente a cambiar también en consideración de la regla de la *Wirkungsgeschichte*. No por casualidad a su debilitamiento, por así decir, existencial se intenta hacer frente con el nuevo vínculo del derecho viviente.

sino que contribuye a la formación del derecho»⁹², es decir de las reglas que presiden a la decisión de cada caso.

Pero, sobre todo, también la doctrina italiana, aunque con retraso respecto a otras experiencias, ha descubierto entre tanto plenamente, es decir, en todos los sectores del derecho, los principios constitucionales. Si Norberto Bobbio, en 1950, en su célebre «manifiesto programático» escribía que «todo lo que está antes de la regla (sea el fundamento o el origen) no pertenece a la investigación del jurista» y que la importancia de la teoría normativa consiste en el hecho de haber excluido del objeto de las reflexiones del jurista la «inspiración ético-política»⁹³, en 1992, la perspectiva aparece ya invertida. En efecto, Gustavo Zagrebelsky teoriza que «naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso de su función, se preocupa de su propia aptitud para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios le otorgan a ésta. Las consecuencias prácticas no son pues para nada un aspecto posterior, independiente e ininfluyente en el derecho mismo, sino que son un elemento calificativo de éste»⁹⁴. Y el juez constitucional Mengoni acompaña su nuevo papel con la profundización científica⁹⁵ entorno a la hermenéutica constitucional, caracterizada por el aflojamiento de los vínculos que definen la argumentación jurídica dentro del género del discurso práctico⁹⁶; el balance entre principios concurrentes; el criterio de sensatez; el concepto de derecho viviente y sus implicaciones sobre la justicia constitucional⁹⁷ y otros perfiles de la argumentación constitucional que son ilustrados por Enzo Cheli⁹⁸.

En el marco de esta problemática reaparece con frecuencia ante Mengoni el nudo temático de la relación entre derecho y moral. Sobre el punto, el *starting point* de las reflexiones de Mengoni está representado por el pensamiento del otro gran representante del *Rehabilitation*: Jürgen Habermas, quien, como es sabido, sostiene que la moral ya no se coloca *sobre* sino *en el* derecho positivo, y sin embargo no se anula en él⁹⁹. Pero Habermas busca la elaboración de una moral

⁹² MENGONI, L. *Diritto e tecnica*, cit., p. 93.

⁹³ *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 354.

⁹⁴ ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite*, cit., p. 166. Muy significativo el testimonio del mismo G. ZAGREBELSKY, «Luigi Mengoni, giudice costituzionale», en *Jus*, 2002, p. 109, sobre la importancia formativa de *PS*.

⁹⁵ «Mengoni, mentre giudicava, studiava» (G. ZAGREBELSKY, «Luigi Mengoni, giudice costituzionale», cit., p. 113).

⁹⁶ MENGONI, L. *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 120.

⁹⁷ MENGONI, L. «Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica», en *Digesto IV*, vol. VI, civil (1990), más tarde también en ID., «Ermeneutica e dogmatica giuridica», cit., de donde cito y por lo tanto pp. 141 ss.

⁹⁸ CHELI, E. *L'ermeneutica costituzionale nel pensiero di Luigi Mengoni*, en L. Nogler, A. Nicolussi (ed.), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, Cedam y también en *Nomos*, 2005/1-2, p. 9.

⁹⁹ Così J. HABERMAS, «Recht und Moral» (*Tanner Lectures 1986*), cit., p. 568. La literatura sobre el tema es inmensa, cfr. a tal fin H. GEDDERT, *Recht und Moral. Zum Sinn eines alten Problems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

procedimental de la acción comunicativa (y no productiva), mientras que no entra en las particularidades impresas en el discurso jurídico por los recordados vínculos autoritativos. De este modo, él da voz a críticas, en realidad a menudo exageradas porque se basan en una (sola) presunta posición implícita de traducibilidad inmediata del discurso práctico general en la realidad jurídica. Así Niklas Luhmann, por ejemplo, desarrolla una verdadera parodia de su principio del consenso al que el sociólogo alemán contrapone, finalmente, la necesidad de la búsqueda de una solución convalidada empíricamente¹⁰⁰. Por otra parte, el propio Mengoni ironiza sobre el profético y afortunado inciso de Habermas según el cual «la interpretación de la constitución adopta cada vez más el aspecto de una filosofía del derecho»¹⁰¹.

Sea como fuere, Mengoni teoriza, en cambio, directamente que el núcleo mínimo de principios (valores) susceptibles de fundamentación racional, es decir de conocimiento objetivo (se podría hablar también de derecho natural mínimo)¹⁰², ha sido incorporado «en el derecho positivo, en la forma de los enunciados normativos de la Constitución. E incorporados por la Constitución en la forma de los derechos fundamentales, objetivamente entendidos, no como *reglas*, sino como *principios* elementales del ordenamiento, los principios morales mismos «adquieren naturaleza jurídica y, con ella, un nuevo modo de validez», pero —he aquí el punto— «sin perder su estatus originario»¹⁰³.

¿Por qué defiende Mengoni el «estatuto ontológico y lógico originario» de los principios constitucionales¹⁰⁴? Seguramente no por la armonía —históricamente contingente— «con el pensamiento cristiano del fundamento ético del derecho positivo en las Constituciones

¹⁰⁰ LUHMANN, N. «Quod omnes tangit... Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas», en *RJ*, 12 (1993), pp. 36 ss. En esta perspectiva ha sido, por ejemplo, observado, por parte de T. DROSDECK, *Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 78, que una teoría de la argumentación basada en reglas de racionalidad ideal descuida el lado humano. Se debería en efecto tener en cuenta que el discurso no es pronunciado siempre racionalmente sino con suposiciones, falsedad y afirmaciones estratégicas. Los discursos no son pronunciados siempre con el objetivo de explicitar los presupuestos «normativos» de la discusión sino a menudo para esconder sus propias argumentaciones tras las frases. Es por estos motivos que la teoría consensual de la verdad no sería utilizable en la práctica.

¹⁰¹ *DM*, p. 76, donde afirma que de este modo las partes obtendrán del jurista una respuesta digna de un filósofo y no la decisión del caso.

¹⁰² MENGONI, L. *DM*, p. 76. Sobre este punto es necesaria una aclaración porque Mengoni afirma que el actual ordenamiento jurídico es multicultural (L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 92). Se trata con todo de un multiculturalismo sincrónico y no podría, por otra parte, ser considerada de otra manera su premisa sobre la historicidad de la comprensión de los valores que deben ser buscados y reconocidos en sus objetivaciones históricas. Además, se trata de un multiculturalismo «englobado en una aparente unidad sistemática» (es decir, en un mínimo ético común) y por tanto muy lejano de la connotación contemporánea del término que insiste bastante en la división.

¹⁰³ MENGONI, L. *Diritto e tecnica*, cit., p. 92.

¹⁰⁴ Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118, donde el problema es tratado con mayor amplitud argumentativa.

siguientes a la trágica experiencia de las dos guerras mundiales»; fundamento que radica en el concepto de «dignidad humana», que «es la traducción secularizada de la idea bíblica que el hombre ha sido creado por Dios a su imagen y semejanza»¹⁰⁵. Dignidad humana propia del hombre, no como individuo aislado, sino en cuanto persona «que es un concepto relacional, implica esencialmente una relación con el mundo, o sea con los demás»¹⁰⁶. Premisa que permite evitar la tan temida tiranía del principio de la dignidad humana, incorporado en el artículo 2 Const. y en otras normas de la Constitución republicana de 1947 (por ejemplo, art. 41, apartado 2)¹⁰⁷. En efecto, ella conlleva «la imposibilidad de establecer a priori una abstracta jerarquía de valores constitucionales»¹⁰⁸. Por lo tanto, cuando se juzgan relaciones de derecho privado, no es correcto remover del todo apriorísticamente el derecho fundamental del que es portador el sujeto autor del comportamiento juzgado, es decir poner en equilibrio –vuelve la *prudentia* aris-

¹⁰⁵ MENGONI, L. *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53; A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, en W. Maihofer (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966, p. 466.

¹⁰⁶ Cfr. ahora S. RODOÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Bologna, Feltrinelli, 2006, p. 26, quien reconoce el mérito de Mengoni de haber también presentado a la persona como una estructura de valor, un ser axiológico.

¹⁰⁷ BALDASSARRE, A. s.v. «Diritti sociali», en *EGT*, XI, 1989, p. 10; L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53. Sobre la «rigurosa laicidad en los análisis y en las valoraciones» de Mengoni, cfr. T. TREU, «Ricordo di Luigi Mengoni, giurista del lavoro», en *Jus*, 2002, p. 32.

¹⁰⁸ MENGONI, L. «I principi generali del diritto e la scienza giuridica», en *Dir. lav.*, 1992, I, p. 11. «Como valores constitucionalmente reconocidos y garantizados, los derechos fundamentales están siempre intrínsecamente limitados, también aquellos enunciados en el papel constitucional sin referencia, ni siquiera genérica, a los límites» [L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, en M. Napoli (ed.), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e pensiero, 1998, pp. 3 ss.; y también en *ID.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., p. 64]. Sobre este punto cfr., en la misma línea, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 170 y J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 310. Observo, aun sin poder desarrollar en este contexto este perfil, que la expuesta teoría de los derechos fundamentales intrínsecamente limitados induce a Mengoni a atribuir a la libertad de iniciativa económica un papel no subordinado, sino equi-ordenado respecto a otros derechos fundamentales de tipo económico, como ocurre por otra parte en la *Grundgesetz* (cfr. L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, en *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 48, donde el autor pone en el mismo nivel los derechos fundamentales previstos entre los principios fundamentales y los contemplados en el título III en materia de relaciones económicas). Eso estaba por otra parte implícito, por poner sólo un ejemplo relativo al derecho (económico y no social) a la estabilidad de la ocupación que la jurisprudencia deduce del derecho social al trabajo (art. 4, apartado 1, Const.), en su teoría sobre la naturaleza jurídicamente infungible de las prestaciones del empleador [L. MENGONI, *Intervento*, en S. Mazzamuto (ed.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, Jovene, 1989, pp. 154-155], ya comúnmente acogida por la jurisprudencia [cfr. Cass. 12 de mayo de 2004, n. 9031 (est. Vidiri), en *MGL*, 2005, 444, que no duda a la hora de apoyarse en el art. 41 Const.]. He recordado esta teoría en un reciente congreso florentino suscitando la inmediata reacción crítica de A. PROTO PISANI, «Le ragioni di un distacco», in *Foro it.*, 2006, V, c. pp. 146 ss.

totélica— los derechos fundamentales contrapuestos, ambos propios de sujetos privados¹⁰⁹. En una perspectiva más amplia se plantea, finalmente, con fuerza el problema de la declaración de los deberes fundamentales¹¹⁰ propuesta en la segunda mitad de los años noventa por el *Inter-Action Council* de las Naciones Unidas¹¹¹.

Pero volvamos al estatuto ontológico de los principios constitucionales. El motivo por el que Mengoni defiende el fundamento moral es más profundo. Éste toca la que Zagrebelsky ha definido como la parte «no expresada», pero esencial, de las razones de la decisión¹¹². El impulso a tratar el tema llega a la «conciencia hermenéuticamente educada» de Mengoni de dos grupos de problemas que ponen conjuntamente en crisis el hecho de que el criterio de legitimación del derecho consista exclusivamente en el principio de mayoría¹¹³. Problemas que son generalmente tomados del conocido texto básico de Robert Alexy titulado *Begriff und Geltung des Rechts*¹¹⁴: se trata, por una parte, del problema de la injusticia extrema, intolerable desde cualquier punto de vista ético-racional¹¹⁵ y, por la otra, de la más frecuente hipótesis de la laguna regulativa que requiere el recurso a criterios extrasistemáticos de decisión entre los que destacan los principios morales¹¹⁶, porque

¹⁰⁹ WINDEL, P. A. *Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts*, cit., p. 386.

¹¹⁰ El punto es —afirma críticamente Mengoni en la entrevista a Pietro Ichino— que los derechos naturales «son valores que nacen y se definen en la esfera moral independientemente de un deber complementario. Como tales imponen una pretensión de absolutidad, de realización incondicionada, potencialmente disgregadora del orden positivo» (la «paradoja de los derechos naturales o innatos del individuo, que se definen independientemente del concepto de deber»). Por esta razón, el paso de contenido de los principios morales reconocidos e institucionalizados en la ley fundamental a las reglas de colisión tiene que ser «controlado normativamente por el principio de sensatez, cuya función primaria es impedir la infiltración en el ordenamiento positivo de fundamentalismos de cualquier especie, morales, políticos o económicos» (L. MENGONI, *Intervento*, en *le ragioni del diritto*, cit., pp. 46-47. Sobre el criterio de sensatez cfr. por último A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffré, 2002). Es el concepto de *reasonable* que ha permitido, por ejemplo, al Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconocer la legitimidad de la legislación social desvinculándose de la dictadura de la libertad contractual.

¹¹¹ Se propone, más precisamente, la adopción de una «declaración universal de las responsabilidades del hombre» compuesta por diecinueve artículos. Las primeras normas de la declaración obligan a cualquier persona a tratar a sus semejantes de manera «humana», a preocuparse por el respeto de su dignidad y a asumir sus propias responsabilidades respecto a ellos. Una norma específica está, por tanto, dedicada al deber social vinculado al derecho de propiedad.

¹¹² ZAGREBELSKY, G. *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, cit., p. 119.

¹¹³ Sobre la renacida exigencia de una legitimación metalegislativa del orden jurídico, cfr. L. MENGONI, *AM*, p. 97; *ID.*, *Dogmatica*, p. 40.

¹¹⁴ Freiburg im Breisgau-München, Karl Albert, 1992 trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997; trad. esp. *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004.

¹¹⁵ *DM*, p. 75.

¹¹⁶ MENGONI, L. *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157.

generalmente son el fruto de una consideración más exhaustiva y global de los puntos de vista concretamente en juego. De todas maneras, sobre este último punto se subraya cada vez más frecuentemente que las prescripciones constitucionales sobre los derechos fundamentales, si son entendidas –como parece casi siempre correcto– como «principios», hacen por definición posibles más elecciones regulativas sin indicar, sin embargo, un criterio de preferencia o atemperación respecto a los derechos fundamentales de las otras partes implicadas en la relación jurídica¹¹⁷. Se abre así, para citar una vez más directamente las palabras de Mengoni, «un espacio de acción en el cual» quién decide «tiene que elegir entre más soluciones sin ser ulteriormente determinado por normas jurídicas, reglas metódicas y enunciados deducibles de sistemas jurídicos»¹¹⁸. De aquí la importancia de reconocer para los principios constitucionales también la naturaleza de normas morales, de modo que la búsqueda de la regla decisoria del caso –que, «si no necesariamente de naturaleza moral», es de todos modos siempre «moralmente relevante»¹¹⁹– pueda producirse según las reglas discursivas generales. Como se ve, plantear la naturaleza (también) moral de los principios constitucionales no significa hacer aplicable un presunto derecho natural externo al ámbito normativo de la Constitución. Este dualismo ya ha sido definitivamente superado a favor de la *potestas* históricamente afirmada del Estado. Pero el principio de mayoría no es suficiente para legitimar todas las elecciones normativas y, por tanto, es indispensable reconducir estas últimas a la fuerza moral de los valores, de los que sin embargo, como veremos a continuación, no se saca directamente ningún contenido concreto.

Analizado el porqué de la asignación de la doble naturaleza –moral y jurídica– a los principios constitucionales, quedan por considerar el fundamento y las modalidades con las que se desarrolla esta premisa. El primer interrogante conduce directamente al dato «no expresado» del fundamento último del derecho. Y Mengoni sin titubeos contesta a esta pregunta que «la fuente última del derecho no es la colectividad, sino la personalidad espiritual del hombre, su dignidad humana y su libertad»¹²⁰.

¹¹⁷ KOCH, H. J. «Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus: Das Prinzipienargument – Eine methodische Widerlegung des Rechtspositivismus?», en R. ALEXU, H. J. KOCH, L. KUHLEN, H. RÜSSMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 438-439.

¹¹⁸ MENGONI, L. *Introduzione*, cit., p. VIII.

¹¹⁹ MENGONI, L. *Introduzione*, cit., *ibidem*.

¹²⁰ MENGONI, L. «L'enciclica "Laborem exercens" e la cultura industriale», en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, pp. 595 ss. y luego también en *ID.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., de donde cito y por lo tanto p. 50, retoma el inciso de A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, cit., p. 464. A quien relaciona el derecho sólo con la voluntad de potencia (N. IRTI, «Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano», en N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, La Terza, 2001, p. 106), esta orientación contesta aun hoy con la célebre frase de Kaufmann: «der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter

Personalidad espiritual, dignidad humana, libertad, persona son valores referidos al hombre y Mengoni¹²¹ concuerda con la tesis de Max Scheler según la cual este último es *Wertträger* (portador del valor) y no *Wertsetzer* (constitutivo del valor): «die Werte sind nicht von Zwecken abhängig oder von Zwecken abstrahiert, sondern liegen bereits den Strebenzielen, erst recht also den Zwecken zugrunde»¹²². A esta premisa, a la que hacemos aquí una breve referencia, se acompaña luego el ulterior corolario según el cual hay que distinguir entre valores y fines (u objetivos), entendiendo los primeros como condición de posibilidad de los segundos¹²³. Mientras estos últimos dependen de los deseos subjetivos, y como tales no pueden, a diferencia de lo que creía Kant¹²⁴, fundar una ética material, los valores, al tratarse de objetos o, como dirá mejor Hartmann, de «entidades dotadas de un ser ideal» (*ideales Sein*), que no existen en el mundo de la facticidad en el sentido de que no pueden encontrar en la experiencia ninguna correspondencia cierta¹²⁵, son capaces de garantizar la universalidad y, por lo tanto, la autonomía del discurso ético. Ya Habermas había notado que el Tribunal Constitucional alemán entiende la *Grundge-*

dem Recht» (E. KAUFMANN, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927, p. 20).

¹²¹ L. MENGONI, *DM*, p. 73.

¹²² M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2000, Bonn, Bouvier, 7.^a ed., editado por M. S. Frings, 2000 (trad. esp. *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*, Madrid, Caparrós, 2000), respectivamente, p. 506 (trad. it., p. 629) y p. 61. En el mismo sentido N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 19. Como es sabido, es mérito de Gadamer y de Popper haber demostrado que la tesis contraria, sostenida por el historicismo, deshistoriciza el proceso interpretativo y sólo por eso extrema la conciencia histórica.

¹²³ N. HARTMANN, «Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart», en *Actes du huitième Congr. De Philos. à Prague*, 1936 y después en *Id.*, *Kleinere Schriften*, III, Berlin, Walter de Gruyter, 1958, p. 327; premisa hecha suya por L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1195.

¹²⁴ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1192: la razón subjetiva «es una instancia que, al resolverse en un subjetivismo práctico, es socialmente incontrolable»; para la crítica de la referencia a Kant, cfr. también E. BERTI, *VR*, p. 67.

¹²⁵ Premisa a la que Mengoni sin duda adhiere en L. MENGONI, «Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina», en *Jus*, 1985, pp. 475 ss., luego con el título de *Interpretazione e nuova dogmatica*, en *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., de donde cito (en adelante con la sigla *ID*) y por lo tanto p. 76, donde habla de *postulado* de la objetividad de los valores que, si es negado, obliga a hipostasiar la conciencia común, es decir, a hacer hincapié en el criterio del consentimiento de la mayoría. Sobre este punto cfr. M. GRANDI, «Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni», en *Arg. dir. lav.*, 2006, pp. 700-701, quien pone de manifiesto la diferencia respecto a la posición post-metafísica de Habermas que remueve sustancialmente el problema del ser de los valores (de ahí la severa crítica de F. Volpi, *AK*, p. 147); cfr., por último, para una posición análoga a la de Mengoni, H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5.^a ed., Berlin-New York, De Gruyter, 1993, pp. 240 ss.

setz como «konkrete Wertordnung», en el sentido por lo tanto de la ética material de los valores de Scheler y Hartmann¹²⁶.

Eso no significa, sin embargo, para Mengoni que los valores sean *absconditi*, es decir algo *ganz Anderes* como afirman los teólogos dialécticos más intransigentes. Sobre este punto Mengoni comparte (con algunos distingos sobre los que volveré en breve) la tesis de Piovani —que tuvo «la suerte de frecuentar»¹²⁷ en el período triestino—, según el cual la concepción moderna del individuo, el reconocimiento de su autonomía en las determinaciones morales, el hecho de que tenga que ser considerado siempre como un fin y nunca como un medio, había liberado definitivamente la validez de los valores del orden iusnaturalista preestablecido y de la moral que une naturalmente» a los hombres en la universalidad¹²⁸. Desde entonces, la validez de los criterios valoriales ya no se puede plantear con una concepción trascendental que los configura como ideas supraordenadas con respecto al mundo histórico y capaces *in re ipsa* de vincular a sí mismas las conciencias, sino que se debe colocar en la historia. Por lo tanto, desde que la pluralidad se ha convertido en rasgo esencial de las civilizaciones modernas, se ha aclarado que «el ser natural de los derechos naturales modernos es ser en la historia»¹²⁹, con lo cual resulta hoy día insostenible «un regreso a las posiciones del viejo derecho natural¹³⁰ que asignaba el estatuto de los valores a la filosofía teórica.

Dejada de lado esta vía, el esfuerzo constructivo de Mengoni produce lo que se puede considerar su contribución más «original»¹³¹, ya no (sólo) a la ciencia jurídica, sino al debate filosófico más amplio del que ha tomado el punto de partida mi intento de introducir los escritos

¹²⁶ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 309-310. El acento cae sobre el adjetivo «concreto» porque el orden de los valores está ya pacíficamente considerado como impracticable, cfr. L. MENGONI, «L'argomentazione orientata alle conseguenze», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 1 ss. y después en *ID.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., de donde cito y por lo tanto p. 110.

¹²⁷ L. MENGONI, «Intervento», en *Le ragioni del diritto*, cit., p. 43.

¹²⁸ L. MENGONI, «L'argomentazione nel diritto costituzionale», en *ID.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 118, n. 9.

¹²⁹ P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 85 y 95-96. Sobre este punto, vid. L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53, así como N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 345.

¹³⁰ Los valores del derecho natural pertenecían al mundo metafísico; eran valores no sólo metajurídicos, sino también metahistóricos, organizados en un sistema deductivo basado en un principio sobresensible supremo, Dios en la escolástica medieval, la razón del derecho natural profano de los siglos XVII y XVIII [todos los pasajes citados en los textos están en *AM*, p. 98, donde se sigue afirmando que «ya que en la sociedad pluralista, calificada por el conflicto entre grupos organizados portadores de ideologías opuestas, el consenso fundamental es el resultado de un compromiso, los valores reconocidos por la constitución forman un conjunto no homogéneo, recorrido por frecuentes antinomias culminantes en la tensión constante entre el principio (o valor) del Estado de derecho y el principio del Estado social»].

¹³¹ Cfr. M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, cit., pp. 703 ss.

metodológicos de Mengoni. Si el prefijo re- que se antepone a la habilitación de la filosofía práctica se traduce generalmente en neo-aristotelismo y en post-kantismo, la orientación mengoniana podría sintetizarse como neo-leibniziana. Esta se articula en los pasos que vamos a ilustrar a continuación.

Incluso sin ser indulgente con el historicismo «que erige la historia en fuente constitutiva de los valores, hace falta», según Mengoni, al contrario, «reconocer la historicidad de nuestro modo de conocerlos y valorarlos, y por tanto la relatividad respecto al contexto social, económico y político de sus modos de concretarse en el tiempo»¹³². Esta eficaz síntesis evoca la *Wertlehre* de Hartmann, según la cual la validez (*Geltung*), pero no el inescrutable ser de los valores, depende de los *Werträger* y, por tanto, es necesariamente relativa. Ella da lugar a un *Wandel der Werte* que entraña el peligro de que un único valor se transforme en tirano de la persona¹³³. Pero lo que cuenta es que la distinción propuesta reposiciona, adscribiéndolo al problema superior del ser, el momento en que hace falta darse cuenta del «sacrificio del intelecto» (*Opfer des Intellekts*)¹³⁴. En el nivel inferior de la validez del valor o, como prefiere decir Mengoni siempre siguiendo a Hartmann, de las «ideas de valor»¹³⁵ que se forman en el espíritu humano (piénsese en el enorme debate en curso alrededor de la idea de la dignidad humana sometida a continuas afinaciones y reformulaciones), el hombre es capaz de conocer y, por lo tanto, de fundar racionalmente, aunque sólo indirectamente, una *Verbindung* con los valores que están en la base de las ideas mismas¹³⁶.

Eso ocurre porque el conocimiento, en todo caso sólo indirecto, de los valores tiene lugar, no como mera intuición como pensaban Scheler y Hartmann, sino, por el contrario, porque se cree que los valores pueden ser detectados «buscándolos y reconociéndolos en sus objetivaciones históricas»¹³⁷, es decir, en el *ethos* en que la persona humana actúa. A tal fin Mengoni, afirmando previamente que el jurista no tiene que expresar juicios de deber ser sino juicios de hecho del tipo: «cuál de las posibles soluciones del caso sobre el que hay que deci-

¹³² Así, por último, L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori «atipici»?», cit.*, p. 321.

¹³³ Cfr. la síntesis de N. HARTMANN, *Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart, cit., passim*.

¹³⁴ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, Duncker & Humblot, 1919, ahora en *ID., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 7.^a ed., 1988, p. 611, trad. it., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1948, p. 40, trad. esp. en *M. Weber, El político y el Científico*, México, Colofón, 2001.

¹³⁵ L. MENGONI, *ID.*, p. 78; ideas que «se distinguen de los valores como la copia (siempre imperfecta) se distingue del arquetipo».

¹³⁶ Mengoni dio así poderosa voz a la exigencia de evitar la exacerbación –la *Trennung*– que quiebra la posibilidad humana de conocer los valores separando su ser de la validez, los hechos de los valores y los medios de los fines.

¹³⁷ L. MENGONI, *Diritto e tecnica, cit.*, pp. 90-91.

dir (...) se aproxima más a la justicia»¹³⁸, se inspira, como anticipábamos, en Leibniz y más concretamente en su conocimiento de lo verosímil. Sin embargo, nótese que no se trata del conocimiento empírico propio de los juicios de probabilidad inductiva, que tienen que ver con la configuración variable del *objeto*. Aquí, en efecto, se discute sobre una probabilidad que mana de la incapacidad del *sujeto* para captar la verdad del valor. A pesar de eso, a diferencia de otros exponentes de la rehabilitación de la filosofía práctica, quienes opinan, remontándose a Aristóteles, que la verosimilitud es incompatible con un conocimiento objetivo¹³⁹, Leibniz creyó que ésta puede ser demostrada con argumentos «sacados de las cosas a través del razonamiento»¹⁴⁰. Por lo tanto, argumenta Mengoni, «como objetividades ideales, los valores son susceptibles de un conocimiento mediado por las ideas de valor que se forman» en los espíritus humanos que pueblan la sociedad civil, «seleccionadas mediante una comparación llevada a cabo dialécticamente en estrecha adherencia a las circunstancias del caso en cuestión: un conocimiento analógico, que necesita la ayuda de la experiencia, pero sin que eso lo reduzca a mero conocimiento empírico»¹⁴¹.

Este tipo de verdad, provisional porque está siempre expuesta a la posibilidad de falsificación¹⁴², comparte con el hombre «el destino de la vida de poder morir»¹⁴³. Pero, con ella, estando «objetivamente garantizada por la intersubjetividad, debemos, como juristas, conformarnos»¹⁴⁴. Además esta posibilidad, de una verdad (no necesaria, pero al menos) *beyond a reasonable doubt*, es suficiente para garantizar al menos «una fundamentación última de orden moral»¹⁴⁵ a la adopción de las reglas de conducta por parte del individuo. Un

¹³⁸ L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, cit., p. 20; *ID*, p. 80, n. 30.

¹³⁹ Cfr. H. KUHN, «Aristoteles und die Methode der politischen Wissenschaft», en M. RIEDEL (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972, I, pp. 261 ss., en polémica con W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie*, Nuewied am Rhein-Berlin, Lutcherhand, 1963.

¹⁴⁰ G. W. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, Torino, Utet, 2000, p. 445 (trad. esp. *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*, Madrid, Nacional, 1977) cit. por L. MENGONI, *ID*, p. 79. Sobre la posibilidad de teorizar, y por lo tanto racionalizar, la argumentación en el contexto de la acción orientada a entender, el punto de referencia de Mengoni es sin duda J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Baden-Baden, Suhrkamp, 4.ª ed., 1988, p. 48 (trad. esp. *Teoría de la acción comunicativa*, I, Madrid, Taurus ediciones, 1987).

¹⁴¹ *ID*, p. 80.

¹⁴² *AM*, pp. 88 ss.

¹⁴³ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, cit., p. 77.

¹⁴⁴ *DM*, p. 77. Quien juzga sobre la base de premisas científicas (N. IRTI, *Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano*, cit., p. 107) o teológicas (F. VOLPI, *AK*, p. 145) no puede no valorar la tesis mengoniana como arbitraria o subjetiva. Quien comparte la premisa de Mengoni tiene que convivir con la limitación de las conclusiones, una situación bien representada por V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, cit., p. 298.

¹⁴⁵ L. MENGONI, «Intervento», en *Le ragioni del diritto*, cit., p. 46.

recorrido argumentativo, basado en el cognitivismo moderado, que Mengoni declaró, en un segundo momento, coincidir con las reflexiones de Capograssi.

Se reconduce así el discurso, como dijimos, a la teoría general de la acción práctica (vid. *supra* § 3), es decir, a las ideas sobre los valores que unen en una concordia de fondo, al menos alrededor de un núcleo mínimo de principios morales, los componentes del *ethos*¹⁴⁶. Y esta armonía remite a la música. Alessandro Giuliani consideraba que las interferencias entre música y derecho eran «evidenciadas por la misma etimología: en el período arcaico el término *nomos* indicaba», en efecto, «una peculiar forma de canto, y la memoria de las leyes era facilitada por el canto»¹⁴⁷. El hermano Flavio, en un su sentido recuerdo¹⁴⁸, recuerda una carta en la que Mengoni justificó el abandono del piano con la consideración de que «había entendido que comunicaba detalles, mientras que la música tiene que crear la emoción». Quizás justamente en esta confesión hallamos la razón más íntima de la inspiración metodológica de Luigi Mengoni, la cual produjo partituras que seguirán transmitiéndonos emociones profundas durante mucho tiempo.

Recepción: 13/9/2007. Aceptación: 10/12/2008.

¹⁴⁶ L. MENGONI, *DM*, p. 76, quien sigue afirmando que se podría hablar también de «derecho natural mínimo»; ídem, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118. Sobre la recuperación del concepto aristotélico de *ethos*, cfr. J. RITTER, *Metaphysic und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, trad. it., *Metafisica e politica*, Genova, Marietti, 1983.

¹⁴⁷ A. GIULIANI, «Osservazioni introduttive», en *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, I, *Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, ESI, 1988, p. 12.

¹⁴⁸ En L. NOGLER, A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, cit.

Rorty y la solidaridad

Por JAVIER TRUCHERO CUEVAS
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Richard Rorty, recientemente fallecido, elaboró una controvertida e influyente teoría de la verdad, lo que le llevó a proponer una actitud que denominó irónica. Desde esa ironía trató de reformular el liberalismo clásico para adaptarlo a las necesidades, contingentes, históricas, de nuestro tiempo. La idea de solidaridad es el eje central de la utopía liberal que Rorty propone. En el presente artículo se expone y analiza la concepción de la solidaridad de este pensador norteamericano. En primer lugar y a modo de contextualización, se repasan de manera breve los aspectos más significativos de la idea de solidaridad desarrollados por autores previos y que influyen en la formulación de Rorty. En un segundo bloque el artículo resume los aspectos fundamentales del pensamiento filosófico del autor, como paso previo para exponer su concepción de la solidaridad. Por último se analizan las críticas más importantes a la idea de solidaridad de Rorty y algunas de sus respuestas.

Palabras clave: *solidaridad, Rorty, verdad, pragmatismo, liberalismo*

ABSTRACT

Richard Rorty, who died recently, formulated a controversial and influential theory of truth that lead him to propose an attitude he described as ironic. From irony he attempted to reformulate classical liberalism to meet contingent, historical, needs of our time. The idea of solidarity is the central axis of the liberal utopia Rorty proposes. In this article I spell out and analyze

such conception of solidarity. First of all, as a general context, I examine briefly the most significant aspects of the idea of solidarity thought up by previous authors, which influenced Rorty. In a second stage the article sums up the fundamental elements of the philosophical thought of the author, as a previous step to the explanation of his conception of solidarity. Finally I analyze some of the main critics, and some of the answers, regarding Rorty's idea of solidarity.

Key words: *solidarity, Rorty, truth, pragmatism, liberalism.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA IDEA DE SOLIDARIDAD EN CONTEXTO.-3. VERDAD PRAGMÁTICA E IRONÍA.-4. UNA UTOPIA LIBERAL.-5. SOLIDARIDAD.-6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN¹

La solidaridad se ha convertido en una idea clave de nuestro acervo moral y hoy en día aglutina un amplísimo consenso social como actitud ante los más importantes retos de nuestro tiempo. Prueba de su aceptación es que «solidaridad» es un término de «alta frecuencia», como lo describe Gustavo Bueno en su *Trituración del concepto de solidaridad* (Bueno, 2004). Un término que goza de una presencia muy significativa en los medios de comunicación y el debate político en la mayoría de las sociedades actuales, especialmente en Europa. En un mundo cada vez más globalizado y más desigual, el discurso de la solidaridad está omnipresente.

Sin embargo, el éxito ha propiciado el abuso. La solidaridad se aplica a asuntos tan dispares como la inmigración, la globalización, la multiculturalidad, el Estado de bienestar o la pobreza. Sirve tanto de elemento retórico como de arma arrojada en el debate público y permite justificar posiciones muy distintas sobre un mismo tema. El resultado es que la idea de solidaridad, a medida que trata de explicar experiencias sociales distintas y complejas, se va haciendo más oscura. Como previene Steinar Stjernø en su formidable estudio de la historia de la idea, la solidaridad se utiliza demasiadas veces como un «concepto nebuloso para nada definido» (Stjernø, 2005:2)².

¹ Agradezco en especial al Prof. Liborio Hierro su ayuda, comentarios y sugerencias para la elaboración de este artículo.

² Original en inglés: «Nebulous concept that is not defined at all». Cuando no se indique otra cosa, la traducción al español de originales en otras lenguas es mía.

En este contexto la propuesta de Richard Rorty adquiere especial interés. Pocos autores contemporáneos se han adentrado tanto en la idea de solidaridad y le han conferido tanta importancia en su propuesta teórica. Lejos de la panacea moral, como han pretendido de la solidaridad otros autores³, Rorty plantea una controvertida solidaridad de mínimos. Aún sin estar de acuerdo, la acotada propuesta del autor norteamericano tiene la virtud, creo, de clarificar el debate conceptual y puede servir como punto de partida para una elaboración significativa y modulada de la idea de solidaridad.

Richard Rorty nació en Nueva York en 1931 y el año pasado, junio de 2007, lamentamos su fallecimiento víctima de un cáncer. La misma enfermedad que acabó con la vida de Derrida, como él mismo anunció⁴. Precisamente Manuel Cruz afirmaba con motivo de su fallecimiento: «Richard Rorty, junto con Jacques Derrida, Jürgen Habermas y Gianni Vattimo han constituido –más allá, como es obvio, de las enormes diferencias entre sus propuestas– los cuatro puntales básicos del pensamiento filosófico en el último cuarto del siglo xx»⁵. Son muchos los que no dudan en afirmar que Richard Rorty ha sido el filósofo norteamericano más importante de los últimos tiempos⁶.

Aunque, no sin cierta ironía, uno de los objetivos de Rorty fue precisamente combatir cierta concepción de la filosofía, hasta el punto de que uno de sus seguidores como Vásquez Rocca afirma que: «Su contribución fundamental consiste en haber argumentado con claridad contra la idea de que la filosofía pueda imponerse como perspectiva privilegiada del saber» (Vásquez, 2005:33). Como alternativa, nuestro autor propone la literatura o la «crítica literaria» para enriquecer la moral. No en vano en 1983 abandonó la enseñanza de la filosofía para dar clases de literatura comparada. Este planteamiento general, enmarcado en la teoría «conversacional» de la verdad que Rorty sostiene, ha cristalizado en una influyente concepción de la solidaridad, pero también ha dado lugar a multitud de críticas⁷.

³ León Duguit (1859-1928), por ejemplo, consideró la solidaridad como un hecho social, un principio de legitimidad del poder y una regla de conducta moral (véase al respecto el estudio de Martín ROGOFF (2001). Actualmente, Jesús González Amuchástegui ha pensado la solidaridad como un principio de legitimidad de las instituciones públicas y como un deber moral de asumir como propio el interés de un tercero (GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, 1991:123-135).

⁴ Lo cuenta Jürgen Habermas en el obituario de Rorty que escribió para el diario alemán *Süddeutsche Zeitung* y que se publicó el 11 de junio del 2007.

⁵ MANUEL CRUZ, «Richard Rorty, el filósofo de la ironía», *El País*, 11 de junio de 2007.

⁶ Por ejemplo E. MENDIETA en *Cuidar la libertad*, Trotta, Madrid, 2005 o A. VÁSQUEZ ROCCA en «R. Rorty: Pragmatismo, Ironismo liberal y solidaridad», publicado en la *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 8, 2005.

⁷ Un excelente resumen de las críticas a Richard Rorty puede verse en el artículo sobre este autor escrito por Bjørn Ramberg, para la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2004, disponible en <http://plato.stanford.edu/>.

Contingencia, Ironía y Solidaridad, publicado en 1989, contiene la exposición más clara de la «utopía liberal» de Rorty y de su noción de solidaridad⁸. En esta obra me centraré en esta presentación. Como veremos, a pesar de la vaguedad del término «solidaridad» y su amplitud de usos, la aproximación «pragmática» de Rorty tiene elementos originales y propone conclusiones provocadoras.

2. LA IDEA DE SOLIDARIDAD EN CONTEXTO

Al igual que para otros autores previos que se ocuparon de la idea de solidaridad, una de las preocupaciones de Rorty es la compatibilidad del individualismo, de la libertad privada, con la vida en sociedad. En este sentido, aunque la solidaridad en Rorty es en muchos aspectos novedosa, recoge elementos ya presentes en teorías fraguadas en la Europa del siglo XIX.

El concepto de solidaridad se venía usando en el derecho desde tiempo de los romanos⁹, pero no será hasta después de la Revolución Francesa cuando aparezca en la filosofía y la teoría política. El Código Civil napoleónico de 1804 codificó las obligaciones solidarias y permitió popularizar el concepto entre los intelectuales del momento¹⁰, ávidos de nuevas ideas para hacer frente a los rápidos cambios sociales y la inestabilidad política. En efecto, la secularización de Europa y los cambios en las relaciones laborales a causa de la transformación económica requerían una nueva justificación de la unión social y del poder soberano (Frankenberg, 1996:1370). Por ello, autores utópicos o pre-socialistas primero y positivistas después centraron sus preocupaciones y sus obras en la cuestión de la desintegración social y la relación entre el individuo y la comunidad.

⁸ Todas las citas se refieren a la edición en español: *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991. (Original: *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.)

⁹ Javier de Lucas señala como antecedente del concepto de solidaridad la fórmula «*in solidum esse*», que aparece repetidas veces en el *Digesto* para referirse a la indivisibilidad de uso (DE LUCAS, 1993:15). Igualmente, Imanol Zubero sostiene que la etimología de solidaridad «hunde sus raíces en la tradición jurídica del derecho romano» (ZUBERO, 2003:464). En efecto, las primeras referencias a la solidaridad se dan en el ámbito jurídico y se remontan a la época clásica del derecho romano como tipo de acción para casos con pluralidad de sujetos. Por ejemplo la *actio singuli in solidum* podía ser usada por cada acreedor contra cada deudor por el total de la prestación única (GONZÁLEZ, 1979:58). El *Digesto* de Justiniano recogerá esta acción con varias formulaciones, por ejemplo en D. 45, 2, 2 como *actio ex stipulatione* o en D. 21, 2, 52, 4 como fórmula de evicción.

¹⁰ PIERRE LERROUX, quien se atribuye en *La Grève de Samarez* (1865) la paternidad del concepto filosófico de solidaridad, reconoce la fuente jurídica: «yo he sido el primero en tomar de los legistas el término de solidaridad para introducirlo en la filosofía» [LERROUX (1865), citado en BUENO, 2004 y STJERNØ 2005:28].

Aunque el liberalismo dominaba el pensamiento político y filosófico de la época, muchos pensadores eran conscientes de las limitaciones de la idea de contrato como único vínculo social¹¹. Y en ese contexto, la solidaridad ofrecía un contrapeso o, en algunos casos, una explicación alternativa al excesivo énfasis en el individuo del liberalismo ilustrado¹².

Con estos antecedentes no extraña que la dimensión política de la idea de solidaridad parta habitualmente de la crítica al liberalismo individualista y trate de completar o matizar su preconcepción auto-interesada de la persona y su explicación meramente contractual de la unión social. Así, se puede sostener con Victoria Camps que la solidaridad es un contrapunto al «prejuicio egoísta» (Camps, 1990:38). Esta nota característica también está presente en la propuesta de Rorty. El papel de la solidaridad en su teoría, como veremos, funciona como contrapunto al paradigma del individuo liberal y ofrece una guía para la vida en común.

Además de su particular relación con el liberalismo, durante este periodo inicial también se definen otros aspectos de la solidaridad. Entre estos primeros «científicos sociales» sin duda el más importante e influyente fue Emile Durkheim (1858-1917). No sólo será el autor francés uno de los primeros en incorporar el concepto de solidaridad a las ciencias sociales sino que identificará ya desde ese primer momento sus principales atributos. De hecho, la mayoría de las concepciones posteriores, incluida la de Rorty, parten de su formulación.

En *La división del trabajo social* (1893), uno de sus trabajos más importantes, pretende responder con la solidaridad a la que para él es la cuestión fundamental: ¿qué mantiene a la sociedad unida? En otras palabras, ¿cómo lograr la paz social y la cohesión en las nuevas sociedades liberales y plurales? Así, ya desde sus albores, la solidaridad se incardina en las ciencias sociales como hecho social que explica la estructura de la sociedad (Zúñiga, 2001:XXII).

Pero la solidaridad para Durkheim no sólo tiene valor descriptivo, sino que también es un fenómeno enteramente moral (Durkheim [1893], 2001:784). Funciona como principio de cohesión que transforma a un grupo de individuos en sociedad: «Puede decirse que es moral todo lo que constituye fuente de solidaridad, todo lo que fuerza al hombre a contar con otro, a regular sus movimientos con arreglo a

¹¹ Las teorías morales de importantes teóricos liberales así lo reflejan. Como ejemplo ALICIA VILLAR cita la «simpatía» de la que habla Spinoza o la idea de benevolencia en Kant (VILLAR, 2004:124).

¹² Varios autores de los denominados socialistas utópicos adoptaron la solidaridad como idea central de sus «utopías». Además del citado PIERRE LEROUX, en *La Grève de Samarez* (1865) o en *De l'Humanité* (1840), también CHARLES FOURIER (1772-1837) sobre todo en su *Teoría de la unidad universal* (1822). Entre los positivistas es obligado referirse a Emile Durkheim (1858-1917) el más importante teórico de la solidaridad, comentado posteriormente, y a Auguste Comte (1798-1857), antecesor de Durkheim en muchos aspectos y cuya influencia llegará hasta Rorty.

algo más que los impulsos de su egoísmo, y la moralidad es tanto más sólida cuanto más numerosos son sus lazos y más fuertes» (*Ibidem*, p. 468). Durkheim reconduce así su pregunta sobre qué mantiene a la sociedad unida a la más concreta de qué produce solidaridad.

Sobre este aspecto, Javier de Lucas ha señalado que para Durkheim la solidaridad es un principio de cohesión social que está en la base de la moral y del derecho y no se puede desligar el aspecto puramente descriptivo de los requerimientos que suponen esos otros ámbitos (De Lucas, 1993:39-43). La implicación normativa de la solidaridad, su insistencia en que requiere cumplir con ciertas obligaciones sociales basadas en valores y normas particulares, es una de las grandes aportaciones de Durkheim a la noción actual de solidaridad (Hechter, 2001:14590).

El fundamento de la solidaridad también aparece tratado en la obra de Durkheim e influirá mucho en autores posteriores como el propio Rorty. Para Durkheim la solidaridad depende de la naturaleza del grupo cuya unidad asegura y por tanto varía en función de los distintos tipos de sociedad. En este sentido, Durkheim establece la ya clásica distinción entre solidaridad mecánica y solidaridad orgánica.

La solidaridad mecánica es fruto de las semejanzas, de los elementos comunes a todos los miembros de la sociedad. Según Durkheim, los seres humanos tienen dos conciencias, una colectiva y otra personal: «El conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad, constituye un sistema determinado que tiene su vida propia, se le puede llamar *la conciencia colectiva común*» (Durkheim [1893] 2001:94). Esta forma de solidaridad, en consecuencia, es dependiente de las semejanzas sociales y por tanto propias de cada sociedad.

La solidaridad orgánica por su parte es la que se establece entre individuos especializados y que, por tanto, dependen unos de otros para la satisfacción de todas sus necesidades. Una sociedad entre individuos desiguales pero interdependientes, que se reparten las funciones sociales a través de la división del trabajo.

Paradójicamente, aunque Durkheim privilegia la solidaridad orgánica como más adecuada para la sociedad liberal de su tiempo, Rorty se inspira sobre todo en la solidaridad mecánica. Su explicación de la solidaridad descansa en el reconocimiento de la semejanza y en sentimiento de compasión compartido. Sin duda, para Rorty es mucho más persuasivo ese modelo de unidad que el de la interdependencia funcional u orgánico.

Hay que tener en cuenta que el sujeto de la solidaridad que manejan ambos autores es distinto. Mientras que Durkheim considera la solidaridad un «hecho social», para Rorty es un atributo de los individuos, aunque se desarrolla dentro de un grupo. Ello no impide que la solidaridad basada en la semejanza, como ya avisó Durkheim, sea particular a un grupo o sociedad, lo que introduce el problema de la

«inclusividad»: quién está incluido y quién excluido en un determinado concepto de solidaridad (Stjernø, 2005:17).

En efecto, aunque Richard Rorty recoge buena parte de las notas características de la solidaridad que ya estableció Durkheim, el elemento particularista o restringido se apoya mejor en propuestas posteriores. En concreto cabe referirse a la llamada sociología del conflicto, que explica la cohesión social a partir de los elementos comunes que se hacen relevantes y la distinción con otros grupos (Giddens, 2001:45). La teoría social de la Alemania de principios del siglo XX, en el contexto de la «cuestión social», también incorporó la idea de solidaridad, aunque con notas distintas, por influencia tanto de Karl Marx (1818-1883) como, después, de Max Weber (1864-1920). Esos dos autores muy escasamente mencionaron la idea de solidaridad en sus trabajos, pero su influencia es importante para comprender los derroteros que toma la evolución del concepto.

La comprensión socialista de la solidaridad es estrictamente pragmática y política. La solidaridad es instrumental en la revolución de la clase obrera contra la burguesía y el capitalismo, lo que supone una versión «estrecha» de solidaridad, limitada a un grupo que comparte un interés u objetivo común. Es, además, excluyente, pues se define por oposición a otros grupos (Stjernø, 2005:37-8)¹³.

Esta nota de la solidaridad se aprecia mejor en la elaboración de Weber sobre la «conciencia de clase» que requiere, para desarrollarse, un grupo de personas en la misma situación, interacción entre los miembros de ese grupo, fines comunes colectivos fácilmente identificables y la identificación de un grupo de oposición (Giddens, 2001:40)¹⁴. En este contexto, la idea de solidaridad se usa con un sentido restringido, vinculado a la noción de grupo, que es particularista y excluyente. Una solidaridad que se funda en las ideas de reciprocidad y pertenencia. Como señala Stjernø, la solidaridad para Weber aunque tiene un sentido «fuerte» contiene también una tendencia fragmentadora para la sociedad (Stjernø, 2005:38).

Las similitudes entre la formulación de solidaridad de Rorty y estas concepciones restringidas son innegables. Para Rorty la solidaridad es un sentimiento de compasión con aquellos que son «como nosotros», donde «nosotros» tiene un sentido propio y no equivale a «toda la humanidad», sino que depende de semejanzas y diferencias. Es decir, necesariamente implica un «ellos». La noción de solidaridad de Rorty,

¹³ Para un revisión contemporánea de la concepción socialista de solidaridad véase por ejemplo el artículo de Lawrence WILDE, «A “Radical Humanist” Approach to the Concept of Solidarity», *Political Studies*, vol. 52, 2004, pp. 162-178.

¹⁴ La solidaridad así entendida tiene su manifestación práctica en las asociaciones de prevención, protección social y mutualidades que surgen en toda Europa, pero fundamentalmente en Alemania e Inglaterra, en la primera mitad del siglo XX (FRANKENBERG, 1996:1373). La misma idea está en la base de las organizaciones sindicales y en cierto sentido también en el Estado de bienestar.

por tanto, no es universal, sino circunscrita a aquellos con los que nos identificamos.

La visión restringida de Rorty contrasta con el contexto social en el que escribe. Como comenté anteriormente, el discurso de la solidaridad vuelve a cobrar cierta vigencia pública precisamente como respuesta al fenómeno de la globalización. En este sentido su concepción de la solidaridad va a contracorriente, cuando el afán teórico consiste en defender la universalidad de los valores y las ideas.

Para concluir este breve recorrido de los antecedentes cabe referirse a algunos planteamientos actuales. La evolución de la idea de solidaridad se ha producido sobre todo desde una perspectiva descriptiva o sociológica. Por ejemplo Michael Hechter, uno de los sociólogos actuales que más se ha ocupado del tema, entiende que la solidaridad «se refiere a la vinculación de los individuos dentro de un grupo cohesionado o colectividad» (Hechter, 2001:14589)¹⁵.

Rorty no utiliza ese concepto de solidaridad, pero sí utiliza el término para referirse a un contexto de justificación de las creencias y las obligaciones morales. Su planteamiento es eminentemente ético o normativo y en este sentido tiene similitudes con el Jürgen Habermas, quien ha tratado de construir una idea de solidaridad paralela a la de autonomía, proponiendo que la autonomía es a la justicia individual lo que la solidaridad es a la justicia social (Stjernø, 2005:302-3). Ambos autores enfatizan en su discurso ético el papel del sentimiento de solidaridad como componente fundacional en el proceso de establecer normas y obligaciones morales. Sin embargo, mientras que Rorty niega, como expondré más adelante, cualquier fundamento metafísico de la moral, Habermas no renuncia a reconstruir apoyos para la racionalidad liberal (Habermas, 1990, *passim*). Las normas «cuasi-trascendentales» que defiende el autor alemán van más allá de la contingencia histórica, posibilidad que Rorty niega.

Esta diferencia principal entre los dos pensadores lleva a Rorty a una concepción de solidaridad propia, que no descansa en la participación de los individuos de una verdad o meta común sino que se construye a través del reconocimiento de la semejanza. La solidaridad se crea por medio de la capacidad imaginativa para ver a los extraños como compañeros de sufrimiento. Para Rorty, no hace falta encontrar una esencia común a la raza humana, la susceptibilidad de padecer dolor es un vínculo suficiente. La solidaridad es el reconocimiento de que las diferencias con otras personas son menos importantes que el deseo de evitar el dolor y el sufrimiento.

Indudablemente la perspectiva de Rorty es muy limitada y, en el sentido literal, muy pragmática. Una solidaridad que opera sólo entre los miembros de grupos o comunidades que comparten semejanzas y con un contenido mínimo que consiste en la esperanza de reducir la

¹⁵ Original en inglés: «Solidarity refers to the melding of individuals into a cohesive group or collectivity».

crueledad y el sufrimiento. Sin embargo su propuesta utópica también incluye un tono optimista basado en la idea de progreso moral. Rorty entiende que tenemos la obligación de expandir nuestro sentimiento de solidaridad para incorporar cada vez a más «ellos».

3. VERDAD PRAGMÁTICA E IRONÍA

Como comenté al principio de esta exposición, el pensamiento de Richard Rorty se inscribe en el pragmatismo, una corriente filosófica que se define por su rechazo a la idea de verdad objetiva¹⁶. Sin embargo, el pragmatismo es para él sobre todo la forma de pensamiento que mejor habilita para buscar maneras de reducir la crueldad y para averiguar qué queremos y cómo conseguirlo. Una propuesta con una orientación utópica clara.

En consecuencia, su concepción incorpora y filtra desde este punto de vista las características y elementos fundamentales de la solidaridad desarrollados en teorías anteriores y que resumí en la primera parte del artículo. La idea de solidaridad de Rorty es el resultado de una particular concepción de la verdad, del lenguaje y del liberalismo.

Desde un punto de vista «meta-filosófico», Rorty se define principalmente por oposición: en epistemología es anti-fundacionalista, en filosofía de lenguaje, anti-representacionista, y en metafísica, anti-esencialista, anti-realista y anti-idealista, es decir anti-metafísica. Esta serie de complicados vocablos resumen la colección de argumentos que llevan a Rorty a rechazar la mayor parte de las explicaciones filosóficas tradicionales y a proponer una «modesta» utopía de solidaridad humana.

El «anti-ismo» de Rorty comienza por negar que el conocimiento proporcione una explicación última o fundamental de nuestras creencias. En *Solidarity or Objectivity* (1985) sugiere que las personas dan sentido a su vida a través de dos formas de contextualización: a través de la relación con otras personas y con la comunidad –el deseo de solidaridad, o; a través de la relación con objetos inhumanos– el deseo de objetividad. Tradicionalmente el pensamiento filosófico occidental se ha guiado por el deseo de objetividad y ha tratado de fundamentar las prácticas e instituciones sociales en relación con la esencia del ser humano o de la naturaleza, el bien común o la estructura básica de conocimiento. Ese anhelo de una verdad objetiva responde a la nece-

¹⁶ El origen del pragmatismo generalmente se establece en los trabajos de Charles Sanders Peirce, William James y John Dewey, a finales del siglo XIX y principios del XX. Tras un cierto desvanecimiento, volvió a cobrar protagonismo a partir de los años cincuenta gracias a la filosofía del lenguaje de autores como Willard van Orman Quine, Ludwig Wittgenstein o Wilfrid Sellars. Aunque Rorty recibe influencias muy variadas, es sobre todo heredero de esta segunda generación de autores pragmáticos.

sidad de superar la creciente diversidad entre comunidades y entre individuos y alcanzar certezas últimas. Sin embargo, en opinión de Rorty esta forma de justificación metafísica no funciona, no responde, ni puede hacerlo, a la demanda de un fundamento último. Simplemente oculta una justificación circular de las prácticas establecidas.

La idea central es que la verdad es algo que no se descubre sino que se construye, lo que para Rorty es una idea romántica. En contra de lo que pensaban Platón o Kant, no hay una causa externa y objetiva que justifique determinadas creencias. No hay nada más allá del azar y el tiempo, sólo hay creencias fundamentales que no se pueden fundamentar. Esta es, según él, la conclusión filosófica más acertada después de Nietzsche, el historicismo de Hegel y el nominalismo.

Así, el deseo de solidaridad responde mejor a la situación social post-moderna. Dada la transformación de la sociedad producida por la secularización y la creciente pluralidad de creencias, los seres humanos han dejado de considerarse en relación con valores trascendentes y ante esa «orfandad metafísica» reconocen que están solos, que no hay nada más allá de las prácticas sociales. No hay nada más profundo que el sentimiento de solidaridad. La solidaridad se opone a la metafísica y sustituye a la objetividad como contexto de justificación.

Rorty explica su idea de la verdad como creación solidaria a partir de la concepción del lenguaje de Davidson y Wittgenstein. «El mundo no habla. Sólo lo hacemos nosotros», dice en *Contingencia, ironía y solidaridad* (Rorty, 1991:26). Las descripciones del mundo no son verdaderas o falsas pues éstos son atributos que sólo se pueden predicar de proposiciones lingüísticas. En palabras de Rorty: «hay verdades porque la verdad es una propiedad de los enunciados, porque la existencia de los enunciados depende de los léxicos, y porque los léxicos son hechos por los seres humanos» (*Ibidem*, p. 25). El error de la filosofía hasta Hegel consiste, según Rorty, en pensar que hay lenguajes privilegiados, superiores a otros, en creer que la verdad está ahí fuera, que existe independientemente de la mente humana, y que la tarea del lenguaje es representar esa realidad objetiva de manera cada vez más acertada. Para él no hay correlación entre verdad y realidad.

La negación de la justificación metafísica y del objetivismo y la explicación de la verdad como una propiedad de las entidades lingüísticas implican que la verdad, como el lenguaje, son productos históricos y por tanto contingentes. Rorty entiende que los distintos léxicos son simplemente instrumentos creados por los seres humanos para enfrentarse al mundo. Por tanto, la verdad «pragmática» es una creación histórica contingente: lo que es bueno para nosotros creer, la preferencia social, en un determinado momento histórico.

Esta contingencia de la verdad no equivale al relativismo. En un intento de clarificar su postura distingue tres tipos de relativismo: uno que consiste en considerar todas las creencias igual de buenas; un segundo que entiende «verdad» como un término equívoco, con tantos significados como procedimientos de justificación; y un tercer tipo de

relativismo, el que Rorty entiende que el pragmatismo acepta, que recoge la opinión de que no hay mucho que decir sobre la verdad o la racionalidad, aparte de que describen procedimientos de justificación que una determinada sociedad emplea en una determinada área de conocimiento (Rorty, 1985:5-6).

Pero estos procedimientos son importantes. Rorty no rechaza la necesidad de justificar las creencias, pero afirma que esta justificación será necesariamente local y «solidaria», dependiente de un lenguaje determinado. En este sentido opina que el término «relativismo» no es muy acertado para describir esta posición, que él considera «etnocentrista»¹⁷. Esta última afirmación, no obstante, debe entenderse de manera matizada. Pretende eludir las críticas que ya se hicieron a Nietzsche de que proclama lo que niega: la incoherencia de afirmar la certeza de que no hay verdad. Rorty no entiende su relativismo o «etnocentrismo» como un descubrimiento, sino como una alternativa pragmática a la metafísica que solamente sugiere que aceptar la contingencia de la verdad y del lenguaje sirve mejor a nuestros propósitos.

Lo que Rorty propone en *Contingencia, Ironía y Solidaridad* y desarrolla en obras posteriores es una idea de progreso intelectual y de conocimiento que incluye componentes irracionales y emocionales. Pretende romper con la distinción entre razón y opinión, entre persuasión racional e irracional. Para él la filosofía debe terminar con la hegemonía de la razón e incorporar otros lenguajes y en concreto el lenguaje poético. La poesía entendida en su sentido más amplio, el arte y la imaginación, ofrece un lenguaje mejor para enfrentarse a la contingencia de la verdad.

Esta perspectiva, que Rorty define como «irónica», permite cambiar el foco de atención del pensamiento desde la búsqueda de la verdad hacia la búsqueda de la libertad. Su intención es abandonar el esfuerzo estéril por conocer la verdad proponiendo como alternativa dedicarse a ampliar la libertad, que para él se consigue con la construcción de lenguajes alternativos, de nuevas metáforas, que mejoren el vocabulario con el que nos describimos.

Rorty entiende que la creación de verdades cada vez más útiles a partir de redescripciones y elaboraciones de nuevos lenguajes debe centrar la tarea del intelectual. Es lo que nos permitirá progresar y desarrollarnos como personas libres. En definitiva, la teoría de la verdad y del lenguaje de Rorty tiene como objetivo principal facilitar la realización de la libertad.

Esta idea de la libertad como construcción de uno mismo, la idea de la ironía, tiene un papel central en el pensamiento de Rorty y sobre ella construye su utopía individual o «privatista». Lo irónico es que ese lenguaje contingente con el que describimos «nuestra» verdad, con el que justificamos nuestras acciones, creencias y vidas, es un

¹⁷ RORTY sólo se refiere a su teoría como «etnocentrista» en *Objectivity or Solidarity*. En *Contingencia, Ironía y Solidaridad* ya no aparece esta definición.

lenguaje «último» en el sentido de que, si hay dudas sobre él, no disponemos de recursos argumentativos que no sean circulares. De hecho, su paradigma es el «ironista», aquel que es consciente de la fragilidad de sus creencias y deseos en tanto que dependen de un lenguaje contingente. El ironista es incapaz de tomarse en serio a sí mismo porque sabe que los términos con que se describe están sujetos a cambio: «una persona con una radical y continua duda sobre su propio vocabulario, que entiende que no puede resolver sus dudas a través de ese vocabulario» (*Ibidem*, p. 91). En esa situación de duda, la única esperanza del ironista es la «creación de sí mismo», la redesccripción de las metáforas con las que se define y define su situación.

4. UNA UTOPIA LIBERAL

Desde estas premisas y en busca de la libertad, Rorty encara la tarea de proponer un proyecto político y moral que sea «pragmático», que no puede ser sino una utopía liberal. La comunidad ideal es la liberal, que es aquella que reconoce la contingencia: «aquella que se limita a llamar verdad al resultado de los combates libres y abiertos sea cual fuere el resultado» (*Ibidem*, p. 82). Rorty sostiene que la verdad en esta comunidad liberal se construye a través de la comunicación libre y el diálogo y que la característica más importante de sus miembros es el reconocimiento de la contingencia. En consecuencia su proyecto político pasa por desarrollar las instituciones democráticas que garantizan una comunicación libre y sin distorsiones: es un proyecto liberal¹⁸.

El liberalismo para Rorty constituye la forma de organización social que mejor se adapta a la contingencia y a la creciente diversidad de proyectos individuales o privados. De hecho, sugiere que la Ilustración puede ser la última revolución conceptual que la civilización occidental necesita¹⁹, pero que hace falta desprenderla de la parafernalia racionalista y metafísica con que se auto-describe. Critica el liberalismo ilustrado y propone su completa «desdivinización», que permita abandonar el intento de buscarle justificaciones objetivas a la vida y centrarse en la solidaridad. Es decir, buscar explicaciones a partir de la relación con otros seres humanos. Requiere también renunciar a la idea de que el progreso moral e intelectual es racional en

¹⁸ Rorty dice: «El aglutinante social que mantiene unida a la sociedad liberal ideal (...) consiste en poco más que el consenso en cuanto a que lo esencial de la organización social estriba en dar a todos la posibilidad de crearse a sí mismos según sus capacidades, y que esa meta requiere, aparte de paz y prosperidad, las libertades burguesas clásicas» (*Ibidem* p. 102).

¹⁹ Nótese que Rorty matiza: «que no la última revolución política» (RORTY, 1991:65).

favor de una narración que pueda incluir los elementos irracionales que explican el cambio de las convicciones.

Rorty emprende esa nueva narración a partir de la definición del liberalismo de Judith Shklar como rechazo de la crueldad. El individuo liberal será aquel que piense que los actos de crueldad son lo peor que se puede hacer. En consecuencia, la utopía liberal de Rorty será la no crueldad²⁰, en cuya consecución es capital la idea de solidaridad como se verá más adelante. Ahora interesa señalar que esta concepción del liberalismo no requiere una justificación de la prioridad de la libertad ni una verdad objetiva acerca de la naturaleza del hombre y por tanto, es compatible con la contingencia.

La utopía liberal así formulada puede resultar muy individualista y muy relativista. Habitualmente se considera que si la moral no tiene un fundamento racional no es posible responder a la pregunta ¿por qué ser moral? Si no hay un elemento común a todos los seres humanos o, desde el planteamiento de Rorty, una aptitud esencial para sentir dolor, entonces no hay razón para no ser crueles, no hay razón para ser morales o solidarios. Sería incompatible desear la libertad a través de la creación de sí y aspirar a reducir la crueldad.

Rorty es consciente de esta dificultad pero la despacha negando que exista tal problema. Para él esta crítica es fruto del intento de unificar el espacio público y el espacio privado, buscando una idea de perfección que sirva para ambas. La filosofía tradicional se esfuerza en unir lo público y lo privado, justificar que las mismas virtudes, las mismas fuentes, fundamentan el bien en cada uno de los dos espacios. Este anhelo exige el reconocimiento de una naturaleza humana común, una esencia humana. El compromiso que puede hallarse es práctico, pero no teórico. Para Rorty son dos lenguajes y dos planos distintos que no tienen por qué conjugarse. De hecho, presenta *Contingencia, Ironía y Solidaridad* diciendo: «Este libro intenta mostrar el aspecto que cobran las cosas si excluimos la exigencia de una teoría que unifique lo público y lo privado y nos contentamos con tratar las exigencias de la creación de sí mismo y de solidaridad humana como igualmente válidas, aunque definitivamente inconmensurables» (*Ibidem*, p. 17).

No hay un elemento único que permita conciliar los deseos y esperanzas individuales con un ideal de perfección social. Rorty trata de argumentar en favor de la radical separación entre lo público y lo privado, construyendo su utopía en torno a la figura del «ironista liberal». La ironía, dice, no sirve para los propósitos públicos. Lo único que el ironista comparte con los demás es una esperanza egoísta: «la esperanza de que el mundo de uno –las pequeñas cosas en torno de las cuales uno ha tejido su propio léxico último– no sea destruido» (*Ibidem*, p. 110). Un liberal es aquel que piensa que la crueldad y el sufrimiento es lo más repugnante que hay y que aspira a minimizarla. Por

²⁰ Debo a Mariela Puga esta interesante caracterización de la utopía rortiana como «no crueldad».

tanto, un ironista liberal es alguien que está preocupado por la justicia y a quien le aterra la crueldad, pero que reconoce que carece de todo amparo metafísico en esa preocupación y terror.

La figura del ironista liberal permite mantener las creencias en el ámbito privado, donde los individuos pueden ser tan irracionales como quieran, tan egoístas como deseen. De esta manera, el individuo puede replantearse a sí mismo y reconstruirse, en una constante creación de sí. La exigencia de ser liberal, sin embargo, es distinta y parte de la esperanza de que es posible reducir la crueldad y la injusticia. Eso es, para Rorty, la solidaridad humana.

5. SOLIDARIDAD

Dadas las premisas teóricas expuestas, para Rorty la solidaridad no expresa una esencia común a todos los seres humanos. Es simplemente un mero artificio de la socialización humana y por tanto ni es necesariamente universal ni producto de la razón. Según él, la solidaridad sólo puede entenderse por referencia a aquel con el que nos expresamos como solidarios. Es un sentimiento que nace de la identificación imaginativa con los otros y esta capacidad depende de las semejanzas que consideramos relevantes, semejanzas que pueden ser de muy diverso tipo: religiosas, nacionales, culturales, etc. Como el mismo Rorty explica: «Mi posición involucra que los sentimientos de solidaridad dependen necesariamente de las similitudes y las diferencias que nos causen la impresión de ser las más notorias, y tal condición de notorio es función de un léxico último históricamente contingente» (*Ibidem*, p. 210).

Entiende además que esta afirmación no es incompatible con sostener que «todos tenemos la obligación moral de experimentar un sentimiento de solidaridad con todos los demás seres humanos» (*Ibidem*, p. 208). Es posible privatizar la ironía y defender que en el ámbito público existe un progreso moral y que tiende hacia una mayor solidaridad humana.

Para explicar su posición, Rorty parte de la concepción de las obligaciones morales como «intenciones-nosotros», de Willfrid Sellars²¹. Las obligaciones morales se explican a partir de la pertenencia a un grupo de semejantes, la percepción recíproca de formar parte de un mismo «nosotros». Ese «nosotros» es necesariamente algo más res-

²¹ Las intenciones-nosotros o *we-intentions* de Sellars parten de la idea de que las comunidades se forman a partir de las semejanzas que construyen el «nosotros» y que las obligaciones equivalen a «tener la voluntad de uno de nosotros». Así se reconstruye la distinción kantiana entre obligación y benevolencia de tal manera que consolida la distinción entre ética y moral y entre lo público y lo privado que Rorty sostiene (RORTY, 1991: 208-212).

tringido que toda la humanidad, porque, como dice Rorty, «lo típico es que la fuerza de “nosotros” es contrastante, en el sentido de que contrasta con un “ellos” (*Ibidem*, pp. 208-209). Para él no hay diferencia esencial entre los seres humanos y los demás seres y sostiene que la persuasividad de las obligaciones parte de esas semejanzas y diferencias que definen el grupo.

La obligación moral así concebida es consistente con la radical distinción que Rorty hace entre lo privado y lo público. Permite sostener que «nuestras responsabilidades para con los otros constituyen sólo el lado público de nuestras vidas» (*Ibidem*, p. 212), sin que las obligaciones que de ello derivan tengan necesariamente prioridad sobre nuestra libertad privada. Las obligaciones, por tanto, no son absolutas, sino históricamente contingentes, producto afortunado del acuerdo intersubjetivo circunstancial. Una construcción social, no un descubrimiento, que identifica nuestro ámbito de responsabilidad pública.

Para que la obligación de ser solidario signifique algo tiene que ser necesariamente limitada. No obstante, Rorty cree que tenemos la obligación de expandir ese límite, «ampliar el círculo de “nosotros” (*Ibidem*, p. 219). La solidaridad en la comunidad liberal parte de la idea de que la crueldad y el dolor es lo peor que hay y de la consiguiente pretensión de minimizarlos. El progreso moral hacia la solidaridad «se concibe como la capacidad de percibir cada vez con mayor claridad que las diferencias tradicionales (de tribu, de religión, de raza, de costumbres, y las demás de la misma especie) carecen de importancia cuando se las compara con las similitudes referentes al dolor y la humillación» (*Ibidem*, p. 210).

Ese progreso de ampliación del nosotros requiere por tanto una mayor empatía con el dolor ajeno. Lo que a Rorty le preocupa no es descubrir la esencia humana que debemos respetar de forma absoluta, sino que seamos conscientes del dolor que provocamos en los demás, desarrollar la capacidad de identificación imaginativa con ese sufrimiento. Recalca que esto no quiere decir que las abstracciones universalistas de la solidaridad sean inútiles, al contrario, entiende que son de gran utilidad como elementos retóricos que inspiran el movimiento expansivo del nosotros. Pero hay que entenderlos como exhortación, no como revelación de verdad absoluta.

Rorty concluye que lo que promueve el progreso moral es la literatura y el arte, en particular la novela²². Son las descripciones empíricas, las narraciones de distintas formas de dolor y crueldad las que nos sen-

²² «En particular, las novelas y las obras de etnografía que nos hacen sensibles al dolor de los que no hablan nuestro lenguaje deben realizar la tarea que se suponía que tenían que cumplir las demostraciones de la existencia de una naturaleza humana común. La solidaridad tiene que ser construida a partir de pequeñas piezas, y no hallada como si estuviese a nuestra espera bajo la forma de un Ur-lenguaje que todos reconoceríamos al escucharlo» (RORTY, 1991:112).

sibiliza, nos permiten ampliar nuestra capacidad de imaginación y percibir con mayor claridad las semejanzas que nos unen con aquellos que no forman parte del grupo de «nosotros». «Esa es la razón por la cual la novela, el cine y la televisión poco a poco, pero ininterrumpidamente, han ido reemplazando al sermón y al tratado como principales vehículos de cambio y del progreso moral» (*Ibidem*, p. 112). A través de este giro poético o narrativo, se puede producir la transformación sentimental y el desarrollo de emociones que posibiliten una mayor comprensión de las diferencias culturales y los vínculos de semejanza²³.

La utopía de la solidaridad y el progreso moral así entendidos sólo pueden lograrse abandonando el intento clásico por unificar el ámbito público y el privado. El paradigma de Rorty, el ironista liberal, descansa sobre esta separación pragmática que busca hacer compatible la libertad con la vida en común. La ironía es fruto de la contingencia y nos permite revisar nuestro lenguaje y nuestra concepción de la verdad para adoptar una posición que sirve mejor a nuestras esperanzas de libertad. La creación de sí permite el desarrollo de la autonomía individual y la realización privada. Pero esta «utopía privada» poco o nada sirve en el espacio público. Sólo sirve la convicción resuelta pero irónicamente infundada de que viviremos mejor reduciendo la crueldad y la injusticia de aquellos con los que nos identificamos. El sentimiento de solidaridad guía la expansión de la comunidad liberal, del «nosotros» moral donde rige la obligación pública de evitar ser cruel y humillar.

6. CONCLUSIONES

La idea de solidaridad en el pensamiento de Rorty es la clave del arco que une la autonomía con la vida en sociedad, el ideal «privatista» con la utopía liberal. Además, la solidaridad también se identifica con el progreso moral y por tanto con la civilización. «Solidaridad» acompaña a «contingencia» y a «ironía» no sólo en el título de la obra en la que me he centrado aquí, una de las más importantes de Rorty, sino también en la definición de los ejes fundamentales de todo su pensamiento. Las tres ideas vertebran la teoría de Rorty, pero la solidaridad representa su ideal, pone en ella sus esperanzas. De hecho, la esperanza de solidaridad sería un buen resumen de su utopía.

Casi todas las objeciones que ha recibido se refieren al fundamento teórico, que entronca con su visión de la filosofía y de la verdad. Como hemos visto más arriba, buena parte de la argumentación de Rorty, articulada en torno a las ideas de contingencia e ironía, pretende explicar por qué no son necesarias la metafísica ni la verdad objetiva para

²³ Rorty analiza las obras de Nabokov y de Orwell como dos claros ejemplos que expanden nuestra capacidad de comprender la crueldad.

organizar la convivencia. Es más, su intención es convencernos de que la sustitución de un lenguaje metafísico por otro «irónico» y de la filosofía racionalista por la «crítica literaria» facilita la realización personal y la solidaridad. La consecuencia es que su concepción de solidaridad radica en «la inutilidad de preguntarnos acerca de la existencia o no de una presunta obligación de ser solidario» (González Amuchástegui, 1991:126).

Este punto ha levantado fuertes críticas, como expuse anteriormente, sobre la imposibilidad de justificar las obligaciones morales. El problema según nuestro autor está en tratar de encontrar una justificación racional y en que ésta sea común al espacio público y privado. Sin embargo, a pesar de negar que pueda responderse satisfactoriamente a la pregunta de por qué ser solidario y no cruel, Rorty proclama la obligación de ser solidarios. La aparente contradicción entre ambas posiciones se resuelva con la idea de obligaciones-nosotros, que ya discutimos más atrás. En definitiva, Rorty ofrece un sentimiento en lugar de una razón para argumentar por qué es deseable la solidaridad. Pero este giro no es nuevo, hay claros antecedentes en Rousseau o Hume, por ejemplo (Camps, 1990:43). Incluso se ha caracterizado a Rorty como «humeano», en oposición a «kantiano», por primar los aspectos afectivos²⁴.

La cuestión más controvertida de esta discusión yace en mi opinión no tanto en la forma en que Rorty articula su idea de solidaridad sino en la necesaria renuncia a la universalidad que ésta implica. Ese anti-universalismo resulta difícil de aceptar precisamente porque hoy en día afrontamos problemas globales y buscamos respuestas igualmente globales. Coincido con Amuchástegui en que la cuestión importante aquí está en la determinación del «nosotros» (González Amuchástegui, 1991:127).

El eje de esta cuestión está en la idea de semejanza y diferencia. Rorty expone con claridad que: «nuestro sentimiento de solidaridad se fortalece cuando se considera que aquel con el que expresamos ser solidarios, es “uno de nosotros”, giro en el que “nosotros” significa algo más restringido y más local que la raza humana» (Rorty, 1991:209). Como comenté más arriba, esta capacidad para identificar a alguien como «uno de los nuestros» depende de nuestra imaginación. Idea que ya defendía Rousseau: «quien nada imagina, nada siente más que a sí mismo: está solo en medio del género humano» (*Ensayo sobre el origen de las lenguas*, Cap. IX, citado en Villar, 2004:175).

La definición del «nosotros» por oposición a un «ellos» es mucho más fuerte que la común pertenencia a la especie humana. En *Human rights, rationality, and sentimentality*, Rorty apunta que las más grandes crueldades parten de la deshumanización de la víctima, por lo que sostiene que los argumentos universalistas son poco persuasivos.

²⁴ Annette BAIER argumenta este punto en su artículo «Moralism and Cruelty: reflections on Hume and Kant», *Ethics*, 103 (3), 1993.

Su propuesta tiene en cuenta esta dificultad para indicar que el progreso humano pasa por la expansión progresiva del nosotros primando las semejanzas en relación con la crueldad sobre las diferencias tradicionales.

Quienes critican a Rorty sostienen que la idea de solidaridad es mucho más robusta si se fundamenta en algún aspecto común a todos los seres humanos, como puede ser la dignidad. De otra manera, como argumenta Crespi, la decisión de ser solidario parece una elección subjetiva, que depende de la emotividad de los individuos (Crespi, 1996:23-24). Pero el principal argumento contra la tesis de Rorty en este punto es que él mismo no puede evitar apoyarse en último extremo en una cierta concepción de la naturaleza humana, que es una forma de esencialismo.

Esta objeción, desarrollada por Norman Geras, afirma que la capacidad de sentir crueldad y humillación, sobre la que Rorty construye su idea de solidaridad, es una referencia indirecta a una cierta característica humana esencial. Geras argumenta que la construcción limitada de la idea de solidaridad, restringida al ámbito del nosotros, responde al rechazo de Rorty a todo fundamento objetivo o esencialista. Sin embargo, su defensa del progreso moral y la expansión de la solidaridad se basan en la susceptibilidad de todos los seres humanos de ser humillados. Para Geras está claro que la propuesta de Rorty se sustenta en último extremo, aunque indirecta y difusamente, en un aspecto que él considera esencial y común a todos las personas (Geras, 1995:87-90).

A pesar de que este análisis ha tenido mucho éxito²⁵, no me parece del todo convincente. Lo cierto es que el propio Rorty escribe cosas como: «el ironista considera que la definición decisiva de la persona, del sujeto moral, es la de ser “algo que puede ser humillado”» (Rorty, 1991:109). Sin embargo, parece que hay dos aspectos implicados en esta discusión. En mi opinión, Rorty lo único que propone es que la mejor manera de entender la solidaridad es a partir del rechazo a la crueldad, una solidaridad liberal, sin que haya ninguna posibilidad de fundar objetivamente esa creencia. Cuestión aparte es que Rorty, en consecuencia, considere que el sentimiento de pertenencia sea más persuasivo que la razón. Cuando Geras y otros vinculan la defensa «sentimentalista» de la obligación de solidaridad con un argumento a favor de la existencia de la solidaridad confunden ambos aspectos de la discusión y pierden el matiz de ese «más persuasivo». Esta idea de solidaridad únicamente sugiere compartir una esperanza, la de erradicar la humillación y la crueldad²⁶.

²⁵ Los mismos o parecidos argumentos aparecen en Stjernø, (2005:310) y críticos de Rorty como CRESPI (1996:23), WILDE (2004:164) y otros.

²⁶ Para Ramberg, Rorty no dice que su defensa de la solidaridad sea mejor, simplemente sostiene que es igual de poco concluyente y que no merece la pena gastar mucho tiempo en esa discusión. Lo importante no es la justificación de la obligación, sino que se haga realidad. Según este autor el análisis de Rorty del funcionamiento en

Para terminar quisiera examinar la concepción de solidaridad de Rorty a la luz de dos problemas generales que identifica De Lucas. El primero se refiere a que la determinación del «nosotros» frente al «ellos» puede derivar en una solidaridad incompleta o excluyente (De Lucas, 1996:23). Aunque De Lucas no se refiere en este punto a Rorty, sí puede aplicársele la misma cautela. Este autor considera que la semejanza subyace a las relaciones de solidaridad y que las más grandes crueldades se amparan en la deshumanización del «ellos» (Rorty, 1993). Parte de una realidad donde la identidad compartida es fuente de motivación moral y que su fuerza radica en la diferenciación por oposición. Sin embargo, lo que Rorty valora positivamente no es la adscripción de las personas a comunidades de identidad, sino el impulso que puede suponer para la solidaridad. En este sentido puede decirse que su idea de solidaridad es «pragmática» y no «excluyente», al menos a priori.

No está muy claro a qué tipo de comunidad se refiere Rorty cuando habla de «nosotros». En *Contingencia, Ironía y Solidaridad* pone varios ejemplos y en otro lugar²⁷ ha defendido el patriotismo como identidad con fuerza para aglutinar al estado, un posible «nosotros». Martha Nussbaum dedica su conocido ensayo *For love of country?* a contestar a esta postura y a proponer en su lugar el cosmopolitismo. Este importante debate, demasiado extenso para ser expuesto aquí, sin duda enfrenta dos posiciones políticas que se pueden reconducir a la discusión anterior sobre el universalismo moral. Pero además, y es lo que me interesa destacar aquí, revela algunos riesgos de la puesta en práctica de un modelo como el de Rorty (Nussbaum, 2002). Si la solidaridad ha de surgir de construcciones identitarias como el nacionalismo, el patriotismo y demás, entonces puede ser que estemos ante una solidaridad necesariamente excluyente.

Otro autor, Ali Taghavi, señala que el «nosotros» se identifica con «comunidad cultural». En consecuencia, según este autor se aprecia cierta incoherencia entre el liberalismo de Rorty, que rechaza la relevancia de las diferencias culturales y su teoría moral, que se basa en el lenguaje, un «producto» comunitario (Ali Taghavi, 2002:123-4). Esta crítica apunta a la tensión entre el proyecto político de Rorty y su «etnocentrismo», que puede leerse como un intento de conjurar los peligros de una teoría excluyente. Como dice Ali Taghavi, la solidaridad en el pensamiento de Rorty establece los límites de la comunidad moral, comunidad necesariamente más reducida que «toda la humanidad» (*Ibidem*, p. 128).

De estas dos aproximaciones pueden extraerse varias conclusiones. La primera, la más evidente, apunta a que la relación entre la

la práctica de la solidaridad y su respuesta a esa realidad parecen más verosímiles que las alternativas universalistas (RAMBERG, 2004).

²⁷ Puede verse, por ejemplo, el artículo de prensa publicado en *The New York Times* el 13 de febrero de 1994.

idea de solidaridad y la comunidad queda poco definida en la propuesta de Rorty. No es lo mismo una patria que una comunidad cultural o un grupo étnico, y a todos ellos puede amparar el «etnocentrismo». En segundo lugar, la solidaridad de Rorty es limitada en tanto que no llega a todos los seres humanos. En tercer y último lugar, parece que Rorty no aporta un criterio suficiente para valorar la relevancia moral de las diferencias, o lo que es lo mismo, no permite resolver los posibles conflictos entre las distintas identidades o «círculos de nosotros».

El segundo problema que puede afectar a la solidaridad según De Lucas tiene que ver con la «inclusividad» de la solidaridad. Escribe Amuchástegui en aparente objeción a Rorty que: «La solidaridad no puede conducirnos a ampliar el círculo del “nosotros” indefinidamente e incluir en él a aquellos con los que estamos en abierto conflicto, y cuyos intereses nos parecen radicalmente ilegítimos» (González Amuchástegui, 1991:127). En mi opinión el comentario pasa por alto, por un lado, el contenido concreto que Rorty da a su idea de solidaridad y, por otro, la radical distinción entre lo público y lo privado.

La crueldad y la humillación delimitan el ámbito de la solidaridad, que siempre es un «interés legítimo». Es decir, para Rorty, la solidaridad tiene valor intrínseco, no en función de a quién beneficia o qué actos implica. Por otra parte, los posibles conflictos entre los intereses propios y las exigencias de solidaridad pertenecen a espacios de la vida igualmente valiosos pero inconmensurables. El dilema no puede resolverse con principios sino solo en el proceso de deliberación (Rorty, 1991:212).

Desde mi punto de vista, son más persuasivas las críticas políticas que las filosóficas. No creo que pueda acusarse a Rorty de incoherencia o argumentación deficiente, aunque sí me parece que es posible discutir si son deseables las implicaciones de su modelo. En este sentido cabe objetar al autor su limitada concepción de la solidaridad tanto respecto a las personas que abarca como a las exigencias que implica. Alternativas más universalistas o más «optimistas» quizá resulten más sugerentes o más adecuadas para enfrentarse a los grandes problemas globales y locales de la actualidad. Por otro lado, la propuesta de Rorty tiene la ventaja de estar más cerca de una realidad en la que efectivamente se practica una solidaridad muy limitada.

En cualquier caso, su convocatoria a cambiar el eje del discurso, de la verdad a la libertad, de la metafísica a la solidaridad, debe ser tenida en cuenta. La gran aportación de Rorty a la solidaridad, en mi opinión, es precisamente situar la idea en el centro de la discusión filosófica y también política. Construye las bases teóricas para empezar a discutir en términos de solidaridad hasta donde queremos responsabilizarnos de los demás, cómo queremos organizar la convivencia, sin darle demasiada importancia a las razones por las cuales debemos hacerlo. Es una necesidad de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALI TAGHAVI, Seyed Mohammad (2002): «Rorty's Approach to Cultural Difference: The Conflict between Solidarity and Procedural Liberalism», *Culture, Theory & Critique*, vol. 43, núm. 2, pp. 123-138.
- BARUCHELLO, Giorgio (2004): «Cesare Beccaria and the cruelty of liberalism. An essay on liberalism of fear and its limits», *Philosophy & Social Criticism*, vol. 30, núm. 3, pp. 303-313.
- BUENO, Gustavo (2004): «Proyecto para una trituración de la idea general de solidaridad», *El Catoblepas* núm. 26, p. 2, disponible en www.nodulo.org/ec/2004/núm. 26.htm.
- CAMPS, Victoria (1990): *Virtudes Públicas*, Madrid, Espasa Calpe.
- CRESPI, Franco (1996): *Aprender a existir. Nuevos fundamentos de la solidaridad*, Madrid, Alianza.
- DE LUCAS, Javier (1993): *El concepto de solidaridad*, México, Fontamar.
- DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (Eds.) (2002): *Estado, Justicia, Derechos*, Madrid, Alianza Editorial.
- DURKHEIM, Emile (2001): *La División del Trabajo Social*, edición de Luís R. Zúñiga, Madrid, Akal. (Original: *De la division du travail social*, París, 1893).
- FRANKENBERG, Gunter (1996): «Why we care? The trouble with social rights», *Cardozo Law Review*, núm. 18, pp. 1365-1390.
- GERAS, Norman (1995): *Solidarity in the conversation of humankind: the ungroundable liberalism of Richard Rorty*, Nueva York, Verso.
- GIDDENS, Anthony (2001): *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial.
- GONZÁLEZ, Amparo (1979): *Aspectos sustanciales y procesales de la obligación solidaria en Roma*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús (1991): «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», *Sistema*, núm. 101, pp. 123-136.
- HECHTER, Michael (2001): «Solidarity, sociology of», voz en *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Neil J. Smelser and Paul B. Baltes (eds.), Vol. 21, Elsevier, 2001.
- HABERMAS, Jürgen (1990): *Moral Consciousness and Communicative Action*, 43-115, Cambridge, MIT Press.
- NUSSBAUM, Martha C. (1996): *For Love of Country*, Boston, Beacon Press.
- ORRU, Marco (1998): «Durkheim, Émile», voz en *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, Routledge.
- ROGOFF, Martin A. (2001): «The individual, the community, the state, and law: the contemporary relevance of the legal philosophy of Leon Duguit», *Columbia Journal of European Law*, núm. 7, pp. 477-488.
- RORTY, Richard (1985): «Solidarity or Objectivity?», en Rajchman, John and West, Cornel (eds.), *Post-analytic philosophy*, Nueva York, Columbia University Press, 1985, pp. 3-19.
- (1991): *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Barcelona, Paidós. (Original: *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.)
- (1993): «Human rights, rationality, and sentimentality», en Shute y Hurley (Eds.): *On Human Rights: the Oxford Amnesty Lectures*, Nueva York, Basic Books, 1993.

- y VATTIMO, Gianni (2006): *El Futuro de la Religión*, compilado por Santiago Zabala, Barcelona, Paidós.
- STJERNØ, Steinar (2005): *Solidarity in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press.
- VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo (2005): «Rorty: pragmatismo, ironismo liberal y solidaridad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, pp. 337-346.
- VILLAR, Alicia (2004): «El valor de la compasión en la modernidad» en Villar y García-Baró (Eds.) (2004), pp. 117-211.
- y García-Baró, Miguel (Ed.) (2004): *Pensar la solidaridad*, Madrid, U. Pontificia de Comillas.
- WILDE, Lawrence (2004): «A “Radical Humanist” Approach to the Concept of Solidarity», *Political Studies*, vol. 52, pp. 162-178.
- ZUBERO, Imanol (2003): «Solidaridad», en Ariño (2003).
- ZÚÑIGA, Luis R. (2001): «Estudio preliminar», en Durkheim (2001).

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

II.2

A PROPÓSITO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La relevancia de la filosofía moral para el derecho

Por SILVINA ÁLVAREZ
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo realiza una esquemática presentación de algunos de los itinerarios teóricos que ponen de relieve que para comprender el alcance del derecho debemos recurrir a la filosofía moral. En primer lugar se hace referencia a las relaciones entre el derecho y la moral que se ponen de manifiesto ya al abordar el concepto de derecho. En segundo lugar, se alude al tema central del debate filosófico jurídico de los últimos años, la reformulación del positivismo jurídico, resaltando cómo dicho debate vuelve a poner de manifiesto la relevancia para el derecho de la reflexión en torno a cuestiones de filosofía moral. El giro hacia el positivismo incluyente o incorporacionista, que indaga en las instancias en las que el derecho hace remisiones a la moral, ha contribuido a que algunos autores se hayan ocupado de manera renovada de las relaciones entre el derecho y la moral. Este nuevo interés del derecho por la moral ha hecho que temas que son centrales en el debate filosófico-moral hayan pasado a serlo también en el debate filosófico-jurídico. Tal es el caso de la objetividad, a la que se dedica la última parte del trabajo.

Palabras clave: *filosofía moral; teoría del derecho; normas jurídicas; positivismo jurídico; objetivismo moral; realismo moral.*

ABSTRACT

The author presents main theoretical issues which reveal moral philosophy is of the most importance for understanding the strength and the scope of law. In the first place, she refers to relations between law and morality through the very concept of law. Second, she introduces legal positivism –one

of the most important themes of contemporary debate on legal philosophy—and its further considerations on moral philosophy. Inclusive positivism lead many legal philosophers to focus on moral issues as referred by law. This way, main subjects of moral philosophy have become of utmost relevance for legal philosophy as well. Such is the case with objectivism, as explained in the last section of the paper.

Key words: moral philosophy; legal theory; legal norms; legal positivism; moral objectivism; moral realism.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN.—2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.—3. POSITIVISMO JURÍDICO Y FILOSOFÍA MORAL.—4. LA OBJETIVIDAD MORAL Y EL DERECHO.—BIBLIOGRAFÍA.

1. PRESENTACIÓN

Un rápido recorrido por los temas que en los últimos años han ocupado a los filósofos del derecho revela como eje del debate actual la puesta en cuestión y reformulación del positivismo jurídico y, como consecuencia de esto, un ámbito renovado y ampliado de reflexión moral en torno al derecho. El lugar de los principios en el derecho, la validez de la tesis de las fuentes sociales, el convencionalismo, los criterios formales y materiales de validez, el papel de los jueces y la argumentación jurídica, son algunos de los temas que han aparecido en el debate o se han vuelto a presentar ahora con una perspectiva nueva. Y han puesto además en primer plano algo que el positivismo jurídico parecía haber relegado a un lugar secundario al momento de explicar el derecho. Me refiero a la moral, las relaciones entre el derecho y la moral, y por ende la filosofía moral.

Las relaciones entre derecho y moral llaman la atención sobre diversos aspectos. En primer lugar las similitudes entre la moral y el derecho como sistemas normativos. Pensemos por ejemplo en el análisis deontológico, las prescripciones y los juicios de deber, en la noción y tipos de conflictos normativos, las razones para la acción, o conceptos como el de autoridad, deber, coacción, autonomía, consentimiento, responsabilidad. Estos son solo algunos de los problemas comunes sobre los que la filosofía moral y la filosofía del derecho se han ocupado —cada una, claro está, teniendo en cuenta la especificidad propia de las cuestiones con las que se enfrenta—. Existen además importantes ámbitos prácticos en los que se superponen el análisis jurídico y el moral. Se entiende entonces que las cuestiones propias de la filosofía moral, la teoría de la justicia, la formulación de los enunciados éticos, el contenido obligatorio de los preceptos morales, su vinculación con las costumbres y tradiciones sociales, etc., hayan sido y deban ser materia de estudio por parte de los filósofos del derecho.

En lo que sigue voy a exponer de manera muy sintética algunos de los itinerarios teóricos que creo ponen de relieve importantes ámbitos en los que, para comprender el alcance del derecho, debemos recurrir a la filosofía moral. En primer lugar, me voy a referir a las relaciones entre el derecho y la moral que se ponen de manifiesto al abordar el concepto de derecho¹. En segundo lugar, y centrándome en el ámbito

¹ Existen otros ámbitos, además del conceptual, en los que las relaciones entre derecho y moral están presentes. Aunque no me puedo referir aquí a todos ellos, cabe mencionar al menos otros dos ámbitos importantes en que la comprensión del derecho remite a consideraciones morales; uno es el ámbito político en el que se realiza la valoración de la producción normativa, y otro es el ámbito constitucional en el que tiene lugar la incorporación de principios morales a través de la Constitución. Con respecto al primero, conviene comenzar por citar la conocida distinción entre legitimación y legitimidad. Mientras la legitimación hace referencia al hecho de que determinadas normas o los sistemas jurídico-políticos que las avalan sean reconocidos y aceptados por quienes participan en ellos, la legitimidad no tiene que ver con una constatación empírica, con los hechos o descripción de un estado de cosas jurídico, político o social, sino con la valoración y justificación de esos mismos fenómenos (DÍAZ, 1984; LAPORTA 1993). En este sentido, para poder decir que un sistema jurídico o político es legítimo no basta con señalar que goza de aceptación o que sus normas son obedecidas –en cuyo caso diríamos que está legitimado o goza de legitimación–, sino que habrá que confrontarlo con principios o valores. Más concretamente, la legitimidad de un sistema jurídico-político se mide en función de su conformidad con valores. En este punto, por tanto, la relación entre derecho y moral se dirime en el terreno de la teoría normativa, de la justificación de las normas jurídicas a través de su conformidad con criterios de corrección como podría ser una concepción de la justicia. En segundo lugar, cabe hacer referencia a las normas constitucionales que incorporan al sistema principios constitucionales que coinciden en su formulación con normas morales. Al incorporar en los textos constitucionales normas de naturaleza claramente moral, el moderno constitucionalismo sentó las bases para la revisión de la tesis de la separación entre derecho y moral y, con ello, del positivismo jurídico (véase PRIETO 2003; ESCUDERO, 2004:150-153). Producida a través de las normas constitucionales la incorporación explícita de los principios, se abre un amplio margen para el debate en torno a cuestiones de argumentación jurídica que se extienden al ámbito de la argumentación moral. Los principios incorporados a través de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional han sido analizados en su dimensión estructural, funcional y material, como un elemento de transformación y renovación tanto del ordenamiento como de la teoría del derecho que se ocupa de estudiarlo (GARCÍA FIGUEROA, 2004). La doble vertiente de los derechos humanos como derechos positivos y como derechos morales plantea nuevos desafíos al momento de analizar las conexiones entre derecho y moral. Difícilmente pueda negarse la conexión con la moral de esta parte del derecho que, a su vez, enlaza con cuestiones de justicia (ver HIERRO, 2002b; ver también PECES-BARBA, 1980:78). Una de las consecuencias más notorias de esta incorporación tiene que ver con el margen de indeterminación y por tanto de incertidumbre jurídica que suscitan los derechos fundamentales en tanto principios. Varias circunstancias ayudan a ello, principalmente, lo que ALEXY ha llamado el «máximo grado de indeterminación» de los derechos fundamentales (2003:35-37), su orden variable de prelación o «jerarquía móvil» según la denominación de GUASTINI (1996:145) y, en definitiva, la imposibilidad de prever toda la extensión de la casuística que puede requerir la atención y aplicación de los principios, con la consecuente inestabilidad de las decisiones jurídicas que den cuenta de ella. El derecho presenta con los principios su faceta más maleable –para algunos su cara más vulnerable– en la medida en que pone en evidencia la indeterminación de sus propias normas. Esto se debe también a la textura abierta de las normas que, como

de la definición del derecho, me voy a referir muy brevemente al que he señalado como tema central del debate filosófico jurídico de los últimos años, es decir la reformulación del positivismo jurídico, resaltando cómo dicho debate vuelve a poner de manifiesto la relevancia para el derecho de la reflexión en torno a cuestiones de filosofía moral. El giro hacia el positivismo incluyente o incorporacionista, que indaga en las instancias en las que el derecho hace remisiones a la moral, ha contribuido a que algunos autores se hayan ocupado de manera renovada de las relaciones entre el derecho y la moral. Este nuevo interés del derecho por la moral ha hecho que algunos temas que son centrales en el debate filosófico-moral hayan pasado a serlo también en el debate filosófico-jurídico. Tal es el caso de la objetividad –moral y jurídica–, a la que me refiero en la última parte de este trabajo.

2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Como es sabido, la diferencia central entre las dos grandes concepciones sobre el derecho, iusnaturalismo y positivismo, gira en torno a las relaciones entre derecho y moral. El iusnaturalismo presenta el derecho como intrínsecamente ligado a la moral. Sea en su versión racionalista o en otras de corte teológico, la afirmación respecto al vínculo indisoluble entre normas jurídicas y principios, valores o normas morales va acompañada de una concepción cognoscitivista, a menudo realista, sobre la moral. Podemos entonces afirmar, como hace C. Nino, que el iusnaturalismo se compone de una tesis sobre el concepto de derecho más una tesis metaética sobre la justificación de los enunciados morales, y que no puede entenderse si falta una de ellas (1980:28). Hart propone la siguiente afirmación para describir el iusnaturalismo racionalista: «hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido» (Hart, 1963:230).

El positivismo jurídico, por su parte, niega esta conexión entre derecho y moral, y afirma que para definir el derecho no necesitamos involucrar apreciaciones sobre la calidad moral de las normas jurídicas. No haría falta mostrar, por tanto, la plausibilidad de ninguna teoría metaética. El positivismo conceptual –siguiendo la terminología de Nino– asume una posición clara sobre cómo definir el derecho en relación a elementos descriptivos o empíricos y sin hacer valoraciones sobre el contenido sustantivo de las normas. Nótese entonces que esta

los principios, se componen de elementos axiológicos. Se trataría no ya de una textura abierta semántica sino axiológica o valorativa. Diversas teorías han sido propuestas para aliviar e interpretar la incomodidad jurídica que la presencia de los principios genera; sin embargo, ninguna de ellas parece poder evitar la necesidad de recurrir a la argumentación moral.

definición niega la tesis iusnaturalista sobre la vinculación entre el derecho y la moral pero nada dice sobre la tesis iusnaturalista sobre la justificación de los enunciados morales (Nino, 1980:38). Y no lo hace no porque se oponga a ella en el sentido de afirmar una teoría metaética diferente, no naturalista o no objetivista –aunque algunos positivistas como Kelsen, por ejemplo, lo hayan hecho–. No lo hace simplemente porque el positivismo, en tanto teoría que se ocupa *solo* de los límites conceptuales del derecho, no necesitaría pronunciarse ni tomar postura sobre teorías metaéticas. Ser positivista en este sentido no quiere decir –ni puede querer decir– que haya que negar o ignorar otros ámbitos –más allá del análisis sobre el concepto del derecho– en los que el derecho se cruza con la moral y para cuyo estudio, por tanto, será indispensable detenerse en cuestiones de filosofía moral.

Superado entonces este primer ámbito de encuentro entre derecho y moral, podemos ver ahora las relaciones que persisten incluso si asumimos la tesis positivista sobre el concepto de derecho². Veremos que a medida que avanzamos en la definición de los elementos que forman ese conjunto llamado derecho, principalmente en la medida en que avanzamos en la definición de la norma jurídica, su validez, carácter obligatorio, legitimación y legitimidad, ese concepto que en principio aislamos de su entorno axiológico comienza a verse cada vez más involucrado con connotaciones valorativas.

Ante todo, tal vez convenga decir que la influencia de la tesis del positivismo respecto de la separación entre el derecho y la moral, ha hecho que a veces se olvide que, incluso si aceptamos tal tesis, se trata de una tesis conceptual que en nada afecta a las múltiples relaciones que existen entre el derecho y la moral en otros ámbitos. Esto ha hecho que de ser una tesis conceptual se haya transformado a veces en una tesis normativa desvirtuando su validez teórica y su eficacia metodológica. El llamado «positivismo ideológico» –tal como lo describiera Bobbio– es el ejemplo claro de este tipo de aproximación al derecho que, no pudiendo negar sin más la presencia de elementos propios del ámbito de la valoración moral en el derecho y en la práctica del derecho, afirma que todo lo que es derecho es derecho justo o, cuanto menos, es derecho válido en el sentido de que conlleva fuerza obligatoria. En este sentido Ruiz Miguel propone reservar la denominación de positivismo ideológico para hacer referencia a «la doctrina de la obediencia al derecho en cuanto tal», y propone distinguirlo así de la «ideología positivista» (2006:463).

De manera sintética, Bobbio identifica dos características generales del positivismo ideológico: «1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o

² Sobre la tesis de la separación entre derecho y moral y la caracterización del positivismo jurídico, véase L. HIERRO (2002a:279-299).

invalidez. 2) el derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y , en general, la justicia legal³». En una aproximación más extensa sobre este punto, Bobbio señala cuatro argumentos distintos para la justificación de la «obediencia absoluta a la ley», dos de ellas vinculadas a distintas concepciones de la justicia y otras dos relacionadas con distintas concepciones del Estado: 1. concepción escéptica o realista de la justicia; 2. concepción convencionalista de la justicia; 3. concepción sacramental de la autoridad; y 4. concepción del Estado ético (Bobbio, 1993:231-233).

Puede también entenderse que el positivismo ideológico está basado en la idea de que existiría un solo principio moral que deberíamos atender al enfrentarnos con el derecho y tal principio sería el que ordena hacer todo aquello que el derecho prescribe como obligatorio. Pero como señala Nino, aunque existen buenas razones para pensar que tenemos que obedecer el derecho, difícilmente pueda sostenerse que no existen otros principios morales a tener en cuenta al momento de seguir o aplicar el derecho (1980:35).

En cualquier caso, el positivismo ideológico me parece un ejemplo extremo de cómo se ha desvirtuado la tesis de la separación conceptual, contribuyendo así a alimentar posturas que en vez de intentar detectar y explicar la complejidad de las relaciones entre derecho y moral, han preferido simplificar la realidad apelando a un positivismo simplista y capaz de distorsionar el ámbito de lo jurídico.

Para analizar las relaciones entre derecho y moral que persisten cuando asumimos el positivismo conceptual, conviene comenzar por destacar las semejanzas que existen entre derecho y moral en tanto sistemas normativos. Como señala Hart, a menudo identificamos en el derecho ámbitos de regulación que coinciden con ámbitos de regulación moral, es decir que existe a veces «una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral» (1963:212). Las semejanzas entre reglas morales y reglas jurídicas ha sido sintetizada por este autor en las siguientes características comunes: carácter obligatorio independientemente del consentimiento individual; están avaladas por la presión social; su cumplimiento no es considerado causa de especial elogio en la medida en que se trata de una actitud debida; regulan situaciones comunes y constantes de la vida de los individuos; son necesarias para la convivencia social (1963:214). A pesar de estas similitudes, existen entre normas jurídicas y normas morales diferencias que cualquier participante en la vida social percibe incluso sin conocer en profundidad qué es lo que define las peculiaridades de unas y otras. En general, Hart señala que perci-

³ Citado en NINO (1980:33).

bimos la moral como un sistema cuya imposición tiene lugar en el fuero interno, es decir que no se trataría de normas impuestas desde fuera sino de pautas de comportamiento que el sujeto internaliza y acepta. Por el contrario, las normas del derecho tendrían un carácter externo, serían impuestas al sujeto desde fuera⁴.

Las notorias similitudes entre las normas morales y las jurídicas ha hecho que las diversas caracterizaciones de los sistemas normativos ofrecidas en el ámbito jurídico, no puedan dejar de compararse con los sistemas normativos de la moral, en el intento precisamente de lograr mejores y más precisas definiciones a partir de reconocer las diferencias entre ambos sistemas normativos. F. Laporta ha apuntado que Kelsen no logra identificar elementos propios de los sistemas jurídicos toda vez que su esquema de validez normativa con referencia a la norma fundamental podría aplicarse también a la moral. Kelsen no reconoce esta posibilidad porque niega que las normas morales puedan tener validez objetiva, estando relegadas, desde su escepticismo en materia moral, al ámbito puramente subjetivo (Laporta, 1993:17). Aunque la caracterización de Ross también podría servir para identificar normas morales, éste daría un paso más al individualizar dos características propias de las normas jurídicas: en primer lugar los sistemas jurídicos no solo se integran con normas de conducta sino también con normas de competencia, y en segundo lugar las normas jurídicas están destinadas a regular el uso de la fuerza (Laporta, 1993:32). Hart, por su parte, da pasos decisivos en este sentido especialmente a través de la caracterización del punto de vista interno. Recordemos que el concepto de validez en Hart está vinculado a la regla de reconocimiento: «decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema» (1963:129). Las reglas de reconocimiento son reglas complejas que hacen referencia a características que poseen las reglas primarias; por lo general la regla de reconocimiento no aparece de forma expresa en el sistema, «sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros» (1963:128). Así formulada, la regla o reglas de reconocimiento solo podemos concebirlas si tenemos presente el punto de vista interno: «quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo» (1963:128). De este modo, tenemos que la validez de una norma depende de la regla de reconocimien-

⁴ Para esclarecer esta percepción que en efecto no se presenta con toda claridad, HART propone cuatro dimensiones a través de las cuales distinguir las reglas morales de otras reglas sociales: importancia, inmunidad al cambio deliberado, carácter voluntario de las transgresiones morales y forma de presión moral –que en el ámbito de la moral influye especialmente en la conciencia individual (1963:215-223).

to y ésta se gesta cuando atendiendo al punto de vista interno los participantes aceptan dicha regla. Esta aceptación social del derecho parece llevarnos otra vez muy cerca de las razones morales⁵.

Sumadas a estas consideraciones, las últimas aportaciones al debate en torno a la naturaleza de las normas jurídicas han acentuado aún más la relevancia de la filosofía moral para el derecho en la medida en que se ha puesto de manifiesto una vez más la estrecha vinculación entre normas morales y normas jurídicas. Entre tales aportaciones una de las más influyentes ha sido la perspectiva introducida por R. Dworkin al señalar la existencia dentro del sistema jurídico de los principios, es decir, de un tipo de normas cuyo contenido es enteramente de índole moral y cuya incorporación se efectúa a menudo a través de canales indirectos, difusos, en mayor concordancia con la forma en que aceptamos las normas morales. Si ya en la formulación hartiana –y no obstante los esfuerzos de Hart– la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral parece presentar algunas fisuras –señalamos por ejemplo que el punto de vista interno para la identificación y cumplimiento del derecho parece depender de motivaciones de tipo moral–, la propuesta de Dworkin ataca directamente esta tesis planteando que no existe tal separación. No existiría porque están presentes los principios y porque a consecuencia de ello la práctica jurídica obliga a los jueces a aplicar normas que son de índole moral sin que con ello estén apelando a la discrecionalidad, sino aplicando el derecho.

Más allá de las críticas que ha suscitado la propuesta de Dworkin, no se puede dejar de señalar que ella ha cambiado el rumbo de la teoría del derecho y, más precisamente, del positivismo jurídico, al tiempo

⁵ La dificultad de distinguir reglas jurídicas y reglas sociales reaparece cuando se plantea la cuestión sobre la fuerza obligatoria del derecho. Para HART la obligación está vinculada al aspecto interno de las reglas, pero como señala LAPORTA «Hart solo puede dar cuenta en sus propios términos de la idea de obligación jurídica si concibe la actitud “interna” ante las normas jurídicas como productora de una motivación de carácter moral» (1993:38). Estas breves consideraciones están apuntando otro importante ámbito en el que el derecho remite a consideraciones morales –del que no me voy a ocupar aquí–, como es el de la normatividad del derecho, o el origen de su carácter obligatorio para quienes actúan siguiendo sus normas. J. C. BAYÓN ha afirmado que «un razonamiento práctico justificatorio que toma en cuenta la existencia de normas jurídicas y cuya conclusión es un genuino juicio de deber (que se expresaría a través de un enunciado comprometido) ha de contener como premisa razones morales para actuar» (1991:729). También C. NINO ha sostenido en relación con el razonamiento jurídico justificatorio que «las normas jurídicas no expresan razones operativas autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales; cuando las normas jurídicas son concebidas como prescripciones o prácticas, al igual que las órdenes y a diferencia de las expresiones emocionales, operan sobre la razón, o sea inciden en el comportamiento a través de las razones que el destinatario pudiera eventualmente tener, pero, a diferencia de los principios valorativos [...] no expresan por sí mismas razones operativas para actuar» (NINO, 1985:143). E. GARZÓN VALDÉS, por su parte, afirma que «las autoridades y funcionarios se contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas frente a las que adoptan un punto de vista interno» (1993:329-330).

que ha revitalizado la discusión moral en el marco de la filosofía del derecho y ha introducido un nuevo protagonismo de la filosofía moral para la resolución de los problemas propios de la filosofía jurídica. Entre el positivismo hartiano y el postpositivismo dworkiniano, se han presentado numerosos y variados intentos de reformulación del positivismo jurídico. Entre las versiones más debatidas de un positivismo capaz de dar cuenta de los principios o normas morales presentes en el derecho, cabe citar distintas versiones del positivismo revisitado, como el incorporacionista y el incluyente –a los que me referiré muy brevemente en el próximo apartado.

3. POSITIVISMO JURÍDICO Y FILOSOFÍA MORAL

Los mencionados ámbitos de relaciones entre el derecho y la moral actualizan la relevancia de la filosofía moral para el derecho. En el ámbito de la definición del derecho, las nuevas formulaciones del positivismo proponen repensar el concepto de derecho a partir de sus remisiones a la moral⁶, introduciendo así en el seno del derecho el razonamiento en torno a valores. Dicho de otra manera, el llamado *soft positivism* –utilizando de forma genérica la terminología que acuñara Hart– señala la presencia en el derecho de preceptos morales que a su vez introducirían en el derecho el razonamiento propiamente moral. Para ver de qué manera se produce esta remisión del razonamiento jurídico al razonamiento moral se hace necesario distinguir, en primer lugar, entre los distintos tipos de positivismo incluyente o incorporacionista a que ha dado lugar la teoría filosófico-jurídica. No abordaré aquí esta cuestión de manera acabada, ya que el debate en este punto se ha ramificado lo suficiente como para formar una familia sumamente extensa de «positivismos»⁷. Haré referencia de manera muy sintética solo a algunas de estas manifestaciones, con el propósito de indicar cómo dicho debate ha dado entrada a importantes cuestiones de fundamentación y argumentación moral, sin las cuales no parece posible repensar el derecho⁸.

⁶ B. LEITER resume la incorporación de pautas morales en el derecho señalando dos vías por las que las razones jurídicas pueden incluir razones morales. La primera se da cuando las fuentes del derecho, las leyes o las disposiciones constitucionales, incluyen ellas mismas principios de índole moral. La segunda vía hacia las razones morales tiene que ver con los criterios de validez o pertenencia mencionados en el apartado anterior: «las razones morales podrían formar parte de la clase de razones jurídicas por ser parte del criterio de validez jurídica [...] Algunos positivistas jurídicos [...] sostienen que de manera contingente la moral puede ser un criterio para la validez jurídica si en la práctica los operadores jurídicos de una sociedad utilizan consideraciones morales como criterio de validez legal» (2001:4).

⁷ Para un análisis de los distintos tipos de positivismo, véase BAYÓN (2002); véase también MORESO (2002).

⁸ Cabe apuntar aquí que mientras efectivamente el debate filosófico-jurídico ha introducido cuestiones de filosofía moral que han pasado por tanto a tener una presen-

Siguiendo a M. Kramer podemos adoptar las siguientes definiciones. El positivismo incorporacionista –tal como lo defiende J. Coleman– afirma que la regla de reconocimiento permitiría la entrada de los principios en el derecho si ella misma consistiera en un criterio moral capaz de determinar la validez jurídica de una norma exclusivamente sobre la base de su contenido moral –es decir sin necesidad de que concurra ningún otro extremo institucional, procedimental, etc. Es decir que –como especifica S. Shapiro– las razones que un operador jurídico tiene para aplicar una norma jurídica no provienen de dichas normas sino del contenido moral recogido por la regla de reconocimiento (Kramer, 2004:18). El positivismo incluyente, por su parte, surgiría a partir de una defensa solo poco matizada del positivismo hartiano, ya que significaría la inclusión de los principios como criterio adicional para la identificación de las normas jurídicas. Se trataría de admitir –y Kramer afirma que Hart lo habría hecho incluso antes de los ataques de Dworkin– que los principios morales pueden formar parte de la regla de reconocimiento en el sentido de que pueden formar parte de los criterios para identificar las normas jurídicas⁹. W. Waluchow fue quien defendió esta línea de argumentación en defensa del positivismo hartiano en un primer momento (Kramer, 2004:4). Waluchow se centra en las críticas que esta posición genera con respecto a la certeza en el derecho, ya que ésta parecería quedar seriamente mermada con la incorporación de normas morales a menudo de difícil interpretación y aplicación. Este autor, sin embargo, propone reconsiderar los estándares de certeza que es razonable esperar del derecho –en el sentido de que tal vez la incertidumbre es mayor de la que tendemos a reconocer–, así como repensar si las normas morales son tan imprecisas y vagas como suele afirmarse –ya que tal vez se trataría de ajustar mejor los márgenes de certeza moral (Waluchow, 1994; véase también Escudero, 2004:135-145)–, esto nos lleva a la relación del derecho con el objetivismo moral a la que me referiré más adelante. Como el positivismo incorporacionista, también el positivismo incluyente admitiría la inclusión de criterios morales en la regla de reconocimiento no solo en la medida en que ésta sirva para determinar

cia importante en dicho debate, esto no implica que la filosofía moral tenga alguna relevancia para el derecho. Mientras el debate jurídico se ha nutrido de cuestiones propias de la moral, solo quienes suscriben alguna forma de positivismo incluyente o incorporacionista estarían dispuestos a admitir no ya la relevancia de la filosofía moral para la filosofía jurídica sino para la comprensión y definición del derecho mismo.

⁹ J.C. BAYÓN ha afirmado que el positivismo incluyente en general postularía algo así como la existencia de una «regla de reconocimiento compleja» que contemple tanto criterios de pertenencia basados en las fuentes –sociales o convencionales– como en el contenido –moral– de las normas (2002:71). Agrega además que, para conseguir que las normas basadas en criterios materiales o valorativos sean auténticamente válidas en razón de su contenido y no «meramente subsidiarias» de las que pertenecen al sistema en razón de su linaje o de su fuente, se debe hacer referencia a «alguna clase de objetividad» que no pudiendo ser de índole convencional deberá ser entonces de carácter moral (2002:73). Volveré sobre este punto más adelante.

la existencia de las normas jurídicas, sino también para determinar su contenido¹⁰.

Kramer ubica el nacimiento del incorporacionismo en algunos trabajos de P. Soper, así como en el propio Hart, aunque tal vez haya sido Coleman quien le dio su configuración más acabada y presente en el debate actual. La diferencia entre positivismo incluyente e incorporacionista la podemos plantear ahora del siguiente modo. Siguiendo a Shapiro y Kramer, podemos afirmar que mientras el primer tipo de positivismo admite que la inclusión de principios morales a través de la regla de reconocimiento podría hacer que los mismos pasaran a constituir una condición *necesaria* –pero no suficiente– para la identificación de las normas jurídicas –es decir que deberían concurrir también otros criterios de tipo, por ejemplo, institucional o referentes al pedigrí o linaje de las normas–, el incorporacionismo de Soper o de Coleman afirma que la presencia en la regla de reconocimiento de pautas morales hace que éstas sean *suficientes* para determinar la validez de una norma jurídica a partir de su conformidad material con dichas pautas, es decir que la corrección moral pasa a ser el criterio para determinar la validez jurídica¹¹ (Kramer, 2004:20; 25).

Todo esto, parece claro ahora, nos llevaría muy lejos de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, y parecería no solo reafirmar las relaciones entre derecho y moral, sino apuntar que dichas relaciones tienen lugar incluso en el ámbito del concepto mismo de derecho: identificar qué es el derecho, cuáles son las normas del sistema, cuál es el derecho válido, es una tarea que no puede llevarse a cabo sin ese

¹⁰ Conviene distinguir aquí entre una regla de reconocimiento que solo admitiese criterios materiales para determinar la existencia de una norma y aquella otra que los admitiese para determinar también su contenido. Pensemos por ejemplo en una regla de reconocimiento del tipo «son normas válidas del sistema las que cumplan con el principio de igualdad.» Una regla de reconocimiento así formada parece claro que no solo estaría determinando las condiciones de existencia de la norma, sino que determinaría también su contenido. Dicho de otra forma, estaría determinando su existencia en razón del contenido. Podríamos pensar en cambio en una regla que solo incorporase pautas morales para determinar la existencia aunque no el contenido de las normas. Me parece que en tal caso el tipo de matización que cabría esperar sería el que surge de una regla de reconocimiento como la siguiente: «son normas válidas del sistema las que dicte el parlamento de acuerdo con un procedimiento justo». Una regla de este tipo incorporaría elementos valorativos que sin embargo no determinan el contenido de las normas jurídicas –al menos no directamente– sino que introducen una matización valorativa en la identificación de las normas. Para decirlo en otras palabras, se trataría de matizaciones morales que afectan solo al pedigrí o linaje de las normas –no a su contenido. Sin embargo, incluso en este caso, el contenido no puede dejar de verse afectado por el procedimiento en la medida en que las condiciones institucionales que se señalan solo sirven para identificar la norma si se cumplen además las condiciones valorativas también señaladas, que en este caso afectan a elementos procedimentales que tienen por finalidad crear las condiciones para legitimar los resultados.

¹¹ Sobre la conformidad con las pautas morales como condición necesaria para la identificación de las normas válidas del sistema, y las distintas variantes de esta tesis, véase BAYÓN (2002:72).

componente de valor que formaría parte de la regla de reconocimiento. Esto no quiere decir que la tesis de la separación no se conserve en algún sentido. Se conserva en lo que Coleman denomina la tesis negativa del positivismo jurídico: puede existir un sistema jurídico que no contenga en su regla de reconocimiento elementos morales para la determinación de las normas válidas del sistema –aunque éste no suela ser el caso–. No parece conservarse, en cambio, la distinción entre el derecho que es y el derecho que debería ser. Si asumimos que los enunciados morales tienen pretensión de objetividad en el sentido de verdad moral, entonces podemos afirmar que en la medida en que el derecho incorpora preceptos morales no cabría más que un conjunto de normas válidas. Tal vez quepa, sin embargo, una definición menos ambiciosa de los contenidos morales, que aun proponiendo acuerdos en torno a cuestiones de valor, deje un espacio para la determinación de sus contenidos conforme a distintas formulaciones o concepciones de lo correcto.

En cualquier caso, estos debates en torno al positivismo no solo dan cuenta de una importante reformulación y recuperación de las relaciones entre el derecho y la moral, sino que actualizan la relevancia de la filosofía moral para el derecho. En la medida en que se identifican y se analizan esos ámbitos en los que el derecho no puede dejar de lado sus implicaciones valorativas, se produce también una profundización en cuestiones de fundamentación que hace ineludible la reflexión en torno a temas centrales de la filosofía moral, como es el caso del objetivismo y su importancia para el derecho.

4. LA OBJETIVIDAD MORAL Y EL DERECHO

Las conexiones entre el derecho y la moral que se ponen de manifiesto a través de los temas que se han señalado en el apartado anterior nos plantean un interrogante ulterior: si el derecho tiene tantos y tan fuertes vínculos con la moral, entonces será relevante determinar cuáles son los fundamentos últimos de los valores que intervienen en el derecho. En otras palabras, no puede ser indiferente para el derecho la pregunta sobre la fundamentación de la moral y la posibilidad de afirmar el valor de verdad de los enunciados de valor. Como señala Waldron (1999), quienes se oponen al positivismo normativo –es decir a la tesis de que el derecho, y la aplicación del derecho, debe realizarse sin apelar a juicios morales independientes– suelen reforzar su perspectiva con la apelación al realismo moral –o la tesis según la cual los juicios de valor pueden ser clasificados como verdaderos o falsos independientemente de las creencias o percepciones subjetivas de quien los emite. Según Waldron, este refuerzo de la vinculación entre derecho y moral a través del realismo moral sería solo ilusorio, ya que el realismo moral no disminuye las cuotas de arbitrariedad que ame-

nazan la estabilidad en la interpretación y aplicación del derecho, y no lo hace fundamentalmente porque no elimina el desacuerdo moral. Más detalladamente el argumento es el siguiente:

Waldron afirma que la motivación que lleva a importantes representantes del positivismo jurídico a empeñarse en trazar una frontera nítida entre el derecho y la moral está en la búsqueda de certeza, seguridad jurídica o conocimiento respecto de qué es lo que los operadores jurídicos pueden decidir. Todo ello se sintetiza en la idea de arbitrariedad: es el temor a la arbitrariedad –de los jueces– lo que mueve al positivismo. Dicha arbitrariedad puede resumirse en tres ideas: a) falta de certeza en el sentido de no poder predecir el derecho en su fase de aplicación; b) falta de racionalidad, es decir, carencia de claridad argumentativa al momento de exponer o motivar una decisión; y c) falta de legitimidad democrática, entendida como falta de autoridad o aval moral para tomar el tipo de decisiones que toman los jueces en algunos casos controvertidos (Waldron, 1999:167-168). Según Waldron ninguno de estos tres aspectos de la arbitrariedad puede ser superado apelando al realismo moral. Esta conclusión se desprende de la incapacidad del realismo moral para ofrecer soluciones concluyentes en los supuestos de desacuerdo. Dado que el realismo tiene que aceptar su incapacidad para ofrecer soluciones concluyentes a los casos de desacuerdos genuinos entre distintas creencias o percepciones sobre los hechos morales –tal como los concibe el realista–, entonces no puede ofrecer argumentos mejores a los que podría ofrecer, por ejemplo, un emotivista o un cuasi-realista frente a casos controvertidos. En palabras de Waldron: «O bien estamos en presencia de la arbitrariedad de asumir una actitud en lugar de otras igualmente válidas, o bien de la arbitrariedad de asumir una creencia [sobre hechos, morales] en lugar de otras igualmente válidas. Pero la arbitrariedad está allí, en cualquiera de las perspectivas metaéticas. ¿Por qué los abogados iusnaturalistas han imaginado lo contrario? Solo se me ocurre que se han sentido seducidos por la idea de que los hechos por sí solos pudiesen operar como límites a la arbitrariedad de la decisión judicial [...] Pero la existencia de una respuesta correcta, si es que hay una, es en este sentido una mera cuestión ontológica. [...] Que algo sea verdadero o sea falso depende de relaciones semánticas, y a pesar de lo que nos haya dicho cualquier realista, tales relaciones no tienen nada que ver con los condicionamientos sociales, psicológicos, políticos o institucionales de las decisiones judiciales. [...] Jueces diferentes alcanzarán resultados diferentes incluso en el caso de que todos crean estar realizando la respuesta correcta, y nada sobre la ontología de las respuestas correctas puede darles una razón para pensar que su propia visión es más correcta que otras. Al final, es el desacuerdo moral y no la subjetividad moral la que origina nuestras preocupaciones sobre la actividad moral de los jueces. Y dado que los realistas no tienen casi nada de interés que

decir sobre la resolución del desacuerdo moral, no tienen nada que ofrecer para disipar tales preocupaciones» (1999:186-187).

El análisis y las conclusiones a las que llega Waldron ofrecen elementos interesantes para intentar avanzar no solo en el ámbito de las relaciones entre el derecho y la moral sino también en el ámbito de la fundamentación de los juicios de valor. Empezando por este último punto, se hace necesario profundizar en la noción de objetividad moral. Waldron descarta las posibilidades de alcanzar la respuesta correcta a las controversias en materia moral a través del realismo, ya que éste plantea una tesis sobre la ontología de los enunciados morales en tanto hechos morales, mientras que el desacuerdo persiste en el plano del significado de los juicios morales. Aunque esta afirmación es importante para la comprensión del realismo, Waldron no avanza en la caracterización del objetivismo en ética, no ya como una cuestión ontológica, sino precisamente como una cuestión relativa al significado y función de los juicios de valor. Waldron no distingue suficientemente el ámbito del realismo moral como teoría que pretende afirmar –seguramente, como sostiene el autor, sin lograrlo– el carácter verdadero o falso de los enunciados morales a través de premisas sobre la ontología de los mismos, de la cuestión sobre la objetividad. A diferencia del realismo como teoría ontológica, la objetividad puede ser entendida como un predicado parcialmente cognoscitivistamente sobre el valor de verdad de los enunciados, es decir, un parámetro con el cual intentar superar la subjetividad –y por tanto el desacuerdo–. La objetividad no equivale a la verdad moral, aunque sí pretende alcanzar un conocimiento moral filtrado por la reflexión racional, la capacidad de universalización, la toma de distancia respecto de las posiciones subjetivas; es por ello que podemos decir que se trata de un predicado parcialmente cognoscitivistamente en la medida en que, aun rechazando la existencia de verdades morales en sentido ontológico, no renuncia a superar el punto de vista enteramente subjetivo. La objetividad se desarrolla fundamentalmente en el terreno semántico y no en el ontológico; así, mientras las tesis realistas suelen descansar sobre presupuestos ontológicos descriptivistas o cognoscitivistamente –en el sentido de que para conocer los enunciados morales, éstos deberían confrontarse con hechos morales– sin lograr respuestas a las cuestiones sobre el significado, la objetividad se vale del significado de los enunciados para poder avanzar hacia la atribución no sesgada de valor moral, y discurre fundamentalmente a través de confrontaciones de tipo argumentativo¹².

¹² Sobre el concepto de objetividad, véase MARMOR (2001). Si tomamos la distinción que ofrece A. MARMOR entre tres conceptos de objetividad: objetividad semántica, objetividad metafísica y objetividad discursiva (2001:113-124), observamos que de estos tres conceptos, es a la objetividad metafísica –y no a los otros sentidos en que se puede hablar de objetividad– a la que suele hacerse referencia más frecuentemente, para entenderla como parámetro de la verdad moral tal como aparece por ejemplo en el realismo moral. Como se ha visto a través del análisis de Waldron, la teoría del derecho ha apelado con frecuencia a este concepto de objetividad para vincularlo a una concepción no positivista del derecho, mientras el positivismo ha rechazado la posibilidad de objetividad de las normas jurídicas.

En segundo lugar, Waldron plantea el problema del desacuerdo moral que es sin duda el centro de las mayores preocupaciones y reflexiones en torno a la moral. Aunque resulta muy convincente su conclusión en el sentido de que el realismo no parece aportar nada significativo en este sentido, quedan por explorar las posibilidades de un objetivismo no realista como vía posible –aunque no necesariamente definitiva o concluyente– para canalizar el desacuerdo. En este sentido se puede señalar que la objetividad como forma de argumentación moral no equivale a la idea de encontrar «la respuesta» correcta. La objetividad, en cambio, debe ser concebida como una propiedad gradual, como un ideal a alcanzar aunque solo pueda ser satisfecho en cuotas variables. Así lo entiende S. Wolf al analizar el alcance de la objetividad moral y la posibilidad de distinguir entre «objetividad» y «unicidad»: «la ética puede ser objetiva, o al menos parcialmente objetiva, incluso si no puede ofrecer una solución única y óptima para todos los problemas morales» (1992:748). Según la autora, la razón junto con los hechos empíricos sirven como guías para la evaluación moral incluso si estos dos elementos no bastan para alcanzar soluciones que puedan calificarse de objetivas, en el sentido de la única respuesta posible o la mejor respuesta a un conflicto de valores. En el mismo sentido, M. Stocker subraya que una «decisión razonada» no tiene que presentarse siempre como la única o mejor solución a una cuestión moral: puede haber más de una opción razonable (1990:178-180).

También en el ámbito jurídico, la objetividad puede servir como un recurso racional-argumentativo para dar contenido a las convenciones en torno a valores. Toda vez que la objetividad estaría ligada a la posibilidad de identificar un universo determinado de razones jurídicas capaces de justificar respuestas correctas, y en la medida en que las razones jurídicas descansan en razones morales, entonces la objetividad jurídica depende de la objetividad moral, o en palabras de Leiter «el derecho puede ser objetivo solo si la moral –y el razonamiento moral– es objetivo» (2001:3-4).

Algunos de los autores que han defendido el positivismo incorporacionista admiten la necesidad de complementarlo con una tesis sobre la objetividad moral (véase Coleman, 1995; Leiter, 2001). Otros, en cambio, insisten en la inexistencia de una conexión conceptual entre positivismo incluyente y objetivismo moral, y persisten en la idea hartiana de que el positivismo no estaría ligado a ninguna concepción particular en materia moral (Waluchow, 1994; Moreso, 2002; véase también Escudero, 2004).

En definitiva, para comprender el alcance de la conexión del derecho con la objetividad moral tenemos que definir mejor la objetividad. Ésta podría estar relacionada no con la existencia de una única respuesta correcta frente a los conflictos, sino con respuestas que cumplan con determinados requisitos formales o sustantivos, pero que no necesariamente tendrían que conducir a la respuesta única. En este sentido la objetividad sería una propiedad gradual de los enunciados

morales, que se podría alcanzar en mayor o menor medida, y que en cualquier caso requeriría de la interpretación y la argumentación moral.

La objetividad se presenta así como una de las herramientas relevantes para perfeccionar la argumentación jurídica y moral. Si podemos esperar algún avance en este terreno solo se alcanzará a través de nociones que puedan captar la complejidad de los fenómenos jurídicos allí donde ellos se cruzan con la moral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2003): «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- BAYÓN, J. C. (1991): *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYÓN, J. C. (2002): «Derecho, convencionalismo y controversia», en *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, P. Navarro y M. C. Redondo (eds.), Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.
- BOBBIO, N. (1993): *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi).
- COLEMAN, J. (1982): «Negative and positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 139-162.
- COLEMAN, J. (1995): «Truth and Objectivity in Law», *Legal Theory*, vol. 1, 1995, pp. 33-68.
- DÍAZ, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2004): *Los calificativos del Positivismo Jurídico*. Madrid, Civitas.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993): *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1997): *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GUASTINI, R. (1996): *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli.
- HART, H. L. A. (1963): *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot (trad. de Genaro R. Carrió).
- HIERRO, L. (2002a): «¿Por qué ser positivista?», *Doxa* 25, 2002.
- HIERRO, L. (2002b): «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, pp. 11-73.
- KRAMER, M. H. (2004): *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press.
- LAPORTA, F. (1993): *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara.
- LEITER, B. (ed.) (2001): *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press.
- MARMOR, A. (1997): «On the limits of rights», *Law and Philosophy*, 16: 1-18.

- MORESO, J. J. (2002): «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en P. Navarro y C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- MORESO, J. J. (2003): «Conflictos entre principios constitucionales», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Totta.
- NINO, C. S. (1980): *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- NINO, C. S. (1985): *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- PECES-BARBA, G. (1980): *Derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, Latina.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- RUIZ MIGUEL, A. (2006): «Positivismo ideológico e ideología positivista», en *El Positivismo Jurídico a Examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- STOCKER, M. (1990): *Plural and Conflicting Values*. Oxford, Clarendon Press.
- WALDRON, J. (1999): *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press.
- WALUCHOW, W. J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.
- WOLF, S. (1992): «Two Levels of Pluralism», *Ethics* 102 (July 1992), pp. 785-798.

Sobre la normatividad de la filosofía del derecho

Por JOSÉ LUIS MARTÍ
Universidad Pompeu Fabra*

A José Juan Moreso y Ernesto Garzón Valdés, mis maestros

Lo primero que hice al recibir la invitación de esta revista a escribir unas páginas sobre mi concepción de la filosofía del derecho fue, a decir verdad, preguntarme a quién podría interesarle lo que piense yo sobre ello. Claro que si uno se paralizara al plantearse esto acabaría por no escribir nunca nada. Pero lo segundo fue interrogarme sobre si realmente podía ofrecer una respuesta definida y articulada a este desafío. Debo decir que no creo tener una teoría novedosa que vaya a cambiar mucho lo que el lector ya sabe sobre las distintas maneras de concebir la filosofía del derecho, es decir, que contribuya de manera original a un debate tan largo y complejo como éste. En cambio, me parece que puede tener algún interés exponer aquellas ideas de otros que a mí me han resultado persuasivas a la hora de pensar este problema. Y lo pienso porque el conjunto de las diversas aportaciones realizadas por dichos autores conforman, éstas sí, espero, una visión coherente y articulada de la disciplina y de su objeto de estudio¹.

* Laurance S. Rockefeller Fellow de la Universidad de Princeton 08-09.

¹ He utilizado para la redacción de este trabajo una parte del ejercicio preparado para el concurso de habilitación nacional para profesor titular de filosofía del derecho, celebrado durante los meses de enero y febrero de 2007 en la Universidad Carlos III de Madrid, y en el que tuve la suerte de ser habilitado. Integraban el tribunal de dicho concurso Gregorio Peces-Barba, Virgilio Zapatero, Alfonso Ruiz Miguel, Jorge Malem, Mari Carmen Barranco y Pablo de Lora. Quiero agradecer a todas las personas que leyeron alguna versión preliminar de la parte del ejercicio que he utilizado en este artículo, por los comentarios que me hicieron, y en especial a José Juan Moreso, Jorge Rodríguez, Jordi Ferrer y Pablo Navarro, con quien discutí largamente alguna

La respuesta a la pregunta acerca de qué es la filosofía del derecho es sumamente compleja y debe sortear diversos problemas, si es que uno quiere huir de afirmaciones triviales como «la filosofía del derecho es la reflexión sobre el derecho». En un sentido importante, que seguramente comparte con disciplinas conexas como la filosofía política y la filosofía moral, lo que sea la filosofía del derecho depende en última instancia de qué entendamos por derecho mismo. Esto es sorprendente, porque la visión tradicional adjudica justamente a la filosofía del derecho, una vez constituida, la tarea de contestar a la pregunta de «¿qué es el derecho?», y tal vez sea éste su mayor reto². Pero entonces la pregunta de «¿qué es la filosofía del derecho?» debería ser conceptualmente previa a la pregunta de «¿qué es el derecho?». En otras palabras, no sería posible saber lo que es el derecho hasta que hubiéramos determinado qué es la filosofía del derecho, y no tendría sentido decir que la respuesta a la segunda pregunta determina a la primera. Sin embargo, no hay duda de que la concepción acerca de lo que es el derecho acaba determinando la visión sobre la filosofía del mismo. Para aquellos para los que el derecho no es sino un conjunto de hechos, por ejemplo los realistas jurídicos, la filosofía del derecho no puede ser otra cosa que un apéndice de la sociología jurídica (o de la ciencia jurídica como mera descriptora de hechos), es decir, una herramienta de análisis de los términos jurídicos utilizados por la práctica jurídica de un determinado lugar. Para aquellos otros para los que el derecho sea únicamente una instanciación de un derecho natural inmutable y universal, la filosofía del derecho será la disciplina que permitirá descubrir las verdades eternas contenidas en dicho derecho natural, y en este sentido colapsará o se solapará con la filosofía moral normativa. En definitiva, como he dicho, lo que uno piense acerca de qué es el derecho acaba determinando de un modo importante lo que uno piensa sobre la filosofía del derecho. Y, visto así, más bien parecería que la prioridad conceptual la tendría la pregunta acerca del derecho como objeto de estudio.

Sin embargo, no quiero renunciar a la idea de que es tarea de la filosofía del derecho misma responder a dicha pregunta sobre el derecho. De modo que me parece más adecuado decir que la filosofía del

de las ideas centrales que aquí expondré. Como es de rigor, los muchos errores que el ejercicio acabó teniendo, en parte reproducidos en el presente trabajo, no son imputables a ninguno de ellos, especialmente teniendo en cuenta con cuánta insistencia me advirtieron de ellos, y solo mi ceguera es culpable de la subsistencia de los mismos. Como en este tipo de ejercicios de habilitación se trata en parte también de hacer balance de lo que uno ha aprendido y del itinerario intelectual que cada uno ha recorrido, me parece que volver sobre ello me brinda la ocasión apropiada de agradecer a dos personas concretas que ocupado el rol de mis maestros a lo largo de dicha andadura, y que seguramente son las que más han influido tanto sobre mi pensamiento como sobre mi manera de ver y comprender el mundo. Por ello les quiero dedicar este artículo. Se trata de José Juan Moreso y Ernesto Garzón Valdés.

² Por ello la afirmación de KELSEN de que «una teoría del derecho tiene, ante todo, que determinar conceptualmente su objeto». KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México D. F., Porrúa, 1995, epígrafe 6, pp. 44-70.

derecho es, en primer lugar, una disciplina que reflexiona sobre sí misma estableciendo sus funciones y sus límites, que se auto-constituye, si se prefiere, y en segundo lugar, que responde simultáneamente, inseparablemente, a la pregunta de qué constituye el derecho sobre el que va a reflexionar. En este trabajo me concentraré en sólo dos de las complejidades que atañen a la auto-reflexión de la filosofía del derecho, pues un tratamiento completo de todas ellas excedería las posibilidades de un artículo. Así que no pretendo ofrecer una respuesta general al interrogante (o deberíamos decir «interrogantes») de la filosofía del derecho como disciplina. Me centraré concretamente en la pregunta de si la filosofía del derecho involucra una teoría normativa, así como en la pregunta relacionada de si la filosofía del derecho puede mantener una estricta neutralidad valorativa. Adelanto que, en lo que sigue, trataré de justificar una respuesta positiva a la primera pregunta, sosteniendo la normatividad de la filosofía del derecho, y matizadamente negativa a la segunda, reconociendo sólo un espacio muy reducido a la neutralidad valorativa. Trataré de hacerlo de la mano del positivismo normativo, la teoría que me parece más convincente, y en contra de las explicaciones tradicionales ofrecidas por el positivismo metodológico y la teoría interpretativista.

I

Se puede afirmar que la polémica entre el positivismo jurídico hartiano y la teoría interpretativista de Dworkin ha marcado buena parte de las discusiones de la filosofía del derecho de finales del siglo xx,³ y que un resultado de la misma ha sido la división fundamental entre el positivismo jurídico incluyente y el excluyente⁴. Sin olvidar los

³ Para una visión general de la teoría interpretativista en oposición al pensamiento de Herbert HART, véase la tríada de obras de Ronald DWORKIN formada por *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977; *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986; y *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

⁴ Entre los defensores del positivismo jurídico incluyente, véase Wilfrid J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 1994; Jules L. COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y en España José Juan MORESO, «In Defense of Inclusive Legal Positivism» en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, 37-63, y José Juan MORESO, «Positivismo jurídico y aplicación del derecho», *Doxa*, 27, pp. 45-62. Algunos de los defensores más prominentes del positivismo jurídico excluyente son Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, cap. 3, y «Authority, Law, and Morality», en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, cap. 9; Scott J. SHAPIRO, «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4 (1998), 469-508, y «The Difference That Rules Make», en Brian Bix (comp.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 33-64. Véase también, para un análisis crítico de esta literatura, Juan Carlos BAYÓN, «Derecho, convencionalismo

frentes de discusión todavía abiertos con el realismo jurídico, los *critical legal studies*, o incluso, en su caso, las teorías posmodernas del derecho, la mayoría de debates se han centrado en valorar de un modo u otro la línea de ataque emprendida prácticamente en solitario por Ronald Dworkin desde finales de los setenta. Sin embargo, tras un cierto agotamiento de estas discusiones, también puede afirmarse que la filosofía del derecho está cambiando de foco de interés y durante esta primera década del siglo XXI ha comenzado a centrarse en la batalla que el positivismo jurídico normativo (también llamado positivismo ético), desarrollado por Tom Campbell y Jeremy Waldron, intenta librar contra las concepciones antes mencionadas, así como contra el iusnaturalismo⁵, convirtiéndose ya en una sólida alternativa a las mismas⁶. Y, como trataré de mostrar a continuación, uno de los campos donde se desarrolla dicha batalla es precisamente el de la supuesta dimensión normativa de la filosofía del derecho.

La respuesta del positivismo jurídico metodológico⁷ a la pregunta de si la filosofía del derecho es una teoría normativa ha sido tradicionalmente negativa. En buena medida dicha actitud deriva de la decisiva influencia del positivismo lógico del Círculo de Viena en la tradición analítica previa a los años setenta del siglo XX, y por extensión en lo que ha sido la corriente dominante del positivismo jurídico desde entonces. Tras asumir una metaética no cognoscitivista, o incluso emotivista, como la defendida por A. J. Ayer, esta primera caracterización clásica del positivismo jurídico cuestionaba la posibilidad de formular

y controversia», en P. E. Navarro y M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (Barcelona, Gedisa, 2002), 57-92; y Claudina ORUNESU, Pablo PEROT y Jorge RODRÍGUEZ, «Derecho, moral y positivismo», en *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, México, D. F., Fontamara, 2005, pp. 59-90.

⁵ Sólo por mayor precisión, y porque algunos de sus argumentos corren en paralelo a los que integran la crítica del positivismo jurídico normativo, vale la pena advertir también el interés renovado que está generando la defensa del iusnaturalismo tradicional a manos de John Finnis. Véase, como ejemplo, el número monográfico de discusión con respuesta del propio FINNIS de *Legal Theory*, vol. 13, 2007.

⁶ Véase un precedente de esta literatura en Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965. La discusión contemporánea viene determinada por las obras de Tom CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996; Tom CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism. Law, Rights and Democracy*, London, UCL, 2004; Jeremy WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cap. 12; Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid: Marcial Pons, 2005; Liam Murphy, «The Political Question of the Concept of Law», en J. Coleman, *cit.*, cap. 11; Liam MURPHY, «Better to See Law this Way», *New York University Law Review*, en prensa; y N.E. SIMMONDS, «Law as a Moral Ideal», *University of Toronto Law Journal*, núm. 55, 2005.

⁷ Tomo la noción de positivismo jurídico metodológico de la distinción introducida por BOBBIO entre positivismo ideológico, formalismo y positivismo metodológico o conceptual. Dicha distinción se puede encontrar en diversos trabajos, pero la presentación más clara en mi opinión está en Norberto BOBBIO, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993.

verdaderos juicios de corrección sustantiva moral, más allá de meras expresiones de gusto o disgusto personal⁸. Esto provocó que se popularizara en ciertos sectores una visión que podríamos llamar *reduccionista* de la función de la filosofía del derecho, centrada en ofrecer únicamente un análisis lingüístico de los términos utilizados por los juristas desde el plano de la más estricta neutralidad valorativa. Como es bien conocido, para esta concepción de la filosofía el discurso práctico no ofrece un contexto adecuado para ningún tipo de razonamiento⁹. Hans Kelsen y Alf Ross han sido probablemente los máximos exponentes de esta visión *reduccionista* en el siglo xx. Kelsen basó su filosofía del derecho en una teoría «purificada» de todo elemento valorativo o ideológico¹⁰. No pretendía con ello que el derecho se mantuviese aislado de cualquier ideología, cosa admitida como imposible. Lo que debía ser puro era el conocimiento del derecho, del mismo modo que pretende serlo el de un físico con respecto a las leyes de la naturaleza. Su repudio del discurso normativo sustantivo, al que consideraba mera ideología persuasiva, le llevó a concebir la tarea de la filosofía del derecho en la más absoluta asepsia valorativa, dando lugar así a la versión más extrema de la tesis de la neutralidad valorativa. Algo parecido puede decirse de Alf Ross, a quien la insistencia de no separarse de los hechos como único evento descriptible con objetividad le llevó a suscribir una posición realista jurídica que ha terminado siendo también muy influyente en ciertos sectores iusfilosóficos del siglo xx¹¹.

Pero el positivismo jurídico metodológico ha ofrecido una segunda respuesta, que podríamos denominar visión *comprehensiva separadora*, y que va más allá de la visión reduccionista. Esta segunda posición no rechaza por completo la teoría normativa, aunque la circunscribe a un sector determinado de la filosofía del derecho habitualmente identificado como «teoría de la justicia», que debe ser convenientemente separado de las funciones descriptiva, explicativa y teórica de la filosofía del derecho. Esta es la visión defendida entre otros por Norberto Bobbio al introducir la distinción entre teoría del derecho, teoría de la

⁸ Véase, por ejemplo, ALFRED J. Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Barcelona, Orbis, 1984.

⁹ En parte como resultado de estas asunciones ha proliferado enormemente la sociología jurídica sobre todo en Estados Unidos, pero más recientemente también en Latinoamérica y en Europa, de la mano de la extendida creencia de que la filosofía del derecho normativa no tiene nada que aportar ni ofrece un campo digno de estudio. Esto no debe resultar sorprendente pues lo mismo ha ocurrido, y de hecho en mucha mayor medida, en otros ámbitos como la teoría económica o la teoría política, en los que, sin embargo, dicha situación ha comenzado también a revertir. Véase una presentación de los argumentos a favor de la normatividad de la teoría económica en José Juan MORESO, «Teoría del derecho y neutralidad valorativa», *Doxa*, en prensa.

¹⁰ Véase Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 15; y Hans KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México D. F., Fontamara, 1991.

¹¹ Véase, por ejemplo, su obra más emblemática: Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, [1958], trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

ciencia jurídica y teoría de la justicia, todas ellas disciplinas pertenecientes a la más general de la filosofía del derecho¹². La concepción es comprensiva porque abarca efectivamente la teoría normativa bajo el epígrafe general de filosofía del derecho; pero sin embargo no sacrifica la tesis de la neutralidad valorativa, gracias a separar las diversas funciones de la misma.

Como es sabido, según Bobbio la teoría del derecho se ocupa fundamentalmente del problema de la naturaleza del derecho, de las nociones de norma jurídica y sistema jurídico, del análisis ontológico y de las relaciones sistemáticas de las normas jurídicas y de otras piezas del derecho, y del análisis lingüístico del discurso al que pertenecen todas estas entidades. La teoría de la ciencia jurídica, por su parte, tendría como objeto el análisis de los conceptos jurídicos (los conceptos usados en la ciencia jurídica), los enunciados jurídicos (entre los que destacan los enunciados interpretativos formulados por los aplicadores del derecho), la argumentación jurídica, la aplicación del derecho y la justificación de las decisiones judiciales, así como la clarificación de sus relaciones con otras disciplinas científicas¹³. La teoría de la justicia, finalmente, se ocuparía de las cuestiones normativas relativas al derecho, de la dimensión de evaluación o justificación sustantiva del mismo, a partir de lo que Ferrajoli ha denominado *doctrinas de justificación*¹⁴. Así, aunque en principio la teoría de la justicia sí involucraría una teoría normativa, tanto la teoría del derecho como la teoría de la ciencia jurídica mantendrían el ideal de neutralidad valorativa, tan importante para el positivismo metodológico¹⁵. La separación de funciones se convierte en garante de dicha neutralidad.

¹² Norberto BOBBIO, «Nature et fonction de la philosophie du droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, 7 (1962), pp. 1-11 (trad. de A. Ruiz Miguel, «Naturaleza y función de la filosofía del derecho» en Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, 91-104, por la que se cita).

¹³ Véase, para algunas de las complejidades de esta distinción, así como de la distinción entre teoría y ciencia jurídica, Riccardo GUASTINI, «Imágenes de la teoría del derecho», en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 21-28.

¹⁴ Véase Luigi FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1989, pp. 314-325.

¹⁵ No es claro si Bobbio concebía realmente la teoría de la justicia como propiamente normativa, esto es, exigiendo del filósofo del derecho la asunción de un punto de vista normativo, o si por el contrario creía que se limitaba a ofrecer un análisis lingüístico y formal de los argumentos usados por las teorías normativas que mantendría el ideal de neutralidad valorativa incluso para la teoría de la justicia. Sus afirmaciones en «Naturaleza y función de la filosofía del derecho», *cit.*, son un tanto ambiguas al respecto. Pero si las leemos a la luz de otras de sus obras parece que la interpretación más plausible es la de pensar que el teórico de la justicia efectivamente entra al razonamiento normativo. Así, en otro de sus trabajos centrales, después de distinguir cuatro problemas distintos de la filosofía del derecho, el deontológico, el ontológico, el fenomenológico y el metodológico, Bobbio afirma que «a la tarea deontológica corresponde el estudio de los “valores” que inspiran el ordenamiento jurídico, y por lo general vienen resumidos en la noción de “justicia”». En esta primera concepción la filosofía del derecho se presenta como una teoría de la justicia (que recibe el máximo apoyo de la teoría de las ideas

En esta misma línea «comprehensiva separadora» cabe situar a H. L. A. Hart, quien con su libro *El concepto de derecho* sentó las bases de la discusión de filosofía jurídica contemporánea, especialmente en el ámbito anglosajón. Así, en el prefacio a dicha obra Hart afirma su pretensión de clarificar «la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica», y reconstruir de manera racional el lenguaje utilizado de hecho por los juristas, esto es, casi una obra de «sociología descriptiva»¹⁶. Una de las aportaciones principales de Hart consistió en ver el derecho como una práctica social compleja, que como tal puede ser estudiada por el sociólogo y por el teórico sin por ello sacrificar su neutralidad valorativa¹⁷. Dicha práctica social se mantiene sobre la base de un conjunto de creencias y expectativas compartidas, así como de acciones generalizadas en un determinado grupo social, que son mutuamente dependientes y que no pueden reducirse a un solo elemento básico nuclear¹⁸. Tal y como muestra Hart, es necesario suponer la existencia de algunas normas secundarias que, en definitiva, den cuenta del aspecto institucional del derecho, para comprender su funcionamiento real¹⁹.

El concepto de derecho es institucional en un doble sentido: porque se articula a través de instituciones sociales, y porque el objeto de la práctica institucional, por ejemplo el sistema jurídico compuesto de normas jurídicas, está formado también por instituciones sociales, que

políticas).» Y parece que si recibe dicho apoyo de las ideas políticas es porque entra al discurso normativo. Véase «La filosofía del diritto e i suoi problemi», en Norberto BOBBIO, *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizione di Comunità, 1965, 53-73, en p. 53. Pero es forzoso admitir que ni siquiera en este fragmento la interpretación es del todo clara. Agradezco a Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni y Leticia Morales la ayuda y la discusión sobre estas interpretaciones.

¹⁶ Véase H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963, p. XI.

¹⁷ Es cierto que *El concepto de derecho* termina con un capítulo dedicado a lo que Hart denominó el contenido mínimo de derecho natural, pero en su opinión este contenido básico de todo sistema jurídico no era más que una condición de racionalidad del derecho, si entendemos por ello una práctica humana y social que responde a determinadas expectativas y necesidades de los seres humanos tal y como son, y no un presupuesto normativo necesario. Este análisis, en consecuencia, no tendría por qué comprometer la neutralidad valorativa del teórico.

¹⁸ Por ello, modelos simplificados como los de Austin o Kelsen fracasarían al intentar reducir el concepto de derecho a una sola idea simple, como la de mandato o la de norma jurídica basada en la sanción, respectivamente. Véase John AUSTIN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de Juan Ramón de Páramo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002; y KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit.

¹⁹ Véase HART, *El concepto de derecho*, cap. V. La mejor explicación de la idea de realidad institucional es la desarrollada por John Searle. Como es sabido, Searle entiende que los conceptos institucionales responden a la fórmula de «X cuenta como Y en C», donde X es un objeto determinado, Y es el sentido que le atribuye a dicho objeto una práctica social compleja, y C son las circunstancias determinadas que componen dicha práctica y que dan lugar al significado institucional del concepto. Véase John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Paidós, 1997.

requieren a su vez de prácticas sociales complejas para poder existir y mantenerse²⁰. Como tal concepto institucional, en todo caso, no se refiere a un aspecto de la realidad natural, sino de lo que se ha llamado realidad social o institucional, una realidad construida socialmente. Y aunque dicha realidad institucional depende de lo que todos nosotros colectivamente creamos que constituye, es objetiva en el sentido que no depende de lo que cada uno de nosotros crea, y por lo tanto puede ser descrita y explicada en términos científicos y valorativamente neutros²¹. De nuevo, esto no implica negar la significación del discurso normativo para la teoría de la justicia o la política jurídica, que bien pueden ser parte de la filosofía del derecho, pero lo importante es mantener todas estas funciones separadas, al menos conceptualmente²².

Una idea central y común tanto a los defensores de la visión reduccionista como a los defensores de la visión comprensiva separadora es la de distinguir entre el derecho como es y el derecho como debería ser; entre descripción (sociológica) o reflexión teórica por una parte, y valoración o juicio de deber ser acerca del derecho, por la otra; o, en suma, entre el derecho y la moral (sobre el derecho). Esta tesis, que es definitoria del positivismo jurídico metodológico junto con la tesis del carácter institucional del derecho y de sus fuentes sociales²³, ha estado vinculada a la creencia de que la filosofía del derecho podía mantenerse en una estricta neutralidad valorativa, y ello con la intención de aportar un aire de cientificismo a la actividad del filósofo del derecho, frente a la supuesta falta de criterios racionales de las teorías normativas. En palabras de Bobbio:

«El positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir el Derecho en auténtica ciencia que posea los mismos

²⁰ Este doble sentido reproduce una ambigüedad presente en la propia idea de derecho como práctica social. Esta expresión puede querer decir que el *derecho es en sí mismo una práctica*, esto es, que cuando describimos el entramado de acciones y creencias colectivas compartidas e interrelacionadas que conforma una práctica social compleja como ésta ya estamos describiendo el derecho mismo. O puede también querer decir que el *derecho es el objeto resultado de una práctica*, de modo que cuando describimos la práctica social lo que describimos es la fuente social del derecho, no el derecho mismo.

²¹ Dentro de esta realidad institucional que nos acompaña en muchos ámbitos de nuestra vida figuran instituciones tan poco problemáticas desde el punto de vista conceptual como el dinero, el matrimonio, la empresa o el ajedrez. Y dicha realidad se construye socialmente, como sostiene Searle, porque su existencia depende, primero, de la existencia de los seres humanos, y en este sentido no es independiente de ellos, y segundo, de un tipo muy peculiar de creencias, expectativas y acciones humanas, que son interdependientes y forman parte de una práctica social.

²² Esto no implica negar el hecho evidente de que los juristas a menudo mezclan y confunden dichas funciones en la práctica. Lo que importa es mantener la distinción conceptual. Véase Carlos S. NINO, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979.

²³ Sobre el carácter institucional del derecho, véase H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit.; sobre la tesis de las fuentes sociales véase Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 37-52.

caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, consiste en su neutralidad valorativa, o sea, en la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho»²⁴.

En definitiva, lo que la visión reduccionista predica respecto a la filosofía del derecho en general, la visión comprensiva separadora lo sigue predicando cuanto menos de la teoría del derecho y la teoría de la ciencia jurídica. Si a esto le añadimos la preponderancia que estas dos disciplinas han tenido en el marco del positivismo de la segunda mitad del siglo xx²⁵, resulta que a los efectos de este trabajo no es muy relevante el contraste entre estas dos versiones del positivismo metodológico.

II

En clara oposición a las dos visiones de la filosofía del derecho mencionadas surge lo que podríamos denominar la visión *integradora*, defendida originalmente por Ronald Dworkin²⁶, y en buena medida compartida más tarde por el positivismo jurídico normativo. Dworkin comienza preguntándose qué tipo de concepto da cuenta de una práctica social compleja como la jurídica, y para responder a esta pregunta distingue entre conceptos naturales, conceptos basados en criterios y conceptos interpretativos²⁷. El concepto de derecho no es en ningún caso un concepto natural, esto es, un concepto cuyas instancias posean una estructura natural física o biológica objetiva, que no depende en última instancia de las creencias de los seres humanos acerca de los criterios que determinan la aplicación del concepto. El derecho no existiría si los seres humanos no creyéramos que existe, algo que el positivismo también admite desde el momento en que concibe al derecho como práctica social o institucional. Por otra parte, los conceptos basados en criterios son aquellos que sólo pueden ser compartidos cuando existe un acuerdo generalizado acerca de los criterios concretos de aplicación del concepto. De modo que para que el derecho fuera un concepto basado en criterios, y a la vez fuese un concepto compartido, deberíamos ser capaces de determinar también de

²⁴ Véase BOBBIO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 145.

²⁵ Bobbio señalaba (en 1962) que la teoría de la justicia había realizado menos progresos que la teoría del derecho y la teoría de la ciencia jurídica. Véase BOBBIO, «Naturaleza y función de la filosofía del derecho», cit. Pero la evolución de esta disciplina en los últimos cuarenta años, desde la publicación de la *Teoría de la justicia* de John RAWLS, hace que ya no pueda sostenerse esta afirmación.

²⁶ Véase, por ejemplo, RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit.; *Law's Empire*, cit.; y *Justice in Robes*, cit.

²⁷ DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 9 ss.

común acuerdo, los criterios de los que depende que una determinada práctica sea derecho, o que una determinada norma sea jurídica. En otras palabras, dado que el derecho es una práctica social, sus participantes deberían compartir un mismo conjunto de criterios de aplicación del concepto para que dicha práctica no fuera fallida y tuviera sentido. Sin embargo, es un hecho irrefutable que los participantes de la práctica del derecho no comparten de común acuerdo dichos criterios de aplicación. Así que quedan dos alternativas: o el derecho es una práctica fallida, o no es un concepto basado en criterios.

Según Dworkin, resulta evidente que uno de los rasgos más peculiares de nuestras prácticas jurídicas contemporáneas es que los que participan en ellas discrepan habitualmente acerca de alguno o varios de los criterios de aplicación del concepto, y lo hacen considerando que su discrepancia tiene perfecto sentido justamente dentro de la propia práctica. Por ello «elaboramos el concepto atribuyendo un valor y un fin a la práctica, de modo que conformamos nuestra posición acerca de las condiciones de verdad de los reclamos que la gente formula dentro de esa práctica a la luz de los fines y valores que le atribuimos»²⁸. El concepto de derecho debe ser, pues, según Dworkin, un concepto interpretativo. Los conceptos interpretativos son aquellos que nos conminan a reflexionar y discutir permanentemente acerca de qué es lo que requiere la propia práctica a la que hace referencia el concepto, y no presuponen un acuerdo sobre los criterios que determinan sus casos de aplicación. En definitiva, la presencia permanente de desacuerdos entre los juristas acerca de la identificación del derecho, y muy especialmente acerca de lo que el derecho establece en cada caso concreto, sirve a Dworkin como argumento en contra del positivismo jurídico metodológico²⁹.

Dworkin afirma que el punto de vista del participante en la práctica jurídica con respecto a la controversia interpretativa es privilegiado y, en consecuencia, el observador externo neutral no está en disposición de comprender todas las características de dicha práctica. Concede que puede pensarse en el derecho desde un punto de vista estrictamente descriptivo, pero considera que dicha perspectiva no tendría ningún valor. De hecho, afirma que existen cuatro conceptos distintos de derecho –un concepto sociológico, un concepto taxonómico, un concepto doctrinal y un concepto aspiracional– y que resultaría absurdo tratar de reducirlos a uno solo³⁰. Los dos primeros tendrían un carácter des-

²⁸ DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 11 y 12.

²⁹ Para un reciente análisis de cómo los desacuerdos afectan a nuestra comprensión del derecho, véase José Juan MORESO, «Legal positivism and legal disagreements», *Ratio Juris*, 22, 2009. Son también relevantes en este punto trabajos como WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.; y Samantha BESSON, *The Morality of Conflict*, London, Hart Publishing, 2004.

³⁰ DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 3-5. Para una crítica de esta división en conceptos distintos no reducibles, véase MORESO, «Teoría del derecho y neutralidad valorativa», cit.

criptivo, y tratarían simplemente de describir ciertas propiedades de una determinada práctica jurídica o bien recoger los elementos comunes a todas las prácticas jurídicas existentes, pero serían en ambos casos «poco interesantes» desde el punto de vista de la filosofía del derecho. El cuarto, el concepto aspiracional, sería un concepto puramente normativo de derecho que identificaría un ideal hacia el que el derecho debe tender, y aunque puede resultar útil en términos valorativos, no da cuenta de cómo son las prácticas actuales del derecho. El único concepto interesante que la filosofía del derecho puede tratar de estudiar, siempre según Dworkin, es el concepto doctrinal, bajo la presuposición de que el derecho es un concepto interpretativo.

Este concepto doctrinal partiría de la idea de que la práctica del derecho incorpora un valor de auto-corrección que hace que, al menos en ordenamientos constitucionales como el estadounidense, deba siempre buscarse la mejor interpretación del material jurídico disponible a la luz de los valores expresados por la Constitución, siguiendo un ideal de integridad que armonice las pretensiones de justicia, con fidelidad a la propia práctica histórica. La función de la filosofía del derecho, según esta visión integradora, no puede ser sino normativa³¹, y sacrifica por tanto la tesis de la neutralidad valorativa. Un teórico completamente neutro no estaría en disposición de ofrecer conclusiones interesantes sobre el derecho realmente existente.

III

En los últimos años ha ido ganando fuerza una tercera concepción del derecho que viene a enfrentarse tanto al positivismo metodológico hartiano como a la teoría interpretativa de Dworkin³². Se trata de una posición que se reclama también positivista, de hecho heredera de las tesis de los precursores del positivismo jurídico en el siglo XIX, John Austin y Jeremy Bentham, pero a diferencia de la concepción metodológica, se asume como una teoría eminentemente normativa. Aunque algunas tesis similares habían sido defendidas anteriormente por Uberto Scarpelli, han sido principalmente los trabajos de Jeremy Waldron y Tom Campbell los que han inaugurado esta perspectiva y le

³¹ Esto no quiere decir que se rechace completamente la distinción positivista entre lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser. Como DWORKIN admite, hay muchas disposiciones de los sistemas jurídicos actuales que son claramente injustas, y nadie dudaría de calificarlas de jurídicas por ello. Dworkin, *Justice in Robes*, cit., p. 5. En otras palabras, existe un límite a lo que la interpretación de valores constitucionales puede hacer, y que tiene que ver con el respeto a la práctica histórica del derecho.

³² Sobre cómo se enfrenta con el primero, véase A. MARMOR, «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (2006), p. 683.

han dado su nombre³³. En tanto que teoría normativa del derecho, esto es, como teoría acerca de lo que el derecho debe ser, el positivismo normativo parecería no ser incompatible con el positivismo jurídico metodológico, que básicamente trata de dar cuenta de lo que el derecho es³⁴. Pero el positivismo normativo mantiene también una tesis metodológica, y ésta sí entra en conflicto con los presupuestos del positivismo metodológico. Podemos entonces caracterizar el positivismo normativo sobre la base de estas dos tesis centrales, una normativa y la otra metodológica³⁵:

(1) Tesis normativa: el positivismo jurídico está comprometido con los valores de autonomía y democracia que le llevan a suscribir una particular concepción del ideal de Estado de derecho, una teoría democrática de la autoridad y a prescribir que los jueces no deben recurrir a la moral, apartándose así de la letra de la ley, a la hora de resolver las disputas jurídicas³⁶.

(2) Tesis metodológica: La filosofía del derecho parte siempre de presupuestos normativos, y en consecuencia debe abandonar la pretensión de desarrollar su análisis conceptual en la más estricta neutralidad valorativa.

No voy a detenerme a describir todas las implicaciones de ambas tesis, en particular de la primera, porque muchas de ellas trascienden los propósitos de este trabajo. Me concentraré en cambio en cómo podría justificarse la tesis metodológica, puesto que, como ya he dicho, es dicha tesis la que es incompatible con los presupuestos del positivismo jurídico metodológico y la que responde a la pregunta general de este trabajo. El positivismo normativo suscribe también una visión

³³ Véase la nota 6. Aunque en un inicio Campbell utilizó las expresiones positivismo ético o positivismo prescriptivo, finalmente se ha impuesto la expresión de positivismo normativo utilizada por Waldron, y que es por otra parte la menos ambigua. Sobre la relación entre positivismo normativo y republicanism jurídico, y para un estudio sobre este último, véase José Luis MARTÍ y Samantha BESSON, «Law and Republicanism: Mapping the Issues», en Besson y Martí (comps.), *Legal Republicanism: National and Postnational Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

³⁴ MARMOR, «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *cit.*, pp. 684 y 690-692.

³⁵ WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», *cit.*

³⁶ En realidad, según Waldron, a consecuencia de esta tesis normativa el positivismo normativo prescribe adoptar la posición del positivismo excluyente. Véase WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», *cit.*, p. 414. José Juan Moreso ha caracterizado la tesis central del positivismo excluyente como: «La determinación de lo que es el derecho no puede depender de criterios o argumentos morales», donde el «puede» no es empírico sino conceptual. A su vez, caracteriza la tesis normativa del positivismo normativo como «La determinación de lo que es el derecho no debe depender de criterios o argumentos morales». Véase MORESO, «El positivismo jurídico y la aplicación del derecho», *cit.*, pp. 50 y 55, respectivamente. Dejando ahora a un lado que la tesis normativa, como digo en el texto, va más allá de esta consecuencia concreta, pero aceptando el reconocimiento de Waldron al respecto, una de las cosas que la tesis normativa del positivismo normativo estaría implicando es que el concepto de derecho debe entenderse al modo en que lo conciben los positivistas excluyentes.

integradora de la filosofía del derecho que reconoce su normatividad, aunque lo hace por razones distintas a las esgrimidas por la teoría interpretativista, que le llevan a suscribir una versión también diferente de dicha visión integradora. Las dos teorías coinciden en que el derecho es fundamentalmente una práctica institucional, y por lo tanto su concepto no puede ser natural (y en esto concuerdan también con el positivismo metodológico), y en la importancia de los desacuerdos que hacen inviable que el concepto de derecho pueda estar basado en criterios. Ahora bien, el positivismo normativo concibe el concepto de derecho como un concepto normativo, y no interpretativo.

La práctica del derecho es, además de institucional, una práctica normativa, y lo es en un doble sentido³⁷: primero porque produce como resultado normas generales que deben ser aplicadas a los casos particulares, y segundo porque está regulada por, y tiene sentido gracias a, normas y valores. En consecuencia, sólo es posible comprender una práctica de este tipo si se comprenden las normas que la regulan y los valores que la respaldan. Y ello porque para comprender cualquier práctica necesitamos conocer y entender primero el conjunto de creencias, expectativas y acciones que son necesarias para que exista dicha práctica, expectativas que en el caso de las prácticas normativas, como la del derecho, están asociadas a determinados valores o ideales normativos³⁸. Como resultado de ello encontramos que el derecho se encuentra estrechamente vinculado con los valores políticos de cada sociedad³⁹.

Esto no convierte todavía la filosofía del derecho en necesariamente normativa. Una cosa es admitir que el derecho involucra valores, o que su práctica está constituida por determinadas funciones y propósitos, y la otra que el científico jurídico no pueda describirlo con neutralidad, o que el filósofo no pueda teorizarlo desde un punto de vista puramente conceptual. De hecho, algo así ocurre con otras prácticas sociales normativas, como los juegos, los deportes o las normas de etiqueta, sin necesidad de «confiar en ninguna concepción en particular del valor o el mérito moral de las funciones o los propósitos que darían sentido a la práctica en cuestión»⁴⁰. Una cosa es dar cuenta de un conjunto de creencias normativas, y otra muy distinta suscribir tales creencias, del mismo modo que un teólogo no necesita creer en

³⁷ Que reproduce de nuevo la ambigüedad ya señalada anteriormente con respecto al carácter institucional y a la propia idea de práctica social. Véase la nota 20 y el texto que la acompaña.

³⁸ Tómese como ejemplo el análisis que desarrolla Carlos NINO cuando distingue entre la constitución histórica y la constitución ideal y analiza las relaciones que deben darse entre ambas, en *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.

³⁹ Stephen PERRY, «Hart's Methodological Positivism», en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁴⁰ MARMOR, «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *cit.*, p. 697.

Dios cuando trata de buscar la mejor reconstrucción de un conjunto de creencias de una determinada religión. Que la filosofía del derecho deba comprender los objetivos y valores normativos implícitos en la práctica jurídica no implica todavía que deba adoptar un punto de vista normativo ella misma, y que deba renunciar así a la tesis de la neutralidad valorativa.

Pero el derecho no es como los juegos o las normas sociales de etiqueta en un sentido muy importante: la dimensión normativa de la práctica institucional del derecho incluye entre sus valores criterios normativos de legitimidad y de justicia mínima, entre otros, que operan como estándares de autocorrección en la propia práctica y le otorgan una dimensión política. Los participantes de la práctica jurídica esperan que el derecho cumpla su función, por ejemplo, de servir como pauta coordinativa, y cuando no la cumple lo ven como un fracaso de dicha práctica⁴¹. Del mismo modo, los participantes en la práctica contemporánea del derecho esperan que el derecho sea legítimo políticamente y cumpla con la función de resolver los casos que se le presentan, digamos, de manera satisfactoria o correcta sustantivamente, de acuerdo a alguna concepción mínima de justicia⁴². En definitiva, el derecho se aleja de otras prácticas normativas más o menos irrelevantes en términos prácticos por dos razones distintas, aunque parcialmente relacionadas: primero, porque el tipo de valores y pretensiones que incorpora le otorgan una relevancia política fundamental y, segundo, porque en parte debido a ello los participantes de la práctica jurídica exigen a dicha práctica el cumplimiento de ciertos estándares normativos mínimos. Por no expresar esta última idea en términos conceptuales, que reproducirían el mismo error que los positivistas normativos adjudican al positivismo metodológico, un sistema de resolución de controversias que no contuviera por ejemplo ninguna norma general, o que no proporcionara una mínima seguridad jurídica, un mínimo orden público o incluso un mínimo de justicia, sería visto por los participantes de las prácticas jurídicas contemporáneas como un ejemplo de práctica fallida⁴³. No es que el derecho que no cumple estos estándares deje de ser derecho conceptualmente, pero no

⁴¹ Del mismo modo que no llamaríamos martillo a un objeto que no sirviera en absoluto para martillar, salvo en el uso derivativo del término, tampoco llamaríamos derecho a una práctica que no cumpliera con ninguna de las funciones que le son presumidas. A lo sumo podríamos decir que se trata de un martillo o un derecho fallidos.

⁴² Con digo concepción mínima de justicia me refiero a que no creo que la mayoría de los participantes en nuestras prácticas jurídicas creen que el derecho debe desarrollar una concepción completamente articulada y definida de justicia, entre otras razones porque no es posible ponerse de acuerdo respecto a ella, pero sí al menos cumplir con ciertos estándares sustantivos mínimos.

⁴³ Dworkin añadiría que la práctica deja de ser significativa, y en eso consiste en buena medida su crítica a Hart conocida como «el argumento del agujón semántico». Véase Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, cit.; y *Justice in Robes*, cit., capítulo 8.

puede ser visto más que como una práctica fallida desde un punto de vista a la vez conceptual y normativo⁴⁴.

La primera razón, por sí sola, no implica todavía que la filosofía política deba ser normativa y pierda su neutralidad valorativa, puesto que no superaría la objeción del teólogo ateo antes mencionada. La práctica de la religión puede compartir con la jurídica ciertos elementos normativos importantes, por lo menos en lo que respecta a sus pretensiones éticas de regular el comportamiento humano. Pero un teólogo ateo puede en principio comprender y reconstruir o teorizar los presupuestos de dicha práctica religiosa sin creer él mismo en ella o ni siquiera en el dios al que se refiera. En otras palabras, la idea misma de un teólogo ateo no parece ser auto-contradictoria. Sin embargo, sigue habiendo una diferencia fundamental entre la práctica jurídica y la religiosa, y tiene que ver con el rol que juegan los desacuerdos en cada una de ellas.

Antes he dicho que una práctica social normativa se constituye, entre otros factores, por la existencia de funciones, propósitos y normas o valores compartidos. De esta definición se puede pensar que los estándares valorativos relativos al Estado de derecho, la legitimidad política o el mínimo de justicia también forman parte de dichos elementos compartidos por los participantes de la práctica. Sin embargo, lo que comparten dichos participantes es la idea de que el derecho involucra cierta legitimidad política y algún grado mínimo de justicia, pero no necesariamente una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia concretas. Más bien al contrario. Qué cuenta como justicia mínima o como una manera sustantivamente correcta de resolver los casos es algo que es objeto de controversia. Y los participantes de las prácticas jurídicas contemporáneas asumen este hecho como fundamental, es decir, que los desacuerdos y discrepancias forman parte consustancial a la idea de derecho, y esperan que el derecho opere en este contexto ofreciendo

⁴⁴ Que deje o no de ser derecho depende por supuesto de la definición que se adopte de derecho. Pero lo importante es que dicha definición no puede ser únicamente estipulada por razones de rendimiento explicativo, separadas de las funciones y valores que los participantes en la práctica del derecho atribuyen a dicha práctica. De modo que no es que el derecho nazi deje de ser derecho por ser injusto, sino que como práctica jurídica debe considerarse una práctica fallida. Por otra parte, y a pesar de su injusticia, el derecho nazi todavía conservaba otros rasgos asociados a la práctica jurídica que hacían que no se separara tanto del concepto presupuesto por dicha práctica. En caso contrario, podría haber llegado a ser calificado como no-derecho. Pueden encontrarse críticas paralelas al positivismo metodológico hartiano en Stephen PERRY, «Hart's Methodological Positivism», *cit.*, y en Brian LEITER, «Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis», en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001. El positivista metodológico puede responder afirmando que los casos de práctica fallida se deberían al incumplimiento de normas o valoraciones, mientras que los casos de no-derecho podrían seguir siendo identificados mediante criterios puramente conceptuales. Sin embargo, lo que niegan los positivistas normativos es que esta distinción entre criterios puramente normativos y criterios puramente conceptuales sea posible o interesante.

pautas comunes de acuerdo con que gestionar el desacuerdo, así como criterios de decisión a instancias de dicho desacuerdo.

Cuando dos jugadores de ajedrez discrepan acerca de si un movimiento determinado está permitido, discuten acerca de qué cuenta como ajedrez, pero no esperan que la propia práctica del ajedrez sea compatible con dicho desacuerdo, y mucho menos que trate de ofrecer una solución al conflicto. Y, si dicho desacuerdo se generaliza, deberemos concluir que no existe en esa sociedad una práctica consistente y unificada de lo que cuenta como ajedrez. Del mismo modo, cuando en una práctica religiosa se generalizan las discrepancias o los desacuerdos sobre los fundamentos de dicha práctica, estos acaban por fracturar o destruir a la propia práctica. Pero en cambio, el derecho no sólo opera de manera compatible con los desacuerdos acerca de los criterios de aplicación, como afirma Dworkin, sino que dichos desacuerdos conforman sus propias condiciones de posibilidad, son consustanciales a la práctica misma⁴⁵. Y esto confiere una importancia política fundamental a la práctica jurídica. No sólo es que el derecho entendido ahora como acuerdo básico de los participantes (como el contenido acordado de las leyes) en un contexto de desacuerdos generalizados tiene importancia política, sino que la pregunta de qué cuenta como derecho en un escenario de este tipo necesita una teoría normativa, más concretamente política, para ser respondida. Esta interacción entre los acuerdos básicos y los desacuerdos también básicos que hace posible el derecho se encuentra en la clave, en mi opinión de la complejidad de la pregunta de qué es el derecho, y todavía no ha sido suficientemente explorada⁴⁶.

Claro que nada impide que definamos el derecho sin recurrir a pretensiones y valores tan controvertidos como el de corrección sustantiva mínima, y sin referencia a dicho contexto de desacuerdos generalizados, como no habría problema tampoco en concebir el derecho, por ejemplo, como un conjunto de decisiones individuales inconsistentes entre sí, en lugar de enfatizar la idea de normas generales⁴⁷. La estipulación del término es, en este sentido, libre. Pero definir derecho sin recurrir a ninguno de los elementos mencionados anteriormente, vacía de interés la discusión sobre qué es derecho, y la aleja de las prácticas

⁴⁵ Véase WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *cit.*, pp. 123-124, 171-172, y 189-191.

⁴⁶ Véanse algunos intentos en WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *cit.*; BESSON, *The Morality of Conflict*, *cit.*; CASS SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1993; y MORESO, «Legal positivism and legal disagreements», *cit.*

⁴⁷ De hecho, el ordenamiento jurídico romano, por ejemplo, se separa enormemente de lo que habitualmente entendemos hoy por derecho, conteniendo un altísimo número de disposiciones jurídicas difícilmente interpretables y no sistematizadas de ningún modo, que el juez o aplicador del derecho podía seguir o no a la hora de resolver el caso, y aún y así nos referimos al mismo como derecho romano. Véase, para esta caracterización, ALFONSO RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 57-73.

contemporáneas. Como ha sostenido Jeremy Waldron, lo interesante cuando nos preguntamos qué es el derecho, no es tanto si somos capaces de construir un concepto lo suficientemente amplio como para que incluya todos los objetos (en este caso, prácticas) que a lo largo de toda la historia y en todos los lugares del mundo han sido denominados como derecho, como ha sostenido tradicionalmente el positivismo metodológico⁴⁸, sino reconstruir adecuadamente aquello que caracteriza la práctica que hoy denominamos jurídica⁴⁹. Y para hacerlo debemos partir de ciertos criterios normativos de relevancia. Una teoría absolutamente neutral sería tan abstracta y vacía que no serviría ningún propósito. En palabras del propio Waldron, refiriéndose al problema más concreto de la identificación de las fuentes del derecho, pero que puedan trasladarse también al problema general:

«Sospecho que ese intento de ser neutral respecto de las instituciones por parte de la filosofía del derecho está completamente desencaminado. Si estipulamos un nivel suficientemente alto de abstracción, por supuesto, no tendremos más opción que ignorar los rasgos que distinguen unas fuentes del derecho de otras. Podríamos, por ejemplo, intentar encontrar una definición de derecho positivo que desdibujara la distinción entre ley y costumbre, o una definición de “fuente de derecho” que no permitiera distinguir entre la legislación que surge de un Parlamento y el derecho creado por un juez en un caso difícil. Pero muy pronto estas ventajas comenzarían a evaporarse en los sensatos reinos de tal abstracción, y nos abrumarían las distorsiones provocadas por una teoría que insiste en que todo encaja en una sola medida»⁵⁰.

Y esta es la razón por la que a pesar de haber estipulado su neutralidad, los intentos de Kelsen, Hart o Raz, entre otros, no son realmente neutrales, sino que realzan algunos elementos de la práctica jurídica que les parecen relevantes, y lo hacen presuponiendo de manera implícita alguna teoría normativa. No cabe duda de que el positivismo representado por estos autores posee una imagen del derecho moderno tal y como ha sido pensado en Occidente desde la Ilustración, que no encajaría seguramente con otros tipos de derecho muy distintos, como el derecho romano. Lo que muestra su decisión de incluir la idea de normas generales en la noción de derecho es un compromiso con ciertos valores que modernamente asociamos con el derecho, rela-

⁴⁸ Véase, por ejemplo, KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., epígrafe 6, pp. 44-70; y Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 104.

⁴⁹ Adviértase que si lo interesante fuera lo primero, el trabajo de los antropólogos que identifican y describen la práctica de una civilización de la antigüedad o de una tribu actual de la Polinesia sería relevante para determinar, y en su caso desdibujar aún más, nuestro concepto de derecho, con el objetivo de dar cuenta de dichas prácticas lejanas. Y esto me parece, en contra de las opiniones de Kelsen y Raz citadas en la nota anterior, muy implausible.

⁵⁰ Véase WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 58.

tivos por ejemplo a la idea de autonomía individual, y no una verdadera neutralidad con todas las prácticas jurídicas que han existido a lo largo de la historia. No se trata únicamente de que las teorías de estos autores «emerjan de un contexto intelectual y político determinado», o que estén motivados, explícita o implícitamente, por «alguna visión político-moral», porque como ha sostenido Andrei Marmor esto no sería todavía incompatible con su visión de la neutralidad valorativa⁵¹. Es evidente que Kelsen no escapó a la influencia de las ideas filosóficas de moda en su época, como muestra su mayor neo-kantianismo en la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1934, en contraste con el mayor cientificismo propio del positivismo lógico en la segunda edición, la de 1960, o que en Hart podemos encontrar una enorme influencia de la filosofía del lenguaje oxoniense que conformaba su *background*. Lo que añade el positivismo normativo aquí es que, además de esto, y en parte debido a esto, todos estos autores compartían ciertos valores políticos básicos asociados con una cierta manera de pensar el derecho que explicaba sus estipulaciones y que en buena medida sesgaba su análisis pretendidamente puro.

Lo que debe hacer en cambio la filosofía del derecho es, en opinión de Waldron, observar los rasgos característicos que dan significado a nuestra práctica social que llamamos derecho, con la finalidad de ofrecer análisis rigurosos que resulten útiles desde el punto de vista del participante en dicha práctica jurídica, o desde el punto de vista normativo que pretende valorarla. De este modo, la filosofía del derecho contemporáneo debe dar cuenta por ejemplo de la noción de autoridad jurídica en un contexto de pluralidad y desacuerdos básicos generalizados, porque es en estas circunstancias en las que se construye la práctica jurídica actual, y debe dar cuenta también de nuestro «sentido de por qué es importante si algo cuenta como derecho o no»⁵², pregunta que sólo puede responderse asumiendo alguna teoría normativa. Esto supone admitir, como ya he dicho, los presupuestos normativos de la filosofía del derecho, y obliga a replantear la tesis de la neutralidad valorativa del filósofo del derecho.

No obstante, eso no quiere decir que el análisis conceptual no tenga sentido o no sea posible en absoluto, o que no haya algún espacio todavía para la neutralidad. En primer lugar, lo que he sostenido es que no es interesante reducir la filosofía del derecho a un análisis puramente conceptual en general que pretenda eludir los argumentos normativos. El papel de la dimensión normativa que me parece necesaria atañe principalmente a las controversias últimas sobre cuáles son los elementos principales del derecho, pero deja abiertos muchos espacios para el análisis conceptual. La estipulación o determinación de un concepto de derecho no puede realizarse (o no sería interesante si se realizara) únicamente a partir de criterios basados en el rendimiento explicativo poste-

⁵¹ Véase MARMOR, «Legal Positivism», *cit.*, pp. 691-692 y 699.

⁵² WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», *cit.*, p. 420.

rior, porque diversos elementos de la práctica jurídica contemporánea como los aquí analizados la distinguen de otras prácticas sociales incluso normativas susceptibles, ellas sí, de ser explicadas con una cierta neutralidad valorativa⁵³. Pero una vez alcanzados algunos acuerdos normativos básicos tiene perfecto sentido desarrollar un análisis conceptual de hacia dónde conducen dichos presupuestos, igual que tiene sentido aplicar el concepto definido normativamente a la práctica con ánimo de describir, como hace la ciencia jurídica, lo que ocurre en nuestras sociedades bajo el epígrafe de derecho. Cuando dos filósofos comparten un mismo ideal normativo de derecho, pueden emprender perfectamente una discusión puramente conceptual sobre algunos de los aspectos concretos del derecho⁵⁴. Ni siquiera es necesario que compartan por completo toda una teoría normativa. Alguien que sólo comparta con Waldron, por ejemplo, algunos compromisos normativos básicos con respecto al derecho, puede pasar a analizar conceptualmente sus propuestas sin por ello compartirlas enteramente. El positivismo normativo no invalida, pues, el necesario espacio del análisis conceptual dentro de la filosofía del derecho. Se limita a poner de relieve que la dimensión normativa de la filosofía del derecho no puede ser separada por completo, en última instancia, del análisis conceptual supuestamente encargado a la teoría del derecho, como pretenden los defensores de la *visión comprehensiva separadora*, sino que debe ser considerado y reivindicado como parte inherente a la tarea del filósofo del derecho, tal y como defiende lo que aquí he llamado la *visión integradora*.

Los argumentos expuestos hasta el momento permiten comprender en qué medida, como ya anticipé anteriormente, el positivismo normativo comparte la crítica al positivismo metodológico desarrollada por Ronald Dworkin y suscribe también una visión integradora de las funciones de la filosofía del derecho. Sin embargo, lo cierto es que las dos teorías reconstruyen el concepto normativo del derecho de formas muy diversas. La diferencia más clara entre el positivismo normativo y la teoría dworkiniana radica en la tesis normativa del primero. El positivismo normativo sostiene de algún modo la tesis de que debe mantenerse la separación entre el derecho y la moral. Sea porque cuando el derecho remite a la moral aumenta considerablemente la discrecionalidad de los jueces a la hora de aplicar el derecho y ello

⁵³ Aunque tengamos en cuenta lo que ya Max Weber advertía cuando afirmaba que el espacio de la objetividad en el caso de los científicos sociales comenzaba allí donde terminaba la formación de conceptos, pues es imposible frenar la influencia de la ideología o las valoraciones personales en el momento de estipular tales conceptos, y esto lo aplicaba a todos los conceptos por igual. Véase, por ejemplo, Max WEBER, «La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales», en *La acción social: Ensayos metodológicos*, trad. de Michael Faber-Kaiser y Salvador Giner, Barcelona, Península, 1984. Lo que estoy sosteniendo aquí.

⁵⁴ En este punto discrepo de DWORKIN, que considera que el análisis conceptual no tiene ningún interés más allá de un afán taxonómico, en *Justice in Robes*, cit., pp. 232-240.

resulta pernicioso para el ideal de Estado de derecho y para el valor de la autonomía⁵⁵, o bien porque el derecho sólo tiene sentido como una pauta legítima de comportamiento y coordinación en circunstancias de desacuerdo moral⁵⁶, lo cierto es que el derecho y la moral deben mantenerse estrictamente separados. Y, en relación con esto, otra de las discrepancias centrales entre las teorías de Waldron y Dworkin radica en cómo concebir dicho ideal de estado de derecho, que Waldron entiende de manera robusta como sigue:

«El Estado de derecho celebra ciertas propiedades de un sistema de gobierno que funciona adecuadamente como la publicidad y la transparencia en la administración pública, la generalidad y prospectividad de las normas en vigor en la sociedad, la predictibilidad del ambiente social que dichas normas contribuyen a conformar, la equidad procedimental que implica la aplicación de tales normas, la independencia e incorruptibilidad de los jueces, etc. Mira hacia un mundo en el que las personas que ocupan cargos de poder ejercen dicho poder dentro de un marco limitador de reglas públicas, y no sobre la base de sus propias preferencias, de su ideología o de su sentido personal de lo correcto y lo incorrecto»⁵⁷.

El hecho de que discrepemos acerca de qué valores morales deben guiar nuestro comportamiento e incluso acerca de cómo debemos organizarnos socialmente hace necesario una institución que opere a la luz de estos desacuerdos y que lo haga de una manera legítima. Esta institución es el derecho, que para ser legítimo debe ser promulgado por una autoridad a su vez legítima, es decir democrática. El derecho legítimo moderno es el producto de un procedimiento democrático representativo y plural. Si el derecho remitiera a la moral, implicaría resolver los casos particulares en base a criterios normativos que no han sido especificados por la autoridad democrática legítima. De modo que debe excluirse la moral del razonamiento jurídico en la medida de lo posible⁵⁸. Este argumento presupone, por parte del posi-

⁵⁵ Este es el argumento que podemos encontrar en CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit.; en WALDRON, «Is the Rule of Law and Essentially Contested Concept (in Florida)?», *Law and Philosophy*, núm. 21, 2002, pp. 137-164, y en WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», cit.

⁵⁶ Este otro argumento se encuentra más claramente en WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.; en CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism*, cit.; y en BESSON, *The Morality of Conflict*, cit.

⁵⁷ WALDRON, «The Concept and the Rule of Law», manuscrito, 2007. Véase también WALDRON, «The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory», *Ratio Juris*, 2 (1989); WALDRON, «The Rule of Law as a Theater for Debate», en J. Burley (comp.), *Dworkin and his Critics: With Replies by Dworkin*, Oxford: BLACKWELL, 2004; y MURPHY, «The Political Question of the Concept of Law», cit. También véase una presentación previa en LON FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

⁵⁸ Así lo señalan WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.; CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism*, cit.; BESSON, *The Morality of Conflict*, cit.; y Carlos NINO, cuando establece las razones por las que el derecho no es superfluo con respecto a la

tivismo normativo, una teoría robusta de la autoridad legítima democrática, que permita entender los mecanismos de producción y la forma del derecho⁵⁹, que de nuevo servirá para contrastarlo con la teoría de Dworkin. Primero porque esta última tiene una teoría eminentemente sustantiva de la legitimidad, asociada al valor de la integridad, mientras que la primera enfatiza los aspectos procedimentales de la legitimidad, y segundo por su distinta valoración de las relaciones entre democracia y derechos fundamentales o constitución⁶⁰.

Lo expuesto en este apartado permite comprender el rasgo específico distintivo del derecho enfatizado por el positivismo normativo, que lo separa de otras prácticas sociales incluso normativas: el derecho es una práctica normativa política, y esto convierte al derecho en un concepto también normativo y político. Por ello, el positivismo normativo podría ser también denominado positivismo político⁶¹. En el siguiente apartado trataré de mostrar, ya para concluir este trabajo, de qué manera algunos conceptos políticos controvertidos son indefectiblemente normativos y a la vez descriptivos.

IV

Al inicio de la sección II he afirmado que el concepto de derecho es un concepto normativo. Ahora debo añadir que, indudablemente, posee también una dimensión descriptiva. Y no es que puedan ser distinguidos dos conceptos distintos, uno descriptivo y uno normativo de derecho, sino que ambas dimensiones se encuentran entrelazadas en un mismo y único concepto. Como trataré de mostrar en este apartado, ello no debe resultar extraño, sino que se trata de una característica compartida con muchos otros conceptos políticos controvertidos, como el de democracia, el de libertad, o el de igualdad. Me centraré

moral, en *La constitución de la democracia deliberativa*, cit. Véanse, por último, las interesantes observaciones que realiza NINO al respecto en «Sobre los derechos morales», *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 311-325.

⁵⁹ Véase WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., caps. 3-6.

⁶⁰ Tanto Dworkin como Waldron han coincidido en señalar esta discrepancia básica. Véanse DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 26-30 y 236-240; y WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., caps. 9-13.

⁶¹ Además de los trabajos centrales de Waldron y Campbell enfatizando este punto, véanse también estos otros: PERRY, «Hart's Methodological Positivism», cit.; MURPHY, «The Political Question of the Concept of Law», cit.; MURPHY, «Better to See Law this Way», cit.; MURPHY, «What Matters? Morality and the Concept of Law», cit. Finalmente, también podría ser advertida alguna afinidad con el argumento principal de John Finnis en contra del positivismo metodológico, aunque por supuesto existen importantes diferencias entre ambos enfoques, no siendo la menor la discrepancia central entre la tesis normativa del positivismo normativo y el iusnaturalismo en general. Véase el primer capítulo de su *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

concretamente en el primero de ellos, aunque lo que sostendré puede ser fácilmente extendido a los demás.

Aunque podemos pensar que compartimos algunas ideas básicas sobre lo que es la democracia, con independencia de lo que pensemos que ésta debe ser, lo cierto es que ha sido imposible encontrar una definición que satisfaga las pretensiones de todas las concepciones normativas en liza. El equivalente del positivismo jurídico metodológico en el terreno de la teoría de la democracia consistiría en tratar de definir un concepto mínimo de democracia común a todas las concepciones de la misma, sin tomar partido en el debate normativo, que permita precisamente la comunicación, bajo el presupuesto de que no es posible entrar a valorar los aspectos normativos vinculados a la democracia hasta que no sepamos exactamente de qué estamos hablando. Sin embargo, en la teoría de la democracia se acepta comúnmente que la discusión acerca del significado del concepto de democracia es también en buena parte necesariamente normativa⁶². Ocurre que las discrepancias normativas son también, en buena medida, controversias acerca del propio concepto de democracia. No es que sea imposible estipular un concepto mínimo de democracia sin estar comprometido con una visión normativa. Pero dicha estipulación no será completamente neutra en tanto en cuanto siempre resaltarán propiedades afines a alguna o algunas de las concepciones normativas de la democracia, y oscurecerá las que pueden ser concebidas como prioritarias desde otros puntos de vista normativos⁶³.

Pongamos algunos ejemplos⁶⁴. Desde una concepción liberal (por ejemplo schumpeteriana) de la democracia se puede afirmar que los rasgos centrales de un sistema democrático son la convocatoria de elecciones periódicas y el respeto a ciertas libertades fundamentales,

⁶² Véase, por ejemplo, Giovanni SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomon, Madrid, Taurus, 2003, pp. 17-28; David HELD, *Modelos de democracia*, 2.ª ed., trad. de Teresa Alberó, Madrid, Alianza, 2001, pp. 16-26; Anthony ARBLASTER, *Democracia*, trad. de Adriana Sandoval, Madrid: Alianza, 1992, pp. 9-21; o Ferran REQUEJO, *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y estado de bienestar*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 206-215.

⁶³ Esto es lo que ocurre cuando los científicos políticos, que aspiran a realizar un trabajo empírico y «científico» preservando su neutralidad valorativa con respecto a la discusión normativa sobre la democracia, estipulan una noción mínima de democracia. Consciente o inconscientemente su estipulación termina por favorecer alguna de las concepciones normativas en discusión, hasta el extremo que algunas otras posiciones del debate no se reconocerían en dicha estipulación mínima.

⁶⁴ El caso más llamativo es el de la conocida contraposición entre la concepción liberal y la concepción soviética o «popular» de la democracia, que señalan como casos paradigmáticos de sus teorías a los Estados Unidos y a la Unión Soviética respectivamente. Lo más sorprendente de este caso es que desde cada uno de los puntos de vista lo que el otro propone como caso paradigmático de democracia es visto como un caso claro de no-democracia. Pero tal vez en este caso resulte demasiado tentador concluir que ambas concepciones están discutiendo de cosas distintas. Por esta razón prefiero no utilizarlo como ejemplo en el texto.

como la libertad de asociación y de expresión. Desde esta perspectiva, no hay diferencias significativas entre la democracia de, digamos, Suecia y la de Perú. Sin embargo, desde una perspectiva republicana y deliberativa de la democracia, el sistema político de Perú no alcanza unos mínimos estándares democráticos y por supuesto está lejos de asemejarse a la democracia de Suecia⁶⁵. No se puede decir, entonces, que las concepciones liberal schumpeteriana y republicana compartan un mismo concepto de democracia. Aunque puedan coincidir en la valoración de algunos casos (las dos situarían a Suecia en el grupo de países democráticos), lo harían por razones parcialmente distintas. Pero hay otro ejemplo todavía más cercano a los intereses de este trabajo. Dworkin ha defendido en diversas ocasiones que el concepto de democracia «correctamente entendido» responde a la idea de democracia constitucional, e incluye entre sus elementos definitorios la limitación del poder de decisión parlamentario mediante la protección constitucional de derechos básicos⁶⁶. Bajo este punto de vista, un Estado con procedimiento de toma de decisiones mayoritario que no estuviera constreñido constitucionalmente (lo cual incluye, en opinión de Dworkin, la idea de rigidez constitucional y la necesaria protección jurisdiccional en forma de control de constitucionalidad de la legislación), como por ejemplo Nueva Zelanda en el que las mayorías pueden reformar fácilmente la Constitución, no sería una verdadera democracia, en el sentido «correctamente entendido» del término. O, dicho en términos más suaves, que un sistema de decisiones mayoritario como ese no sería tan valioso como una democracia constitucional como la estadounidense. Sin embargo, desde la perspectiva de una teoría rival de la democracia, como la de Jeremy Waldron, Nueva Zelanda sería un país mucho más democrático que los Estados Unidos precisamente por la misma razón, porque su parlamento no se encuentra constreñido del mismo modo por su Constitución⁶⁷.

Como he dicho anteriormente, no es que sea imposible definir un concepto empírico o descriptivo de democracia, útil para los análisis de la ciencia política, pero dicho concepto no puede ser nunca neutro valorativamente. En primer lugar está influido por la definición previa del ideal normativo de democracia (de modo que los teóricos que adopten un ideal sensiblemente distinto terminarán por definir un concepto empírico también distinto)⁶⁸. Y en segundo lugar porque depende

⁶⁵ Entre otras razones, esto es porque las enormes desigualdades económicas de Perú no garantizan una adecuada igualdad política básica entre todos sus ciudadanos, ni permiten una deliberación democrática abierta a la participación de todos.

⁶⁶ RONALD DWORKIN, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

⁶⁷ WALDRON, *Law and Disagreement*, cit.

⁶⁸ Esto es lo que ejemplifica la distinción de Robert Dahl, seguramente el teórico de la democracia más influyente del mundo, entre la idea de democracia y la idea de poliarquía. Según este autor, existe un concepto ideal de democracia, definido por ciertas propiedades utópicas, que define el horizonte hacia el que debemos tender,

de una decisión pre-científica acerca de cuántos, y sobre todo cuáles, Estados actuales queremos incluir en la categoría de democracia⁶⁹. Nótese que el argumento del positivismo metodológico o de su equivalente en la teoría de la democracia presupone la posibilidad de distinguir el ámbito de discusión normativa sobre un concepto del ámbito de discusión puramente conceptual. Pero esta distinción es muy difícil de mantener con respecto a ciertos conceptos normativos políticos. La estrategia de distinguir entre concepto y concepciones⁷⁰, por ejemplo, preservando estas últimas para las cuestiones normativas, no funciona porque presupondría que las diversas concepciones de la democracia o el derecho comparten un mismo concepto, una misma idea nuclear, difiriendo únicamente en la forma de completar dicho concepto, en los detalles normativos, por así decirlo, de su aplicación. Si esto fuera así, sería posible analizar el contenido de dicho concepto nuclear sin recurrir a las concepciones normativas de que cada uno disponga, y ya hemos visto que ello no era posible.

Parece más bien que con este tipo de conceptos ocurre lo que Bernard Williams ha descrito con respecto a los conceptos morales «densos» (*thick*), como el de crueldad, valentía o cobardía: «Al anticipar imaginativamente el uso del concepto, el observador debe también comprender imaginativamente su elemento evaluativo»⁷¹. Sin embargo, tampoco es fácil trasladar sin más el análisis de Williams a conceptos normativos como los analizados aquí⁷². En primer lugar, porque el problema de los conceptos morales densos no radica tanto en su complejidad conceptual, como en el caso de los conceptos normativos que nos interesan aquí, sino en la evaluación positiva o negativa que se haga de la misma⁷³. Y, en segundo lugar, y en parte como consecuen-

y un concepto empírico o real de democracia, que él bautiza como poliarquía, y que está definido por un conjunto de propiedades mínimas que diversos Estados del mundo ya han alcanzado y que puede ser utilizado por los científicos políticos cuando tratan de establecer, por ejemplo, si alguna vez se ha producido una guerra entre dos democracias, o cuántos Estados democráticos existen del total de Estados existentes en el mundo. Véase Robert DAHL, *La democracia y sus críticos*, trad. de Leonardo Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 34 ss., y 266-270; y DAHL, *La democracia. Una guía para ciudadanos*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Taurus, 1999, pp. 47 y 48, y 99-101.

⁶⁹ Esto se encuentra detrás de la idea señalada por Weber respecto a la falta de objetividad en la determinación de conceptos sociales, a la que he aludido anteriormente en la nota 53.

⁷⁰ La distinción entre concepto y concepciones ha sido utilizada por Rawls y Dworkin con otros fines. Véase RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*; y DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*

⁷¹ Bernard WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, p. 129.

⁷² Para un análisis crítico de la distinción de Williams entre conceptos morales densos y ligeros (*thick* and *thin*), véase Samuel SCHEFFLER, «Morality through Thick and Thin», *Philosophical Review*, 96, p. 3, 1987.

⁷³ Para una idea paralela, véase Liam MURPHY, «What Matters? Morality and the Concept of Law», manuscrito.

cia de lo anterior, porque la disputa normativa-conceptual sobre conceptos como democracia, libertad o derecho alcanza incluso a los llamados casos paradigmáticos de cada concepto, como hemos visto en el ejemplo de la controversia Dworkin-Waldron.

El reto consiste entonces en explicar cómo puede haber diálogo significativo entre concepciones normativas que no comparten ni siquiera intuiciones básicas acerca de casos paradigmáticos⁷⁴. Un intento de dar cuenta de este fenómeno lo encontramos en la idea de Walter Bryce Gallie sobre los conceptos esencialmente controvertidos⁷⁵. Según Gallie, algunos conceptos serían eminentemente normativos y controvertidos hasta el extremo que nuestras disputas abarcarían también los casos centrales de aplicación de dichos conceptos. Los casos que resultan paradigmáticos para una teoría normativa no lo serían para la otra, y a la inversa. Pero la caracterización de Gallie no ofrece realmente ninguna solución al problema mencionado de cómo explicar que las diversas concepciones de la democracia o del derecho discuten acerca de la misma idea si ni siquiera comparten las mismas intuiciones respecto a los casos paradigmáticos, sino que se limita a repetir la estructura del problema.

Lo mismo puede decirse del intento de solución propuesto recientemente por Liam Murphy y José Juan Moreso, utilizando las ideas de David Lewis respecto a la indecisión semántica y a las superevaluaciones⁷⁶, si bien en mi opinión la primera de estas puede servir como un principio de solución satisfactoria, como argumentaré más adelante. Como es bien conocido David Lewis utilizaba la idea de superevaluaciones para resolver la paradoja de Sorites con respecto a la vaguedad de algunos conceptos graduales⁷⁷, y consistía en distinguir dos grados en el valor de verdad: por una parte el de la verdad simple, que puede ser establecida por correspondencia en base a algún criterio determinado, no necesariamente compartido por todos los participantes de una práctica lingüística; y por la otra el de superverdad, como resultado de

⁷⁴ ¿Acaso no es tentador decir que la polémica que separa a iusnaturalistas de positivistas, por ejemplo, se trata en realidad de un falso desacuerdo, pues unos hablan de cómo el derecho es, y los otros de cómo debería ser? Sin embargo esta caracterización no haría justicia al hecho de que muchos autores nada ingenuos que han participado en la discusión sostienen estar discutiendo sobre lo mismo: sobre *el* concepto de derecho. Véase MURPHY, «What Matters? Morality and the Concept of Law», *cit.*

⁷⁵ W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956. Para una aplicación de la noción de «concepto esencialmente controvertido» al derecho, desde el punto de vista de los desacuerdos, véase Besson, *The Morality of Conflict*, *cit.* Véase también, Marisa IGLESIAS, «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa*, núm. 23, 2001.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 58 ss. Véase un intento similar en MORESO, «Legal Positivism and Legal Disagreements», *cit.*

⁷⁷ Véase David LEWIS, «General Semantics», en Lewis, *Philosophical Papers*. Vol. III, Oxford: Oxford University Press, 1985; y LEWIS, «Many, But Almost One», en John Bacon, Keith Campbell *et al.* (comps.), *Ontology, Causality and Mind. Essays on the Philosophy of D. M. Armstrong*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

comprobar que todos los criterios de aplicación utilizados por los participantes de la práctica coinciden en señalarle valor de verdad, es decir, en considerarlo un caso de aplicación del concepto. Por ejemplo, la afirmación de que yo soy calvo puede ser verdadera según algunas comprensiones de la noción de calvo, pero (supongamos) no según otras. Sería verdad que yo soy calvo, en atención a las primeras, pero no podríamos decir que es superverdad que soy calvo. En cambio todas las comprensiones de la noción del calvo coincidirían en señalar que John Malcovich es calvo, y por lo tanto esta afirmación sería superverdadera. No es necesario alcanzar un acuerdo total respecto a todos los casos de aplicación de un concepto para poder decir que compartimos un concepto. Nos basta con compartir un núcleo básico de acuerdo respecto a los casos que la teoría identifica como superverdaderos.

Como ya he dicho, Liam Murphy y José Juan Moreso tratan de aplicar esta idea al derecho. Creen que se puede determinar una zona de aplicación clara de las diferentes concepciones del derecho, de modo que se pudiera determinar un valor de superverdad sobre los casos de coincidencia, dejando el resto de casos polémicos como casos de indecisión semántica. O, dicho en otros términos, podríamos identificar un consenso entrecruzado significativo entre las diversas concepciones del derecho que nos permitiera reconstruir con sentido su controversia, sin por ello tratar de definir todo el campo semántico de aplicación de dicho concepto. Ahora bien, esta estrategia no añade demasiado a la idea de casos paradigmáticos y, como hemos dicho anteriormente, no siempre es posible identificar un acuerdo significativo entre las distintas concepciones respecto a lo que cuenta como caso paradigmático. No es que no exista ninguna zona de consenso entrecruzado. Puede, efectivamente, suceder que todas las concepciones de la democracia o del derecho coincidan en la valoración de algún caso determinado como un caso de aplicación del concepto. Pero esto no garantiza todavía que dichas teorías conciban dicho caso como paradigmático. Lo que hacemos si basamos el concepto mínimo común sobre este conjunto de casos de acuerdo es terminar definiendo un concepto ciertamente compartido, pero «poco interesante» y poco significativo. Corremos el riesgo que ninguna de las concepciones o teorías se muestre satisfecha con dicho concepto mínimo, que no se identifique con el mismo, por más que no tenga nada que objetarle desde el punto de vista del conjunto de casos que éste reúne⁷⁸.

⁷⁸ Verónica Rodríguez Blanco ha utilizado otra estrategia parcialmente distinta, consistente en aplicar la idea wittgensteniana del parecido de familia. Según esta propuesta, lo que permitiría explicar que el debate entre las diversas concepciones del derecho es significativo es dicho aire o parecido de familia entre todas ellas. Véase Verónica RODRÍGUEZ BLANCO, «Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence», *Legal Theory*, 13, 2007, pp. 257-283. Aunque no tengo tiempo de analizar a fondo esta propuesta, quiero señalar que, por una parte, no me parece que capture el elemento que en mi opinión es prioritario, que tiene que ver con la naturaleza política de la controversia sobre el derecho, pero que, por la otra, considero que el intento de Rodríguez Blan-

Las dificultades en las que se encuentran estas teorías muestran, me parece, que no es posible acordar un concepto mínimo y paradigmático de democracia, o de libertad o de derecho, compartido por todas las teorías normativas sobre cada uno de estos conceptos, y que dicho concepto sea realmente útil para la controversia que separa dichas doctrinas. Al contrario, se trata de conceptos normativos cuyas disputas son a la vez conceptuales y normativas. De nada sirve invertir horas y horas en la discusión acerca de si la verdadera democracia incorpora conceptualmente la idea de restricciones constitucionales o no, porque la controversia sobre la limitación constitucional de los procedimientos democráticos es una controversia normativa, no puramente conceptual, y como tal sólo puede ser resuelta por medio de argumentos justificatorios o normativos⁷⁹. Creo que la siguiente comparación, ideada por Roberto Gargarella y el propio José Juan Moreso, puede servir para ejemplificar eso y para poner punto y final a este trabajo. El ejemplo es el de la práctica de hacer cola para esperar turno, y los autores afirman que la pregunta de si es lícito vender el propio puesto en la cola es a la vez conceptual y normativa:

«¿Deberíamos distinguir claramente entre aquello que la práctica de guardar cola es y aquello que debería ser? Como es sabido, esto es sólo una evocación del *motto* del positivismo jurídico (de Bentham y Austin a Kelsen, Ross, Hart y Bobbio) acerca de la nítida separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Es razonable mantener esta distinción, pero debemos comprenderla cabalmente. El enfoque del guardián de la cola y los enfoques de los teóricos acerca de la práctica de guardar cola, si los hubiere, acerca del *point* de la práctica, acerca de aquello que la práctica debería ser, afectan irremediablemente a aquello que la práctica es (...) De modo semejante, las creencias acerca de lo que una práctica tan compleja como el derecho debe ser, afectan a aquello que el derecho es. Y las creencias acerca de lo que el derecho debe ser son el terreno de la filosofía política.»⁸⁰

co, así como el propio de Finnis, comparte algunos presupuestos importantes con la posición que estoy tratando de articular aquí. Véase también su más reciente texto «Regreso al futuro: ¿Pueden la objetividad y la normatividad jurídica reconciliarse?», manuscrito presentado en la Universidad de Girona en octubre de 2008.

⁷⁹ El positivista jurídico metodológico puede responder negando que el concepto de derecho sea normativo, o al menos que sea político en este mismo sentido en que lo es el de democracia. Sin embargo, como he tratado de mostrar en el apartado anterior, las expectativas y valores implícitos en la práctica jurídica y el factor de los desacuerdos, que son ambos consustanciales a la idea moderna de derecho, le confieren dicho carácter político normativo y controvertido.

⁸⁰ Véase Roberto GARGARELLA y José Juan MORESO, «Prólogo» a José Luis Martí, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. xvi. A pesar de esta concesión, Moreso ha escrito en contra del positivismo normativo. Véase José Juan MORESO, «Positivismo jurídico y aplicación del derecho», *cit.* Como ejemplo de alguien que considera que no es lícito vender el puesto en la cola, véase Jon ELSTER, «Social Norms and the Explanation of Behavior», en P. Bearman y P. Hedstrom (comps.), *Oxford Handbook of Analytical Sociology*, Oxford,

Por ello es necesario darse cuenta que una parte importante de la filosofía del derecho, inseparable del análisis conceptual, es la discusión normativa de la filosofía política acerca de las instituciones principales que componen nuestras democracias y nuestros ordenamientos jurídicos. Finalmente, Gargarella y Moreso concluyen:

«Alguien podría insistir todavía en que todo ello puede hacerse sin tomar ningún partido desde el punto de vista normativo. Desentrañar las diversas ideologías imperantes sería, entonces, necesario para comprender el funcionamiento del derecho de nuestras sociedades, pero nada más. Tal vez esto sea posible, pero no se corresponde con casi ninguna de las teorías jurídicas que conocemos, las teorías jurídicas contienen un *ideal*, explícito o implícito, de derecho y, a partir de él, describen la práctica jurídica.»⁸¹

Pero si esto es así, entonces la filosofía del derecho debe incorporar necesariamente una dimensión normativa, imposible de separar de su dimensión conceptual, y en consecuencia no es posible preservar la tesis de la neutralidad valorativa defendida por el positivismo metodológico, al menos tal y como éste la concebía. Esto es lo que he tratado de poner de relieve en este trabajo.

Oxford University Press, en prensa. En Polonia, sin embargo, durante la etapa comunista en la que era tan frecuentemente necesario hacer muchas horas de cola, al parecer era visto como lícito vender el puesto en la cola; véase J. HRADA, «Consumer Shortages in Poland», *Sociological Quarterly*, 26, 1985, pp. 387-404. De la extensa literatura sobre la práctica de la cola, véase L. MANN, «Queue Culture: the Waiting Line as a Asocial System», *American Journal of Sociology*, 75, 1969, pp. 340-354; S. Milgram *et al.*, «Response to Intrusion into Waiting Lines», *Journal of Personality and Social Psychology*, 51, 1986, pp. 683-689; y R. LARSON, «Perspectives on Queues: Social Justice and the Psychology of Queuing», *Operations Research*, 35, 1987, pp. 895-905.

⁸¹ Gargarella y Moreso, *op. cit.*, p. XVI.

Reflexiones sobre la Filosofía del Derecho

Por IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En este artículo se ofrecen algunas reflexiones sobre lo que es la Filosofía del Derecho; sobre la actividad propia de los filósofos del Derecho y los límites que existen a la misma; así como sobre la Ciencia del Derecho. Y también se justifica la necesidad de entender que la actividad del filósofo del Derecho ha de estar caracterizada por el compromiso que ha de adquirir con el resto de las personas para que su trabajo permita la consecución de una sociedad más justa.

Palabras clave: *Filosofía del Derecho, Ciencia del Derecho, Teoría de la Justicia.*

ABSTRACT

In this article we can find some thoughts on what Philosophy of Law is, on the particular activity of the philosophers of law and its limits, as well as on Jurisprudence. In addition, we can find a justification about the necessity to understand that the activity of the philosopher of law should be characterised by their engagement with the people in order to achieve with his work a fairer society.

Keywords: *Philosophy of Law, Jurisprudence, Theory of Justice.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. REFLEXIONES SOBRE LO QUE ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. 2.1 *Respecto al método filosófico de estudio, reflexión y conocimiento.* 2.2 *Respecto al Derecho como objeto de estudio, reflexión y conocimiento.* 2.3 *La aportación de la Historia respecto al significado de la Filosofía del Derecho.*—3. REFLEXIONES SOBRE LO QUE SE DEBE HACER DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. 3.1 *Sobre el compromiso como elemento caracterizador de la actividad iusfilosófica.* 3.2 *Sobre la relevancia de la actitud crítica del filósofo del Derecho y de la Teoría de la Justicia.*

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que sobre la Filosofía del Derecho se pueden realizar reflexiones valiosas de muy diferentes tipos, pero entiendo que, en todo caso, hay tres cuestiones radicales, que están en la base de todas ellas, y que, por consiguiente, sería interesante tratar de responder¹. Estas cuestiones son: ¿qué es la Filosofía del Derecho?; ¿qué se debe de hacer desde la Filosofía del Derecho?, y ¿qué se hace desde la Filosofía del Derecho?

Dar una respuesta a la primera pregunta es propio de lo que sería una ontología de la Filosofía del Derecho; es tratar de dar una definición de lo que en realidad es la Filosofía del Derecho. Dar una respuesta a la segunda pregunta es propio de lo que sería una deontología de la Filosofía del Derecho; es tratar de dar razones que justifiquen un curso de acción a realizar en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Por último, dar una respuesta a la tercera pregunta es propio de lo que sería una sociología de la Filosofía del Derecho; es tratar de describir lo que se realiza por los que actúan como filósofos del Derecho, y aunque parece lógico pensar que ha de venir determinado por la respuesta dada a las anteriores cuestiones, esto no es necesariamente así².

¹ Quizá no sea ocioso advertir que con el término Filosofía del Derecho podemos estar haciendo referencia al menos a tres realidades diferentes, que, de un nivel más abstracto a uno más concreto, podemos entender como: un tipo de estudio, reflexión y conocimiento sobre el Derecho que cuenta con una larga tradición; la materia propia de estudio, reflexión y conocimiento que se realiza, de hecho, en las Áreas de conocimiento de nuestras Universidades que se denominan como Áreas de Filosofía del Derecho; y la materia propia de una Asignatura concreta dentro de los planes de estudios universitarios que recibe el nombre de «Filosofía del Derecho». En este artículo me refiero básicamente al primer significado del término y sólo de manera incidental al segundo.

² De hecho, si uno procurase encontrar el sentido de la Filosofía del Derecho por una vía pragmática antes que conceptual, y determinase que Filosofía del Derecho es lo que los filósofos del Derecho realizan, se encontraría en un callejón sin salida. Pues, atendiendo a la variedad de temas de investigación y de enfoques que los mis-

En las siguientes páginas no se va a encontrar ninguna respuesta a dichas cuestiones. Aunque sí podrán encontrarse algunas reflexiones que se pretende que sean aportaciones útiles para ir respondiendo a las dos primeras cuestiones planteadas.

2. REFLEXIONES SOBRE LO QUE ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Intentar responder a la primera cuestión es, de alguna manera, empeñarse en un trabajo que se sabe que hay que realizar, que hasta cierto punto es posible entender que se pueden producir avances, pero que, finalmente, no va a poder ser coronado con el éxito. Y es que no resulta posible determinar la esencia de la Filosofía del Derecho. Como advirtiera ya hace tiempo Norberto Bobbio: «Buscar una definición de filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo»³. Una consideración que se corresponde con la tradicional falta de consenso que caracteriza a la doctrina al intentar dar una respuesta a la cuestión de qué es la Filosofía del Derecho. De hecho, es precisamente sobre la imposibilidad (o al menos dificultad aparentemente insuperable) de conseguir una delimitación clara y concreta de lo que habría de constituir una supuesta esencia de la Filosofía del Derecho sobre lo que sí que podemos encontrar ese consenso en la doctrina.

Todo lo cual no puede, sin embargo, servir como justificación para no realizar el esfuerzo de procurar avanzar en la comprensión de lo que define a la Filosofía del Derecho y, así, sobre lo que cabe hacer desde la Filosofía del Derecho. En todo caso, eliminada toda pretensión de aportar una definición de Filosofía del Derecho que nos convenza, y pueda convencer a otros, plenamente, podemos optar por seguir avanzando en una investigación que nos ayude a comprender cuáles son los elementos que configuran de la mejor forma posible a la Filosofía del Derecho.

En ese sentido, creo que una forma simple, y a la vez fructífera, de investigar sobre el sentido de la Filosofía del Derecho es partir de un muy elemental análisis etimológico –dando razón de su existencia– del término Filosofía del Derecho. Es decir, que si de lo que se trata es de saber de qué estamos hablando cuando hablamos de Filosofía del Derecho, podemos apreciar, por una parte, que la división del término

mos realizan, parece muy difícil encontrar un nexo común que los una; y, sin embargo, tampoco puede entenderse que bajo el término Filosofía del Derecho han de incluirse todas las investigaciones que se realicen en el ámbito del Derecho que se autodenominen como iusfilosóficas, aceptando, sin más, que dicho término hace alusión a un concepto excesivamente nebuloso sin posible concreción alguna.

³ En BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, p. 91.

en las dos palabras que lo componen nos ofrece un buen medio de acercarnos a ese conocimiento, y, por otra, que la unión de ambas palabras puede tener una explicación que nos aporte nueva luz sobre su significado.

De esta manera, si atendemos a la división del término en las palabras que lo componen, creo que habría que entender que la primera palabra designa un método de estudio, reflexión y conocimiento, y la segunda designa el objeto propio de ese estudio, reflexión y conocimiento. Conforme a ello, lo que podemos colegir en primera instancia es que de lo que estamos hablando cuando hablamos de Filosofía del Derecho es de una determinada manera de estudiar, reflexionar o conocer –la manera filosófica–, un determinado objeto, una determinada materia, el Derecho, lo jurídico. Pero aquí entiendo que se nos abren, al menos, dos cuestiones diferentes, aunque estrechamente unidas entre ellas, que no han de tener una única respuesta si atendemos a lo que dice la doctrina, y que tienen como base los propios límites de esta aproximación al concepto de Filosofía del Derecho. Y es que cabe preguntarse, ¿hasta qué punto es cierto que la reflexión que se hace desde la Filosofía del Derecho es puramente filosófica y que el objeto de estudio es simplemente el Derecho, circunscrito a su dimensión jurídica? Las respuestas que se han de dar a esas preguntas han de incorporar matices de suficiente relevancia como para concluir que ni la reflexión y el método de conocimiento es puramente filosófico, ni el objeto del mismo se ha de circunscribir puramente al material jurídico del Derecho.

2.1 Respecto al método filosófico de estudio, reflexión y conocimiento

Para responder a la cuestión de si el método de estudio, reflexión y conocimiento que hace el filósofo del Derecho es el filosófico, hay que responder, a su vez, a dos cuestiones diferentes, ¿qué se quiere decir con método de reflexión y conocimiento filosófico?, y: ¿es sólo ese método filosófico el que ha de valer para definir la actividad propia de los filósofos del Derecho?

Responder a la cuestión de qué se quiere decir cuando hablamos de método de estudio, reflexión y conocimiento filosófico, supone determinar si cuando hablamos de ese método nos estamos refiriendo al propio de una determinada concepción o corriente filosófica o, por el contrario, al propio de una forma de reflexionar, de un tipo de actitud con la que nos enfrentamos a la adquisición de conocimiento, que podemos denominar como filosófica. Sin dejar de ser ambas afirmaciones ciertas en alguna medida, será la segunda idea la que mejor nos servirá para entender lo que es la actividad propia de la Filosofía del Derecho.

Aunque las reflexiones filosóficas que se hacen sobre el Derecho puedan tener su sede, directa o indirectamente, en alguna corriente filosófica concreta, eso no quiere decir que pueda entenderse que la Filosofía del Derecho que cabe realizar significa la aplicación directa, sin más, de los postulados esenciales de esa corriente filosófica al ámbito jurídico. Su aplicación al mundo del Derecho supone incorporar consideraciones diversas que significan mutaciones en algunos de sus postulados, lo que en ocasiones ha dado lugar incluso a la necesidad de acuñar una nueva terminología para referirse a las mismas –positivismo jurídico, marxismo jurídico, etc.–. En todo caso, podría llegarse a plantear que no existe la Filosofía del Derecho, sino, en todo caso, corrientes filosóficas que reflexionan sobre el Derecho. No obstante, se ha de comprender que no sólo el objeto de conocimiento hace que se modifiquen, en mayor o menor grado, los postulados básicos de la corriente filosófica que se tome como referencia, sino que también hay que considerar que los filósofos del Derecho, en una amplia mayoría, no se adscribirían a una u otra corriente filosófica con exclusividad, sino que en su formación adoptarán –y acomodarán– postulados filosóficos de diferentes corrientes.

De esta manera, entiendo que la idea que mejor explica el sentido de la Filosofía del Derecho es que con ella hacemos referencia a una cierta forma de estudiar, reflexionar y conocer, que responde a lo que es posible entender como una actitud filosófica a la hora de enfrentarnos a los problemas que plantea el conocimiento de la realidad. Una actitud que, lógicamente, constituye un denominador común a las distintas corrientes filosóficas.

Es claro que éste no puede ser el momento de debatir sobre lo que es o significa la Filosofía como forma de conocimiento (sobre lo que también hay un debate doctrinal inacabado por inacabable), pero creo que resulta acertada y conveniente –para su traslación a la consideración de la Filosofía del Derecho– la consabida caracterización que al respecto ofrecía el filósofo Gustavo Bueno al entender que «La Filosofía es una forma de totalización racional crítica universal (...) una totalización trascendental»⁴. Y así, adaptando esos elementos para caracterizar a la Filosofía del Derecho, cabría entender ésta como un tipo de reflexión, un saber, totalizador, trascendental, racional y crítico⁵.

Creo que esas características, si bien no dan una definición acabada de la Filosofía del Derecho, sí nos ponen en la senda correcta para entender de qué tipo de reflexión estamos hablando cuando hablamos de Filosofía del Derecho y nos permite distinguir, pues, la actividad del filósofo del Derecho de cualquier otra actividad, como la que se

⁴ En BUENO, G., *El papel de la Filosofía en el conjunto del saber*, Madrid, Ciencia Nueva, 1970, pp. 113-114.

⁵ *Vid.* en esta línea, por ejemplo, en ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1991, p. 372.

elabora estrictamente desde el ámbito científico, que tenga también al Derecho como objeto de la misma.

De esta manera, como reflexión totalizadora, la reflexión de la Filosofía del Derecho no se correspondería con la que se pudiese realizar desde un determinado tipo de saber, sino que ha de ser lo más abarcadora posible, a fin de poder ofrecer sus respuestas con la mayor amplitud de miras, con una aproximación realizada desde distintos ámbitos del saber, entre los que adquiere especial importancia la política, la moral, la historia o la sociología. Y esta apertura de la Filosofía del Derecho a diferentes tipos de saber, conlleva que han de plantearse no sólo como positivas sino también como necesarias las aportaciones que se hagan desde muy diferentes campos del conocimiento; en tanto en cuanto que es valiosa también aquí la pluralidad, al ofrecérsenos puntos de vistas, perspectivas, reflexiones y estudios diferentes, desde la propia elección de los problemas que se plantean, hasta las conclusiones que se ofrecen, pasando por la forma de enfocarlos y tratarlos⁶. En todo caso, cabe entender que, aun con esa apertura, la reflexión propia de la Filosofía del Derecho sólo adquiere su entidad propia en cuanto tiene como objeto de reflexión, estudio o conocimiento la realidad y la experiencia jurídica, por muy amplios que sean los significados que demos a estos conceptos.

Con la idea de que se ha de producir una reflexión trascendental, cabe entender que las reflexiones filosóficas también han de «trascender» el objeto sobre el que se reflexiona, estando en estrecha conexión con las otras características. Así, señalaba Elías Díaz que «La Filosofía del Derecho en cuanto saber trascendental, expresaría, por tanto, la totalización crítica de esa realidad jurídica de carácter empírico (Derecho vigente y Derecho eficaz), así como de las ciencias que sobre ella trabajan (principalmente Ciencia del Derecho y Sociología del Derecho)»⁷.

En cuanto al elemento de la racionalidad, es importante diferenciar la reflexión racional filosófica del tipo de reflexión propio de la racionalidad científica. En el ámbito filosófico, no se trata de que exista una racionalidad que busque la verdad racionalmente indiscutible de los problemas que se plantea. La reflexión filosófica siempre ha de realizarse en un terreno en buena medida marcado por la incertidumbre. El filósofo del Derecho ha de ser consciente de que las respuestas que él ofrece no han de ser entendidas nunca como la última palabra

⁶ También en esta línea, señalará Solar Cayón que «La historia, la sociología, la psicología, la filosofía moral y política, la epistemología, la economía, la informática, el análisis del lenguaje, etc., se presentan así como herramientas a disposición del iusfilósofo en el intento de realización de aquella aspiración totalizadora y crítica de la experiencia jurídica». (En SOLAR CAYÓN, J. I., «Algunas consideraciones sobre el sentido del quehacer iusfilosófico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XX, 2003, p. 275).

⁷ En DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 1.ª ed. 1971, Madrid, Taurus, 1989, p. 334.

sobre la cuestión que se trata, actitud propia de un dogmatismo que resulta incompatible con el carácter de la Filosofía del Derecho, por la que resulta absolutamente esencial volver a replantearse las cuestiones conforme a perspectivas o conocimientos nuevos⁸. Sin embargo, la exclusión de ese tipo de racionalidad científica no nos ha de llevar al error de pensar que la actividad del filósofo del Derecho no se mueve dentro del paradigma de la racionalidad. La razón constituye el principal elemento de trabajo del filósofo del Derecho, y sólo podemos encuadrar la reflexión que se realice dentro de la Filosofía del Derecho si la misma se hace desde la racionalidad y sus reflexiones y propuestas son, pues, razonables.

Por último, como reflexión crítica, nos encontramos –a mi entender como al de la casi totalidad de la doctrina– con el elemento clave para determinar la actitud con la que el filósofo del Derecho ha de afrontar los problemas a los que pretende dar respuesta. La Filosofía del Derecho o es crítica o no existe como tal Filosofía. La actitud crítica exige un estado de permanente enjuiciamiento de la realidad, del objeto de conocimiento y de los propios postulados de los que se parten y de las propias conclusiones a las que se llega. Es esa actitud crítica la que impide que se pueda dar algún conocimiento como presupuesto indiscutido o como verdad incontrovertible, y la que impele a dejar nuestros criterios lo más libres posibles de prejuicios a la hora de afrontar una cuestión, a ser capaces de abandonar una teoría o un postulado si encontramos nuevos elementos que racionalmente nos llevan a determinar su invalidez, sin por ello condenarlos a su exclusión definitiva. Toda reflexión acomodaticia con unos valores o principios aceptados acríticamente nos aleja de la reflexión que es propia de la Filosofía del Derecho. Eso no quiere decir que este tipo de reflexiones no las hagan, de hecho, los filósofos del Derecho, ni que con las mismas no se pueda avanzar en el conocimiento científico o incluso en el filosófico, pero sí que con ellas se desvirtúa a la Filosofía del Derecho.

2.2 **Respecto al Derecho como objeto de estudio, reflexión y conocimiento**

En cuanto al Derecho como la materia propia del estudio, reflexión y conocimiento realizado por la Filosofía del Derecho, señalaba antes la necesidad de matizar esta idea. Y es que no es cierto de que el objeto del estudio, reflexión y conocimiento propio de la Filosofía del Derecho se pueda circunscribir netamente al Derecho, ni siquiera a la experiencia jurídica. La experiencia jurídica es la materia inevitable,

⁸ Por eso resulta imprescindible replantearse continuamente incluso la propia esencia de la Filosofía del Derecho, sus fundamentos y utilidad, sin que quepa nunca dar una definición acabada de la misma.

que está siempre presente, directa o indirectamente, en todo análisis realizado desde la Filosofía del Derecho, pero los fines pueden ser otros que el de ahondar en el conocimiento del Derecho (como puede ser pretender construir una sociedad más justa) o la reflexión puede referirse a aspectos que –aunque puedan ser de la mayor trascendencia– sólo indirectamente se relacionan con el Derecho (como puede ser el estudio histórico del surgimiento del individualismo en la cultura occidental). Como señala el profesor Pérez Luño, «La propia complejidad de la experiencia jurídica exige la conexión de esas dimensiones que la conforman [a las que el propio autor se refiere como hecho social, norma y valor] con otros factores extrajurídicos (económicos, políticos, éticos, religiosos...) que la condicionan y le confieren unos rasgos propios en un contexto social e históricamente determinado»⁹.

Estas consideraciones permiten entender por qué las reflexiones que se realizan por los filósofos del Derecho pueden ser de lo más variadas, pues de lo más variadas son las cuestiones que tienen el conocimiento del Derecho como origen, como medio o como fin. Y es por ello que no hay más que ver la ingente bibliografía que se ha producido en las últimas décadas por filósofos del Derecho para poder observar lo variado de los temas y de los enfoques. Un pluralismo que, en todo caso, me parece positivo, por enriquecedor; ya que, efectivamente, son muchas las cuestiones que demandan respuestas desde el ámbito de la Filosofía del Derecho, y sería improcedente e injustificado que los filósofos del Derecho nos autolimitásemos en nuestra labor. No obstante, es necesario advertir que esa pluralidad de temas y enfoques abordados desde la Filosofía del Derecho no nos debe impedir entender que el Derecho, la experiencia y la realidad jurídica, es el elemento común a todos ellos; aunque eso también supone entender que, aun partiendo de posiciones positivistas, no puede limitarse el objeto de reflexión, estudio y conocimiento de la Filosofía del Derecho a las normas jurídicas o al sistema jurídico en su conjunto. Y no sólo es que las cuestiones a las que se puede dar respuesta desde la Filosofía del Derecho responden a un abanico mucho más amplio, sino que la propia comprensión del sistema jurídico o de los elementos que lo constituyen sólo puede realizarse adecuadamente si es teniendo debidamente en cuenta otras realidades –además de la normatividad jurídica– como son, al menos, la realidad del poder y la de los valores¹⁰.

⁹ En PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuesto para una filosofía de la Experiencia Jurídica*, 9.ª ed., Sevilla, Mergablum, 2006, p. 86.

¹⁰ En esta línea, también señalaba Solar Cayón: «La reflexión iusfilosófica no puede dejar de aspirar a un proyecto de comprensión integral de la experiencia jurídica. Lo cual implica, a mi juicio, asumir una visión compleja y pluridimensional, que tenga en cuenta las vertientes normativas, empíricas, axiológicas, políticas, lingüísticas, etc., de la misma. Y esa aspiración debe reflejarse tanto en lo que pudiéramos denominar una dimensión interna al propio conocimiento jurídico *stricto sensu* como en una dimensión externa al mismo». (En SOLAR CAYÓN, J. I., *op. cit.*, p. 274).

En todo caso, si la actividad a realizar desde la Filosofía del Derecho tiene al conocimiento del Derecho como origen, como medio o como fin, resulta necesario subrayar que esa actividad del filósofo del Derecho no puede ser una actividad neutral en sus reflexiones, estudios y conocimientos. Y no lo puede ser debido a las características propias del Derecho, a la formación del filósofo del Derecho y a la relación que existe entre Ciencia del Derecho y Filosofía del Derecho¹¹. Tres consideraciones que van necesariamente unidas, en el sentido de que la imposible neutralidad de la actividad que se puede realizar desde la Filosofía del Derecho se deriva –teniendo en cuenta la directa relación existente entre Ciencia del Derecho y Filosofía del Derecho– de la imposible neutralidad de la Ciencia del Derecho, que es debida, así mismo, a las características propias del Derecho y a la imposible actitud neutral del científico del Derecho.

De esta manera, aunque hay que partir de que frente a la Ciencia del Derecho, el estudio y la reflexión propios de la Filosofía del Derecho no tratan de ser neutrales, sino que lo que se pretende es conseguir una comprensión de la realidad y la experiencia jurídica así como poder valorar críticamente esa realidad –es decir, determinar, en la medida de lo posible, tanto el ser como el deber ser del Derecho–; lo que aquí pretendo subrayar es que si no existe una neutralidad en la actividad que realiza el científico para el estudio del Derecho, de ahí se ha de derivar, necesariamente, que no es predicable la neutralidad de la actividad propia del Filósofo del Derecho –y no sólo, como es evidente, en esa valoración crítica de la misma, sino tampoco en la comprensión del Derecho, ni incluso en la determinación de una meta-ciencia del Derecho–. Conviene, pues, explicar, aunque sea brevemente, por qué ni el científico del Derecho puede realizar una actividad neutral en el conocimiento del Derecho.

La Ciencia del Derecho estudia el Derecho positivo, es decir, lo que constituye el Derecho para el positivismo, las normas, los principios, los subsistemas jurídicos e incluso el sistema jurídico en su conjunto¹². Y con ese estudio, la Ciencia del Derecho pretende conseguir un conocimiento objetivo y, por consiguiente, real del objeto que se estudia. Pero ese conocimiento objetivo, de acuerdo con el paradigma

¹¹ En este sentido, me parece acertada la opinión de Francisco Javier Ansuátegui cuando señala que el ámbito de reflexión y conocimiento propio de la Filosofía del Derecho parte de los conocimientos propios de la Ciencia de Derecho, aunque sea para abordar cuestiones diferentes, pues «la filosofía necesita como presupuesto operativo la actividad científica. Quiere decirse con ello que a la filosofía le urge contar con las conclusiones científicas como plataforma desde la cual llevar a cabo su función (...). Por lo tanto la filosofía no puede prescindir de las aportaciones de la ciencia; más aún, se construye sobre y a partir de ellas (...). También la Filosofía del Derecho encuentra su justificación en la existencia de aquellos temas o problemas a los que, podríamos decir, no llega la ciencia jurídica en sus diferentes manifestaciones». (En ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, p. 183).

¹² *Vid.*, en este sentido, en DÍAZ, E., *op. cit.*, pp. 61-62.

científico de la modernidad, ha de ser un conocimiento obtenido desde la neutralidad valorativa respecto al objeto estudiado. Y, en el caso del científico del Derecho, se entiende que esa neutralidad ha de tener su traducción en que su actividad consistiría en hacer expreso, a través de un uso de la función descriptiva del lenguaje, lo que el Derecho establece conforme al uso prescriptivo del lenguaje¹³. Es la idea que expresa Elías Díaz al decir: «Ello implica, entre otras cosas, asumir y convertir el lenguaje prescriptivo, propio del Derecho positivo, en el lenguaje descriptivo, propio de toda ciencia y también de la Ciencia jurídica»¹⁴; y que tiene un momento culminante en la Ciencia del Derecho de Kelsen, para quien: «La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho –por decir así, desde fuera–, y fundándose en ese conocimiento, describirlo. (...) la ciencia del derecho sólo puede describir el derecho; no puede, a diferencia del derecho producido, en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, *prescribir algo*»¹⁵.

Sin embargo, la claridad teórica de esa pretendida función propia de la Ciencia del Derecho no resulta tan evidente en la realidad. Y es que hay que replantearse si es posible realizar ese estudio, reflexión y conocimiento neutral del Derecho o, dicho de otra manera, si el científico del Derecho puede ser neutral respecto al Derecho que estudia y conoce en el ejercicio de su actividad conforme a ese paradigma científico de la modernidad.

Como es sabido, desde el primer positivismo jurídico se pretendió defender esa actitud del científico del Derecho, amparándose para ello en dogmas como la omnisciencia del legislador y que el Derecho constituye un material pleno, coherente y claro. En este sentido, se pretendía que el científico del Derecho (como el intérprete y el aplicador del mismo) podía estudiar y conocer el Derecho en la misma medida en que los científicos de otras ramas del saber podían estudiar y conocer las leyes que les fuesen propias. Sin embargo, ya en el propio siglo XIX, y con la revuelta contra el formalismo jurídico que se produjo, esos dogmas se hicieron insostenibles, al menos lo fue intentar mantenerlos sin matices, en el sentido riguroso que la perspectiva científica exigía. Y un punto clave en ese sentido lo señaló claramente

¹³ Pues, como señala Bobbio, cabe distinguir «tres requisitos fundamentales de cualquier investigación que tenga la ambición de ser llamada ciencia según el modelo de las ciencias por excelencia, las ciencias naturales, y en el sentido noble y fuerte por el que se hace coincidir la Edad Moderna con el inicio, desarrollo y triunfo de la revolución científica: a) el principio de verificación como criterio de validez; b) la explicación como finalidad; c) la avaloratividad como presupuesto ético». (En BOBBIO, N., «Sobre las posibles relaciones entre filosofía política y ciencia política», trad. de J. Fernández Santillán, A. de Cabo y G. Pisarello, en Bobbio, N., *Teoría general de la política*, ed. de M. Bovero, Madrid, Trotta, 2003, pp. 84-85).

¹⁴ En DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ En KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 85-86.

Julius Von Kirchmann cuando, en su famosa conferencia «La Jurisprudencia no es ciencia», determinó que el Derecho no era un objeto de estudio inmutable, como lo eran los objetos de estudio de las «verdaderas» ciencias –y que por eso el éxito conseguido por las ciencias naturales había sido extraordinario mientras que en el Derecho se seguía sin producirse un avance claro–. Y es que, como expresamente diría en su célebre sentencia, «En cuanto la ciencia hace de los contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura»¹⁶.

Y digo que esa contingencia del Derecho es un aspecto clave a la hora de atender a la posible neutralidad del científico y del filósofo del Derecho en el ejercicio de sus diferentes actividades, porque es precisamente por ella por la que hay que abandonar definitivamente la pretensión de neutralidad tanto del científico como, en consecuencia, del filósofo del Derecho. Y es que, en este sentido, la neutralidad no depende de una actitud que consciente o inconscientemente adopte el que pretenda realizar un estudio sobre el Derecho al iniciar su actividad, sino que esa neutralidad quiebra precisamente porque no existe una «verdad neutral» de lo que es el Derecho positivo, una verdad que el científico o el filósofo del Derecho puedan, pues, estudiar o conocer. El Derecho no hace referencia a una realidad perfectamente determinada e identificable, y por eso, inevitablemente, la labor del científico del Derecho siempre tiene una parte de intérprete del Derecho, y –en cuanto intérprete– también de constructor del propio Derecho que él trata de estudiar y conocer. En su actividad, el científico del Derecho no podrá realizar, pues, una descripción de lo que el Derecho que estudia es, sino que lo único que podrá llegar a realizar es una descripción de lo que a su entender el Derecho que estudia es, pero ha de ser consciente de que en esa descripción, inevitablemente, estará reconstruyendo ese Derecho, y es más, también ha de serlo de que quien le lea tendrá, necesariamente, que hacer una reconstrucción de su propio material científico¹⁷.

En esta línea, también Bobbio aportaría buenas razones a la hora de excluir la pretensión de poder conseguir una auténtica neutralidad valorativa por parte del científico del Derecho debido a las características del propio objeto de conocimiento. En este sentido, señalaba el

¹⁶ En KIRCHMANN, J. H. Von, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de A. Truyol y Serra, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 29.

Aunque también es cierto que, desde otra perspectiva, cabe entender que a veces han sido necesarias bibliotecas enteras de Ciencia y Filosofía del Derecho para poder conseguir tres palabras del legislador capaces de impulsar adecuadas transformaciones en la sociedad.

¹⁷ Opinión contra la que expresamente ya se manifestaría Kelsen, para quien «La ciencia del derecho es conocimiento de éste, no conformación del mismo. Pero en la jurisprudencia tradicional reina la tesis de que la ciencia del derecho puede y debe también actuar como conformadora del derecho (...). Así se incurre en una confusión entre ciencia jurídica y política jurídica». (En KELSEN, H., *op. cit.*, p. 86).

profesor de Turín una serie de problemas que difícilmente pueden solventarse y que implican una necesaria toma de posición del investigador: que el jurista tenga que discriminar cuáles son los *hechos relevantes* –las normas– que ha de estudiar; que decida en caso de dos normas antinómicas qué normas son las que ha de utilizar; que se encuentre con lagunas que le impelan a «buscar» las normas que «faltan»; que la comprensión de las normas no pueda realizarse sino interpretando la intención del órgano que las creó; o, finalmente, que atendida a los problemas que conlleva la simple interpretación de los signos lingüísticos en que se manifiestan las normas. Y es conforme a todo ello que concluye que «Esto es suficiente, creo, para afirmar que el jurista se encuentra a menudo en la necesidad de hacer elecciones valorativas (...). Por tanto, si por ciencia descriptiva se entiende una investigación que procede por, y concluye con, aserciones, esto es, con proposiciones verificables, este breve inventario de las diversas ocasiones en las que el jurista se ve obligado a intervenir con juicios de valor debería bastar para hacer recibir con desconfianza la definición de la ciencia jurídica como ciencia descriptiva, o, por lo menos, para considerarla como una definición persuasiva»¹⁸.

En todo caso, y aun siendo conscientes de que finalmente resulta de imposible consecución fáctica el objetivo que la Ciencia del Derecho tiene de conocer la verdad objetiva y neutral sobre lo que es el Derecho que estudia –su estructura o su contenido normativo–; también me parece importante resaltar que esa afirmación es plenamente compatible con la consideración de que ése sigue siendo –y debe seguir siendo– el objetivo pretendido por la Ciencia del Derecho.

En los párrafos anteriores simplemente he pretendido exponer argumentos que permiten concluir que la neutralidad en el conocimiento del Derecho resulta imposible por el propio objeto de conocimiento, en lo que sigue quiero subrayar que, teniendo en cuenta la evidente trascendencia que adquiere para la Ciencia del Derecho –y

¹⁸ En BOBBIO, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», en Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 214, y sobre los problemas identificados por Bobbio al respecto en pp. 213-214.

En la misma línea, también Bovino y Curtis señalarán más recientemente, como factores que actúan en contra de esa posible determinación de un supuesto «contenido real» del Derecho positivo, la indeterminación lingüística de las normas, las inconsistencias y contradicciones lógicas de las normas, la existencia de principios y directrices junto a las normas regla, la estructura jerárquica y escalonada del orden jurídico, así como el hecho de que los intérpretes y aplicadores del Derecho también operen conforme a las interpretaciones jurisprudenciales previas. Y, así, afirmarán que «el “contenido” del derecho positivo, más que un conjunto unívoco y estable de significados fijos, es el resultado de un proceso incesante de atribución de sentido a normas y principios, selección de reglas o principios aplicables de acuerdo a esa atribución de sentido, extensión y comprensión de esos sentidos para ajustar la regla al caso, y una multiplicidad de otras operaciones intelectuales en las que juegan factores ideológicos, valorativos y extranormativos». (Vid. en BOVINO, A. y COURTIS, C., «Por una dogmática conscientemente política», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000, pp. 186-188 y 195).

para la Filosofía del Derecho— la actitud que tome el científico del Derecho al realizar su importante labor, esta actitud nunca podrá considerarse como plenamente neutral, lo que, evidentemente, afecta tanto a los resultados alcanzados por la Ciencia del Derecho como a los que se han de conseguir desde la Filosofía del Derecho.

La trascendencia que tiene el trabajo realizado por el científico del Derecho resulta palmaria si tenemos en cuenta que el Derecho es el principal instrumento de control social en nuestras sociedades y atendemos al uso que, por consiguiente, hace el poder político de él para hacer valer sus criterios. Por eso, me parece esencial que la actividad del científico del Derecho se caracterice —como la de cualquier otro científico en sus diferentes ámbitos de conocimiento— por pretender realizar un estudio y reflexión, y obtener un conocimiento, neutrales de la realidad del Derecho. Esa actitud supone que el científico del Derecho no ha de poner su ciencia a disposición de una determinada ideología, como no ha de intentar exponer lo que según sus investigaciones es el Derecho haciéndolo coincidir, cual nuevo Procusto, con lo que para él debería ser el Derecho¹⁹. Pero lo que aquí cabría preguntarse es si, en todo caso, es posible realizar esa aproximación neutral

¹⁹ Lo que no excluye que también en ocasiones el científico del Derecho pueda pretender, consciente y explícitamente, tener una actitud activa en la conformación del propio Derecho. Y aunque un problema sería saber en qué sentido se podría seguir denominando con propiedad a esa labor como Ciencia del Derecho —lo que, como vimos, era criticado por Kelsen—, en todo caso, es una actitud que no siempre se ha de ver en un sentido negativo, e incluso a veces en un claro sentido positivo. En este sentido, si Reale reivindicaba la importante función a la que los juristas habían renunciado voluntariamente ejercer: «Cosa grave es, sin embargo, cuando una clase o categoría social pierde conciencia de sus deberes y prerrogativas, transfiriendo a otros el cuidado de problemas que específicamente le competen. Fue lo que pasó con los juristas, progresivamente acantonados en la tarea secundaria de comentar textos legales, componiendo sistemas técnico-formales sobre las bases de preceptos colocados completamente a su gusto, y, además, recibidos como si fuesen mandatos, cuyo lenguaje debiesen descifrar religiosamente. Perdióse, de este modo, el sentido creador de la Ciencia del Derecho, a cuyos cultivadores no cabe, ciertamente, la tarea exclusiva de elaborar leyes, pero cuya presencia debe hacerse notar desde los orígenes de la nomogénesis jurídica, inclusive porque, hechas o no por juristas, son éstos los que acaban siendo responsables de su adecuada aplicación». Y si para Nino: «Claro está que, a pesar de esta manifiesta actitud de adhesión dogmática hacia el derecho legislado, la dogmática jurídica cumple una importante función, ciertamente inconsecuente con ella: la de reformular ese derecho, proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos; de esta forma, la dogmática jurídica presta su más importante servicio a la administración de justicia». Para Bovino y Courtis llegará a constituir quizás la actuación más apreciable de la dogmática jurídica, pues para estos autores «las confrontaciones dogmáticas más ricas son aquellas conscientes de que, detrás de una discusión sobre soluciones alternativas para un caso problemático, existe una discusión ideológico-política entre modos distintos de entender cuáles son esos valores —y en las que, por ende, se argumenta en ese plano—». (En REALE, M., «Filosofía jurídica y Teoría General del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1966, pp. 109-110; en NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, 1.ª ed., 1983, Barcelona, Ariel, 1991, p. 326; y en BOVINO, A. y COURTIS, C., *op. cit.*, p. 203).

por parte del científico del Derecho al realizar su actividad. Y si bien la respuesta que parte de la doctrina da es afirmativa, como ejemplificaba antes con la opinión de Kelsen, sin embargo, creo que la respuesta, en un sentido riguroso, ha de ser nuevamente negativa, lo que en último término también significará que sea imposible la adquisición de un conocimiento objetivamente verdadero de la realidad jurídica²⁰.

En este sentido, conviene tener presente, por una parte, que el Derecho no es un instrumento, una técnica, neutral para conseguir determinados fines sociales, sino que todo Derecho, como es bien sabido, responde necesariamente a unos determinados valores, a una determinada ideología; y, por otra, que todo científico del Derecho necesariamente ha recibido una formación jurídica –o simplemente ciudadana– que le hace tener unos valores, una ideología, partir de ciertos principios, o incluso de simples postulados metodológicos, adscritos a una determinada corriente de pensamiento²¹. De esta manera, se ha de colegir que el científico del Derecho no puede acercarse neutralmente al estudio, reflexión y conocimiento del Derecho. Como antes señalaba, intentar hacerlo en la mayor medida posible ha de ser un principio de acción consciente que el científico del Derecho ha de asumir antes de realizar su labor, pero, aun así, ha de estar alerta por si las conclusiones a las que llega son resultado, y en que medida lo son, de sus propios valores y principios preconcebidos. Por eso, la pretensión de neutralidad del científico del Derecho ha de desarrollarse, en todo caso, acompañada de la sinceridad. Sinceridad en admitir los propios principios y postulados de los que se parte en el ejercicio de su labor, y no para justificar una actividad científica guiada por los mismos, sino para que sus resultados puedan ser juzgados también adecuadamente por terceros²².

²⁰ También se manifiestan claramente en este sentido Bovino y Courtis, para quienes hay que «distinguir al menos tres funciones en la dogmática: a) Una función expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir el derecho positivo cuyo contenido no es considerado problemático (...), b) Una función cuya orientación pretende ser descriptiva, en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo, pero también tiene un componente prescriptivo, ya que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación por sobre otras (...) y c) Una función cuya orientación pretende ser crítico-prescriptiva, y no descriptiva (...) postula que la mejor solución implica *no la adhesión, sino el rechazo* del derecho positivo vigente». (En BOVINO, A. y COURTIS, C., *op. cit.*, pp. 189-191).

²¹ Como advierte Atienza, «Hoy, sin embargo, se suele insistir en el hecho de que no es posible trazar una distinción tajante entre ciencia y filosofía, desde el momento en que el científico, inevitablemente, tiene que adoptar determinados presupuestos ontológicos y valorativos –es decir, filosóficos– que tienen importantes repercusiones para la ciencia». (En ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, *cit.*, p. 222).

²² Aunque también es cierto que esta exigencia no puede consistir en una continua petición de principios a los científicos del Derecho en sus actuaciones. Como bien apuntan Bovino y Courtis, aunque los dogmáticos hacen explícitos, en muchos casos, los presupuestos de los que parten, sin embargo, «En síntesis, no parece razonable exigir que los juristas tornen explícitos todos sus presupuestos valorativos en

2.3 La aportación de la Historia respecto al significado de la Filosofía del Derecho

Finalmente, conforme al plan antes apuntado, quedaría por observar si la unión de ambas palabras, Filosofía y Derecho, puede tener una explicación que nos aporte nueva luz sobre su significado. También aquí seré breve, partiendo de la valiosa aportación que hiciese González Vicén en su conocido trabajo «La filosofía del Derecho como concepto histórico». Conforme a las conclusiones de González Vicén, históricamente sólo se empieza a hablar de Filosofía del Derecho a partir de finales del siglo XVIII, como reflejo del cambio que se produjo respecto a la reflexión sobre el Derecho y su consideración como concepto histórico²³. Y es que tanto el método como el objeto de reflexión propios del positivismo se diferenciaban de una forma tan radical con los que eran propios del iusnaturalismo, que hasta ese siglo XVIII había monopolizado la reflexión filosófica sobre el Derecho en la cultura occidental, que resultaba lógico que se diferenciase incluso la forma de referirse a las diferentes actividades, unos como iusnaturalismo o Derecho natural y otro como Filosofía del Derecho²⁴.

cada pieza concreta de su discurso teórico referida al análisis de alguna institución determinada del derecho positivo. Esto convertiría a los dogmáticos en filósofos, y los alejaría de la resolución de cuestiones prácticas». (Vid. en BOVINO, A. y COURTIS, C., *op. cit.*, pp. 192-193).

²³ Y es que, «Desde finales del siglo XVIII comienza a desaparecer de la literatura jurídica la vieja denominación de Derecho natural, que había designado una reflexión especulativa de tradición secular, para ser sustituida paulatinamente por el nombre nuevo de “filosofía del Derecho” (...) expresa el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho. O dicho con otras palabras: como símbolo y designación de un nuevo entendimiento de la realidad jurídica y de los modos de su aprehensión teórica, la “filosofía del Derecho” es, expresado brevemente, un *concepto histórico*». Entendiendo que un concepto es histórico «por su vinculación esencial a una estructura histórica (...) los conceptos históricos no expresan más que una realidad determinada y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas (...). Lo esencial de los conceptos históricos es (...) su concreción, el hecho de que son conceptos con un contenido determinado, cuyas últimas raíces se encuentran en conexiones históricas objetivas». (En GONZÁLEZ VICÉN, F., «La filosofía del Derecho como concepto histórico», en GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 207-208).

²⁴ Y así, según González Vicén, «Para entender adecuadamente lo que es la “Filosofía del Derecho” en su carácter de concepto histórico, es necesario pensarla siempre, por eso, en relación con la cisura probablemente más profunda experimentada por la conciencia jurídica occidental: el derrumbamiento de la tradición secular del jusnaturalismo y la aparición de lo que convencionalmente suele llamarse positivismo jurídico». (En GONZÁLEZ VICÉN, F., «La filosofía del Derecho como concepto histórico», *cit.*, p. 215).

Una conexión esencial entre Filosofía del Derecho y positivismo jurídico, que, por otra parte, González Vicén ya había señalado en un trabajo anterior, en donde afirmaba que: «La filosofía jurídica positivista no es tan sólo una “escuela” o una “dirección” más dentro de la filosofía del Derecho contemporánea, sino su modo constitutivo, aquella determinación histórica de su tema y de su objeto que condiciona todo su desarrollo pos-

Pero si de esa manera queda aclarada la vinculación entre la aparición del término Filosofía del Derecho y el positivismo jurídico, sin embargo, cabe todavía preguntarse si existe esa vinculación esencial que apuntaba González Vicén y si el uso de dicho término se ha de reservar todavía hoy día para ese tipo de reflexión sobre el Derecho propia del positivismo jurídico. Y a esas cuestiones, conforme a lo que he venido señalando aquí, habría que contestar negativamente. Si lo que se ha de entender es que lo que marca el término Filosofía del Derecho es –con los matices antes apuntados– una determinada forma de reflexión y conocimiento, que podemos entender como filosófica, sobre un determinado objeto, que podemos entender como la experiencia y realidad jurídica, es claro que mucho antes del siglo XIX se realizaba Filosofía del Derecho²⁵. De hecho, como acertadamente nos advierte Jaeger, ya incluso desde Homero se puede empezar a hablar de ese tipo de reflexión sobre el Derecho, señalando expresamente que: «fueron los griegos, creadores de la filosofía, los que por vez primera se enfrentaron con los fenómenos jurídicos y las instituciones legales con espíritu filosófico»²⁶. Un tipo de reflexión que tuvo gran

terior». (En GONZÁLEZ VICÉN, F., «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», en GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., p. 129).

²⁵ En este sentido, señala Pérez Luño: «La Filosofía del Derecho, al margen de la decantación terminológica de su expresión formal, ha sido una constante exigencia que aparece desde que los hombres comienzan a cuestionarse y a cuestionar racionalmente el sentido y el valor de las reglas sociales de comportamiento que a lo largo de la historia han venido a organizar su convivencia». (En PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones...*, cit., p. 86).

Una opinión diferente a la que mantengo en el texto principal puede verse en el análisis que realiza García Figueroa de los distintos sentidos del término «filosofía del Derecho». Para García Figueroa, cabría distinguir al menos tres sentidos del término, rechazando el de Filosofía del Derecho *sensu largissimo*, que «es producto de la traslación sin ajustes de los conceptos y los problemas de la filosofía en general al ámbito del Derecho», cuando, en este sentido, «la filosofía del Derecho deviene un estudio sobre los hipotéticos discursos en materia jurídica de pensadores que nunca se ocuparon del Derecho, ni albergaron la intención de hacerlo, entre otras cosas, porque algunos autores de la Antigüedad clásica ni siquiera han conocido un sistema jurídico como el que conforma nuestras intuiciones a la hora de establecer nuestras definiciones, nuestras reglas de uso de concepto de Derecho». Y así, «los defensores de esta concepción de la filosofía jurídica seguramente olvidan (cabe suponer que muy a su pesar) la naturaleza “histórica” del concepto de filosofía del Derecho». Sin embargo, creo que no debería de haber ningún problema en aceptar que las aportaciones hechas por esos pensadores de la Antigüedad constituyen Filosofía del Derecho, pudiendo ahora incluso reconducirlos al sentido de la Filosofía del Derecho que García Figueroa denomina en sentido amplio (*sensu largo*); es decir, la que «se sitúa en un lugar intermedio entre la filosofía general y la dogmática. Se trataría del sentido que cobra el término “filosofía del Derecho” bajo la concepción bobbiana que tradicionalmente ha aglutinado teoría del Derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia». (En GARCÍA FIGUEROA, A., «Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 2002, pp. 341, 342 y 344).

²⁶ JAEGER, W., *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, trad. de A. Truyol y Serra, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 1.

influencia en la reflexión filosófica posterior sobre el Derecho, tanto en lo sustantivo –como iniciadores del propio iusnaturalismo²⁷ o como fundadores de algunas de las cuestiones básicas de la reflexión filosóficas²⁸–, cuanto en lo formal²⁹.

Pero es que, además, también es evidente que después del siglo XIX, por una parte, se ha seguido realizando ese tipo de reflexión filosófica del Derecho desde corrientes filosófico-jurídicas diferentes al positivismo, y, por otra, incluso ha perdido sentido hablar de un positivismo enfrentado al iusnaturalismo, y no sólo porque hay posiciones teóricas que tienden al sincretismo entre ellas –como es la posición de los que se consideran como iusnaturalistas deontológicos en cuanto a la defensa de un cognoscitivismo ético que marca la justicia del Derecho y a la vez positivistas metodológicos en cuanto a la defensa de un concepto del Derecho determinado por los parámetros del positivismo metodológico³⁰–, sino también porque nuestro actual panorama doctrinal muestra una gran variedad de tipos de realizar esa reflexión teórica sobre el Derecho que caben dentro del positivismo³¹.

Como corolario de lo anterior habría que entender que, con los matices y aclaraciones apuntados, dentro de la Filosofía del Derecho caben todas las reflexiones y estudios filosóficos que se realicen atendiendo a lo que supone el conocimiento de la experiencia y la realidad jurídica. En tan amplio campo de acción puede el filósofo del Derecho desempeñar con propiedad su actividad.

²⁷ Como señala Atienza, «Una de las primeras manifestaciones que conocemos del Derecho natural es la que aparece en la *Antígona* de Sófocles (en el s. V a.C.), precisamente para justificar un acto de desobediencia». (En ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 94).

²⁸ En este sentido, también se suele señalar a Platón como iniciador de la cuestión absolutamente trascendental para la Filosofía del Derecho sobre el significado de la justicia, a cuya indagación se dedica expresamente en el Libro I de su diálogo *La República*.

²⁹ Pues, como nos vuelve a advertir Jaeger, «Cuando en nuestra época, altamente técnica, hablamos de filosofía del derecho, presuponemos la existencia de la jurisprudencia como disciplina constituida junto a otras ramas del saber, y ésta es la razón de que la filosofía jurídica moderna propenda a adoptar la forma de una reflexión abstracta sobre los conceptos fundamentales del Derecho o los métodos que emplean las distintas escuelas del pensamiento jurídico. Este enfoque del problema no era desconocido de los griegos en el período de su madurez intelectual. Tomó incremento en la escuela de Platón, hacia el final de su vida, y en la de Aristóteles». (En JAEGER, W., *op. cit.*, pp. 2-3).

³⁰ Como, por ejemplo, lo realiza explícitamente Eusebio Fernández en FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 1.ª ed., 1984, Madrid, Debate, 1991, p. 42.

³¹ Un interesante libro que nos da cuenta del debate actual sobre la incorporación de la Moral en el Derecho entre las diferentes corrientes positivistas, es ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

3. REFLEXIONES SOBRE LO QUE SE DEBE HACER DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Hasta aquí he tratado de justificar que el campo de la Filosofía del Derecho es muy amplio, abarcando una pluralidad de temas, que se pueden encontrar en lo que cabe considerar como propio de la Teoría del Derecho, de la Teoría de la Ciencia del Derecho así como de la Teoría de la Justicia³². Por eso, es evidente que cuando ahora pretendo apuntar alguna reflexión sobre lo que se debe hacer desde la Filosofía del Derecho está completamente ausente de mi ánimo –como creo que no podría ser de otra manera, si se ha de evitar caer en una especie de perfeccionismo ridículo– indicar un curso concreto de acción por parte de los filósofos del Derecho. Lo que pretendo es, simplemente, por una parte señalar que la actitud propia del filósofo del Derecho –que antes he caracterizado como totalizadora, racional y crítica– debe de complementarse con una nueva categoría, que es la de comprometida; y, por otra, que ese compromiso del filósofo del Derecho es el que mejor nos permite subrayar el especial protagonismo que han de tener la actitud crítica del filósofo del Derecho y los temas propios de la Teoría de la Justicia.

3.1 Sobre el compromiso como elemento caracterizador de la actividad iusfilosófica

Cuando afirmo que la actividad del filósofo del Derecho debe de estar también regida por el compromiso, me refiero a una obligación

³² Aunque es sabido que esta idea no es unánimemente aceptada en nuestra doctrina, defendiéndose no sólo opiniones diferentes sino también directamente opuestas, como lo es la de Hernández Marín al excluir la Teoría de la Justicia de la Filosofía del Derecho, reconociendo en ésta «sólo dos partes: la teoría general del Derecho y la teoría de la ciencia jurídica»; o, más recientemente, la de Bastida al afirmar que «la preocupación principal y, si nos apuran, única de la Filosofía del Derecho es la Ontología, esto es, la indagación acerca de la materia que compone esa realidad llamada Derecho». E incluso también cabe señalar en un sentido diferente, la idea expuesta por Fariñas Dulce de optar por una «Teoría del Derecho», pero que resulta abarcadora de los temas tradicionales de la Filosofía del Derecho, al concluir que «Por lo que respecta a la actual reflexión filosófica sobre el Derecho, la *teoría del Derecho*, en cuanto representa ese “esfuerzo de teorización integradora”, debería constar, a mi juicio, de las siguientes teorías parciales: 1. La *teoría general del Derecho* (...) La *teoría del conocimiento jurídico o epistemología jurídica* (...) La *Teoría de la decisión jurídica* y la *Teoría del método interpretativo* (...) La *Teoría de la justicia* (...) En resumen, la *Teoría del Derecho* en cuanto “esfuerzo de teorización reintegrante” reorienta todos los problemas a los que intentaban enfrentarse tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico e incluye además otros problemas que habían sido marginados o rechazados por aquellas corrientes filosóficas». (En HERNÁNDEZ MARÍN, R., «Concepto de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 176; en BASTIDA FREIXEDO, X., «Brevísima relación de los males de la Filosofía del Derecho o las formas entre las que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, p. 230; y en FARIÑAS DULCE, M. J., «Filosofía del Derecho versus teoría del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 219-222).

que el filósofo del Derecho necesariamente ha de adquirir respecto al resto de personas de la sociedad en la que vive y desarrolla su trabajo, de manera que éste sea útil a aquéllas de la mejor forma posible. De esta manera, se ha de comprender que la propia utilidad de la Filosofía del Derecho pasa por que el filósofo del Derecho asuma que su labor ha de servir a las personas que conforman la sociedad en la que vive y desarrolla su trabajo. Queda, pues, en las antípodas de mi planteamiento que ese trabajo sea en servicio de una sociedad cerrada. Lo fundamental son las personas, nunca han de prevalecer los supuestos valores identitarios de una sociedad por encima de las personas, de las que componen esa sociedad ni tampoco de las que no la conforman³³. Y en la medida en que podamos, con nuestro trabajo, ampliar el círculo de personas que resulten beneficiadas por el mismo –extendiendo, así, la consideración de la sociedad en la que vivimos y en la que entendamos incluidas a esas personas– mejor será, por su trascendencia, ese trabajo nuestro. Es perfectamente estimable, hasta el máximo grado, en su particularidad, la labor del médico que consigue la curación de un paciente, pero es mejor, por su trascendencia, la labor del médico que consigue encontrar un remedio para un tipo de cáncer.

Al ser el Derecho, la realidad y la experiencia jurídica, el objeto de estudio y reflexión del filósofo del Derecho –con el antedicho carácter totalizador, trascendental, racional y crítico–, resulta inevitable que los análisis que éste realiza y las respuestas que ofrezca afecten, en el plano teórico al menos, a algunos de los ámbitos más sensibles de la sociedad, como son la moral, la política y el propio sistema jurídico. Ámbitos desde los que se regula la sociedad y se pretende controlar y dirigir, de acuerdo a determinados fines, el comportamiento de los individuos que la componen. El Derecho no es sólo el complejo instrumento a través del cuál el Poder político consigue imponer sus mandatos, sino que el Derecho, a la vez, consigue controlar y racionalizar ese Poder político, regular y controlar la actividad de los miembros de la sociedad, resolver pacíficamente las controversias e incluso, en nuestras sociedades democráticas, ser el principal instrumento para el desarrollo vital de los individuos de la sociedad y de las sociedades en su conjunto.

³³ Me parece acertado, pues, el objetivo que el profesor Pérez Luño atribuye a su Filosofía de la experiencia jurídica, señalando que «sigue constituyendo la razón de ser última de la reflexión filosófica, su horizonte utópico situado en la lucha por la sociedad justa que garantice el pleno desarrollo de la persona en una comunidad definitivamente desalienada». Objetivo que, como el propio Pérez Luño comenta en otro trabajo, ha de entenderse como constitutivo del proyecto de la modernidad ilustrada: «...lo que fue el programa ilustrado de la filosofía y la teoría del Derecho en la modernidad y que continúa vigente: promover la racionalización de los sistemas jurídicos teniendo como horizonte la plena emancipación humana». (En PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones...*, cit., p. 89; y en PÉREZ LUÑO, A.-E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 5.ª ed., a cargo de R. González-Tablas y F. Llano, Madrid, Tébar, 2007, p. 94).

Por eso, independientemente de la trascendencia real que finalmente vaya a tener la actividad del filósofo del Derecho en la sociedad en la que vive, aquél ha de tener una actitud de compromiso con dicha sociedad. Pues el filósofo del Derecho no es un mero técnico que determina el conocimiento de un material sólo indirectamente relacionado con la vida de sus conciudadanos, de forma que le pudiera permitir realizar su labor alejado de la realidad social, sino que, en un sentido diametralmente opuesto, sus investigaciones versan sobre aspectos cruciales para los individuos de la sociedad (ya digo, independientemente de que en la realidad su influencia pueda ser de mayor o menor importancia). Y así, tanto a la hora de elegir las cuestiones sobre las que realizar su actividad reflexiva e investigadora, cuanto a la hora de afrontarlas desde su actitud racional y crítica, su labor siempre se ha de realizar desde un compromiso profundo y sincero con las personas con las que convive en la misma sociedad humana.

Por otra parte, la anterior reflexión también permite subrayar sin ambages la gran utilidad que tiene la Filosofía del Derecho en nuestras sociedades, y, en este sentido, la necesidad de esa actitud comprometida del filósofo del Derecho. Una utilidad que viene determinada tanto por la importancia decisiva del objeto sobre el que se reflexiona, se estudia y se pretende conocer –la experiencia y el material jurídico–, cuanto por la originalidad del propio método racional, totalizador, trascendental, crítico y comprometido que caracteriza la labor del filósofo del Derecho³⁴.

Todo lo cual no implica que la actividad del filósofo del Derecho tenga que estar determinada por las exigencias prácticas inmediatas y momentáneas de la sociedad. Precisamente la labor del filósofo del Derecho permite, y en alguna medida exige, que se produzca un esfuerzo de abstracción, un alejamiento de los problemas más inmediatos, para ocuparse de estudiar, reflexionar y comprender principios generales o nociones o cuestiones trascendentes, que no tengan una aplica-

³⁴ Pues, como señalaba Delgado Pinto, «Si la justificación de una rama del saber depende de la existencia de unos problemas que reclaman la actividad cognoscitiva del hombre y que no son abordados o satisfactoriamente resueltos por otras ramas del saber, la Filosofía del Derecho se justificará en la medida en que el Derecho plantee problemas de este tipo. En mi opinión tales problemas existen. La raíz de que así sea se encuentra, por un lado, en la existencia misma del Derecho como ordenación específica de la convivencia social y, por otro, en el conocimiento limitado que del mismo nos proporciona la Ciencia jurídica». En una línea similar, señalaría Eusebio Fernández la necesidad de la Filosofía del Derecho ahondando en su dimensión filosófica y en contraste con el enfoque propio de la Ciencia del Derecho y Ansuátegui recalcará la importancia del método filosófico para determinar la utilidad de la Filosofía del Derecho. (En DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, 1975, p. 25; y *vid.* en FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Estudios de Ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, p. 19; y en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 181).

ción práctica directa a las cuestiones sociales más acuciantes³⁵. Sin embargo, el compromiso del filósofo del Derecho pasa porque sea consciente –y actúe en consecuencia–, por una parte, de que sus estudios, reflexiones y conocimientos no pueden nunca satisfacerse por sí mismos, no pueden nunca considerarse parte de un simple juego intelectual o dialéctico, sino que siempre han de buscar ser útiles para la sociedad, para mejorar la misma a través de la realidad y la experiencia jurídica; y, por otra, de que sus estudios, reflexiones y conocimientos le colocan en una situación privilegiada para poder afrontar la posibilidad de avanzar en la consecución de las soluciones adecuadas a muchos problemas fundamentales para la sociedad y los individuos que la componen –como son, por poner sólo el ejemplo de algunos temas generales que surgen respecto a las relaciones entre Ética, Derecho y Poder, el reconocimiento y protección de derechos fundamentales o la determinación de los criterios de interpretación constitucional–.

Finalmente, de la misma manera que al final del apartado 1.2 señalaba la necesidad de que el científico del Derecho fuese sincero en la realización de su trabajo, cabe argumentar aquí respecto a la sinceridad del filósofo del Derecho en el desarrollo de su actividad. Pues también el filósofo del Derecho ha de estar alerta sobre el posible riesgo de incorporar su subjetividad, su propia ideología, en sus estudios, sobre todo cuando estos se realizan en el campo de la Teoría de la Justicia³⁶. Y así, aunque es claro que el filósofo del Derecho no tiene por qué tener la pretensión de neutralidad del científico y actuar con una equidistancia valorativa, su labor también ha de caracterizarse por esa sinceridad. Primero para consigo mismo, aceptando los argumentos y criterios que le parezcan más verdaderos tras sus estudios y reflexiones, guiados por la razón y por la continua crítica y revisión de los mismos; y después para con la sociedad en la que vive, exponiendo con lealtad los resultados de sus estudios, reflexiones y conoci-

³⁵ En este sentido se manifestaba Delgado Pinto al afirmar: «creo que es necesario poner en guardia frente al espejismo o la tentación a que pueden sucumbir algunos filósofos del Derecho al creer o pretender que sus teorías deben ejercer de manera inmediata una influencia práctica. Aunque se insista con razón en la conexión necesaria entre teoría y praxis, la transición inmediata de uno a otro plano no puede sino dañar a ambas (...). Se impone, pues, mantener una imprescindible distancia entre las urgencias inmediatas de la práctica y la reflexión teórica, una distancia que asegure la libertad del pensar filosófico y su autenticidad y rigor. Sólo con esta condición es posible una verdadera Filosofía del Derecho como reflexión teórica y sólo así puede proporcionar a la sociedad la específica utilidad que de ella cabe esperar». (En DELGADO PINTO, J., *op. cit.*, p. 42).

³⁶ Y es que, como nos advierte Luis Prieto, «esa trascendencia de la teoría del Derecho hacia la filosofía política a través de la realidad del poder nos sitúa en el camino de una nueva y quizá mas arriesgada superación de las estrictas fronteras del análisis jurídico entendido en clave positivista: la reflexión sobre el Derecho justo supone, en efecto, abrirse al mundo de la legitimidad y de los valores, donde el riesgo de especulación metafísica y de subjetividad ideológica parece elevarse considerablemente». (En PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 606).

mientos así como los principios y posibles postulados de los que parte para alcanzar esos resultados. De esta manera, hay que subrayar que la actitud comprometida del filósofo del Derecho ha de entenderse a través de esa actitud sincera, o dicho de otra manera, sin esa sinceridad el pretendido compromiso del filósofo del Derecho resultará vacuo cuando no peligroso por lo que puede esconder bajo su fachada de legitimidad. En este sentido, puedo señalar que mi comprensión de ese compromiso a asumir desde la Filosofía del Derecho supondría dar la máxima relevancia al estudio de lo que entiendo que es el núcleo básico del contenido de Justicia de nuestras sociedades, que es conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada una de ellas individualmente se haya dado, lo que ha de permitir la consecución del libre desarrollo de sus diferentes personalidades. Un objetivo que implica el estudio de los derechos fundamentales como aquellos derechos que en una sociedad se entiende que son los instrumentos político-jurídicos idóneos para conseguir dicho objetivo básico; así como del Estado de Derecho, sobre todo en su hasta ahora mejor configuración como Estado social y democrático de Derecho, como la estructura político-jurídica que mejor permite configurar la sociedad, el Poder y el Derecho para la consecución de dicho objetivo básico³⁷.

3.2 Sobre la relevancia de la actitud crítica del filósofo del Derecho y de la Teoría de la Justicia

Señalaba al principio de este apartado que la actitud comprometida del filósofo del Derecho ha de entenderse unida a la especial relevancia que tiene la actitud crítica del filósofo del Derecho, por una parte,

³⁷ En este sentido, pueden verse mis planteamientos sobre como ese objetivo último a conseguir se configura como el fundamento último de los derechos fundamentales y lo que ello implica a través de la necesaria incorporación de las distintas dimensiones de los valores de libertad, igualdad y solidaridad, en CAMPOY CERVERA, I., «Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXI, 2004, pp. 143-166.

En este sentido me parece interesante destacar en nuestra doctrina la muy extensa y relevante obra que en los últimos años ha realizado el profesor Rafael de Asís sobre todas esas cuestiones decisivas antes apuntadas, así, por ejemplo, sobre la relevancia del libre desarrollo de la personalidad en nuestro sistema jurídico político: DE ASÍS ROIG, R., «El artículo 10.1 de la Constitución española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social», en DE ASÍS ROIG, R., *Escritos sobre Derechos Humanos*, Lima, ARA Editores, 2005, pp. 63-103 (antes publicado en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada, Comares, 2002, pp. 135-175); sobre el concepto y fundamento de los derechos fundamentales: DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001; y sobre el Estado de Derecho: DE ASÍS ROIG, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999.

y al desarrollo de los temas propios de la Teoría de la Justicia, por otra, veamos ahora esto un poco más detenidamente.

Y lo primero que, en ese sentido, ha de ser destacado es que es sólo a través del punto de vista crítico sobre el Derecho que se pueden establecer unas bases teóricas sólidas que permitan avanzar adecuadamente en la consecución de una sociedad que sea lo más justa posible³⁸. Sólo desde un estudio, reflexión y conocimiento del Derecho que sea racional, totalizador, trascendental y, sobre todo, crítico, se puede, no sólo comprender mejor lo que es el Derecho, sino, lo que a mi parecer es mucho más importante, poder valorarlo y ofrecer elementos racionales para su cambio de forma que se consiga la incorporación de las mayores dimensiones de Justicia posible³⁹. Y aunque es

³⁸ Una conexión que también resaltaría Eusebio Fernández: «Evidentemente, detrás de la idea de la filosofía del Derecho como teoría crítica del Derecho está la construcción de un Derecho más justo». (En FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Estudios de Ética jurídica, cit.*, p. 23).

Y, así, me parece acertado el análisis de Pérez Luño al distinguir tres acepciones el término «crítica» que permiten reducir su ámbito de vaguedad: «Gracias a la primera, la filosofía crítica se orienta hacia sus versiones racionalistas, huyendo de las tesis voluntaristas y sus consiguientes peligros a desembocar en meros postulados metafísicos y/o dogmáticos. A partir de la segunda la filosofía crítica asume un compromiso progresista y renovador de los valores jurídico-políticos y evita su identificación con las teorías conservadoras que postulan una legitimación incondicional del *statu quo*. En virtud de la tercera la filosofía crítica se compromete con los desarrollos científicos y tecnológicos de su contexto cultural y evita la confusión con sus caracterizaciones ahistóricas». (En PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones..., cit.*, pp. 34-35).

³⁹ Este aspecto transformador y básico de la actividad crítica –y racional– que caracteriza a la Filosofía del Derecho puede colegirse también fácilmente de las palabras con las que Berlin se refería a la actividad filosófica en general: «Sin duda, es una hipótesis razonable que una de las principales causas de confusión, desdicha y miedo es, cualesquiera que sean sus raíces psicológicas o sociales, la ciega adhesión a nociones gastadas; la desconfianza patológica de cualquier forma de autoexamen crítico; los esfuerzos frenéticos por prevenir cualquier grado de análisis racional de aquello por y para lo cual vivimos. Esta actividad, socialmente peligrosa, intelectualmente difícil, a menudo dolorosa e ingrata, pero siempre importante, es la labor de los filósofos; tanto si se ocupan de las ciencias naturales, como si meditan en cuestiones morales, políticas, o puramente personales. La meta de la filosofía es siempre la misma: ayudar a los hombres a comprenderse a sí mismos y, de tal modo, actuar a plena luz, en vez de salvajemente en la oscuridad». (En BERLIN, I., «El objeto de la filosofía», en BERLIN, I., *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*, trad. de F. González Aramburo, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 42).

Por eso, no es de extrañar que prácticamente la unanimidad de la doctrina resalten ese elemento crítico a la hora de determinar la utilidad de la Filosofía del Derecho, y que algunos, como es el caso de Laporta, Hierro y Zapatero, consideren que es el que, en todo caso, podría justificar por sí sólo a la Filosofía del Derecho: «Si respondemos que, a pesar de todo, la Filosofía sigue teniendo algún cometido es porque en aquel cajón de sastre quedaba un objeto muy valioso que ni podíamos tirar a la basura, ni tiene adecuado armario ni cliente que lo quiera comprar: se trata de los valores, de la crítica. Este es el objeto que, en nuestra opinión, justificaría por sí solo la existencia de ese cajón de las sorpresas que, en ocasiones, es la filosofía del Derecho». (En LAPORTA, F. J., HIERRO, L. L. y ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, 1975, p. 114).

evidente –y a ello me he referido antes– que también los autores que trabajan desde los distintos campos de la Dogmática jurídica realizan en muchas ocasiones un análisis crítico de sus correspondientes materias, hay que tener en cuenta, por una parte, que al hacer los científicos del Derecho esa función crítica están haciendo una labor fundamental para la reflexión y el conocimiento del Derecho, pero una labor que sobrepasa las funciones propias de la Ciencia del Derecho en la que se encuadra, y, por otra, que hay que diferenciar entre esa labor crítica realizada desde los especialistas en una determinada parte del Derecho y la propia de los filósofos del Derecho, que se caracteriza precisamente por tener una visión mucho más amplia, determinada por su estudio y reflexión totalizadora y trascendental⁴⁰.

Por ello, la actitud comprometida del iusfilósofo se complementa necesariamente con su actitud crítica, así como con su trabajo en el ámbito de la Teoría de la Justicia⁴¹. De hecho, es quizás esa caracterización de la actividad de los filósofos del Derecho por esa actitud crítica una de las principales razones por las que la Teoría de la Justicia, ha adquirido preponderancia respecto a las otras partes, en las últimas décadas, en nuestra doctrina⁴². Teoría de la Justicia que, pre-

⁴⁰ En esta línea señalaba Ansuátegui: «La perspectiva filosófica sería más amplia que la perspectiva científica. Quiere decirse con ello que el filósofo, cuando lleva a cabo su actividad intelectual, adopta un punto de vista más amplio que el del científico, se plantea las cosas en el marco de una dimensión de totalidad impropia del proceder científico». (En ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 182).

⁴¹ Me parecen, en este sentido, muy acertadas las palabras de Pérez Luño al señalar que «La Filosofía, en cuanto tenga una orientación crítica, invita al jurista a un compromiso activo en la realización de los valores que integran el sistema de legitimidad del Derecho. Por coherencia intelectual y ética el jurista no puede limitarse a postular unos valores en la esfera de la reflexión jurídica sin que, al propio tiempo, no desarrolle el correspondiente esfuerzo por dotarles de eficacia y por hacer de ellos una experiencia tangible en la vida cotidiana de las sociedades democráticas». (En PÉREZ LUÑO, A.-E., *Lecciones...*, *cit.*, p. 41).

⁴² Y así, ya en 1983, diría Peces-Barba: «Donde me parece que hay coincidencia generalizada, incluso con evolución en los ambientes neopositivistas y analíticos, como lo prueba la obra de Hart, es en la existencia de una reflexión, parte central, y en algunos supuestos única de la Filosofía del Derecho, sobre los valores jurídicos, el Derecho justo, el Derecho que debe ser, o la moralidad del Derecho». (En PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 251).

Un protagonismo que es la recuperación de la preocupación que por la justicia han manifestado tradicionalmente los filósofos del Derecho. Y no me refiero sólo al pensamiento iusnaturalista, sino también desde el positivismo, salvando posiciones meramente analíticas que pudieron tener su mayor vigencia en el siglo xx. En este sentido, cabe entender que Bobbio, a pesar de que en 1962 dijese: «Mientras los estudios de teoría del Derecho han hecho notables progresos en estos últimos años, la teoría de la justicia ha sido olvidada»; sin embargo, en 1950 señalaba a la Teoría de la Justicia como la única parte realmente iusfilosófica, afirmando: «Por filosofía del Derecho, en efecto, yo entiendo la *teoría de la justicia*». (En BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 98; y en BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho», en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 88).

cisamente, se refiere al estudio, reflexión y conocimiento tanto de los valores que un determinado Ordenamiento jurídico ha incorporado, de la ideología a la que ese Ordenamiento responde, cuanto, lo que me parece más relevante, de los valores que un Ordenamiento jurídico –o los que todo Ordenamiento jurídico– debería incorporar para ser considerado justo. Una actividad que se corresponde, pues, con el aspecto racional, trascendental y totalizador de la Filosofía del Derecho, pero sobre todo con los aspectos crítico y comprometido de la misma⁴³.

Con ello quiero destacar la prevalencia de los estudios y reflexiones propios de la Teoría de la Justicia. Pero esa prevalencia ha de ser entendida atendiendo, al menos, a su necesaria correspondencia a las otras partes de la Filosofía del Derecho, a la importancia de la Dogmática jurídica y a la cuestión de cuáles son los valores sobre los que se reflexiona y estudia.

En este sentido, me parece importante subrayar que una visión completa de las partes de la Filosofía del Derecho supone entender que –precisamente por su carácter de partes de un todo– es necesario comprenderlas como componentes de una unidad ideal, que puede tener como fin último, si atendemos al compromiso que conscientemente ha de adquirir la Filosofía del Derecho, la construcción de una sociedad que sea lo más justa posible⁴⁴. Y así, cabría entender que si a través de la Teoría de la Ciencia del Derecho pretendemos determinar cuál ha de ser la metodología más certera para conseguir un adecuado estudio y análisis del Derecho y con la Teoría del Derecho pretendemos comprender de forma integral la totalidad del fenómeno jurídico, con la Teoría de la Justicia pretendemos determinar cuáles son los elementos de justicia ya incorporados en el Derecho positivo, pero

⁴³ También Elías Díaz resaltaría esa faceta crítica de la Teoría de la Justicia, al definir la Axiología jurídica como «enjuiciamiento crítico del Derecho positivo desde un determinado sistema de valores; pero también, confrontación racional y análisis crítico de los diferentes posibles sistemas de valores que, de modo sucesivo (diacrónico) y simultáneo (sincrónico) tratan de presentarse como legítimos o justos. La axiología jurídica habla, no de *qué es* el Derecho (ontología jurídica) ni de *cómo es* de hecho aquí y ahora (Ciencia jurídica), sino de *cómo debe ser*; no se refiere, pues, al *ser*, sino al *deber ser*. Y aparece en ese sentido como una parte de la ética: como ética jurídica o análisis crítico de los valores jurídicos, teoría de la justicia principalmente, pero incluyendo también a los demás valores: libertad, paz, igualdad, etc.» (En DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 255).

⁴⁴ Así, para Atienza: «Lo que da sentido al Derecho –y a ocuparse profesionalmente del Derecho– no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia». Y en la misma línea, afirmará Solar Cayón: «La reflexión iusfilosófica se desenvuelve aquí en el seno de esa peculiar tensión dialéctica entre el “ser” y el “deber ser”, los hechos y los valores, lo real y lo ideal. Tensión que dota al pensamiento de un potencial susceptible de liberar el voltaje y la energía necesarios para la transformación de la realidad. El impulso filosófico brota así de la consciencia de la imperfección de lo existente y de la sensibilidad ante la injusticia». (En ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, *cit.*, p. 312; y en SOLAR CAYÓN, J. I., *op. cit.*, pp. 268-269).

también establecer cómo conseguir esas mayores cuotas de justicia en el Derecho y, a través suya, en la sociedad⁴⁵.

Por otra parte, tener una visión completa de la Teoría de la Justicia supone también atender a su necesaria relación con la Dogmática jurídica. Pues para poder avanzar en la determinación de lo que ha de constituir el deber ser del Derecho es necesario también conocer el ser del Derecho, los contenidos que ya incorpora el Ordenamiento jurídico –u Ordenamientos jurídicos– que enjuicia. Aunque es claro que si bien esa conexión entre ambas formas de acercarse al Derecho deriva de la coincidencia en la materia que ha de servir de base para su estudio, reflexión y conocimiento, ambos campos atienden a un nivel muy diferente de abstracción. Pues si la Teoría de la Justicia ha de hacer una valoración crítica sobre el contenido del Derecho existente y determinar cuáles habrían de ser los contenidos de justicia que debería de incorporar, es preciso que, de alguna manera, con mayor o menor nivel de conocimiento del contenido concreto de las normas y del Ordenamiento, tenga que servirse de los estudios, reflexiones y conocimientos que proporcione la Dogmática jurídica; pero también es necesario que trascienda de esos conocimientos del Derecho positivo para poder realizar su labor crítica fundamental y determinar el tipo de dimensiones valorativas que ha de incorporar ese Derecho positivo⁴⁶.

Y por último, hay que advertir de que si bien cabe entender que todas las aportaciones realizadas en el ámbito de los valores resultan de interés para el filósofo del Derecho, esto no debe hacernos olvidar que al tener como fin determinar las dimensiones valorativas que el Derecho debe de incorporar, necesariamente tenemos que entender que se tiene que restringir el concepto de justicia al que nos estamos refiriendo. Pues, en un sentido amplio, con dicho término se podría hacer referencia a cualquier concepción del bien o a cualquier sistema de valores –e incluso a valores no sistematizados– al que se quisiese

⁴⁵ Me parece relevante en este sentido la consideración que hacía Elías Díaz al afirmar que «la función central de la Filosofía jurídica, que es la valoración crítica de lo positivo: deberá, no obstante, completarse el contenido de aquella –desde esa perspectiva de totalización– conexas las valoraciones (axiología) a las creencias o concepciones de lo que las cosas son (ontología) –creencias y concepciones que están en la base de los juicios de valor–, reflexionando, a su vez, sobre el carácter mismo de la actividad científica (teoría de la Ciencia), en cuanto precedente necesario de la especulación filosófica». (En DÍAZ, E., *op. cit.*, p. 255).

⁴⁶ Como es evidente, este tipo de reflexiones se realizan desde el positivismo metodológico, pues la reflexión sobre la justicia del Derecho que tradicionalmente se ha realizado desde el iusnaturalismo se realiza en un plano diferente. Y me refiero al iusnaturalismo ontológico y no al iusnaturalismo deontológico. Pues para hacer posible una reflexión propia de la Teoría de la Justicia es necesario poder deslindar entre lo que el Derecho es –lo que se ha de considerar como auténtico Derecho– de lo que el derecho debe ser; y por eso queda fuera de la misma la realizada desde el iusnaturalismo ontológico, que unifica la justicia con el concepto de Derecho haciendo imposible una valoración exógena del Derecho, en cuanto que el Derecho o es justo o no es auténtico Derecho. (*Vid.* respecto a esta clasificación del iusnaturalismo en DÍAZ, E., *op. cit.*, pp. 266-268).

hacer referencia. Justicia, en este sentido amplio, podría englobar tanto el sistema de moralidad kantiano, como la concepción del bien católica, como la concepción de la virtud estoica, etc. Pero me parece claro que cuando se está haciendo referencia al término «Justicia» desde la perspectiva de la Teoría de la Justicia, hay que dejar fuera esa concepción amplia y circunscribirnos a un sentido mucho más riguroso y, por consiguiente, más concreto. Y en este sentido, la guía que nos ha de marcar estrictamente los valores a los que estamos haciendo referencia como contenidos de justicia, será la consideración de que los mismos han de poder ser juridificados; si no esa especulación moral que se estuviese haciendo quedaría fuera del ámbito de la Teoría de la Justicia.

Y así, de acuerdo con las premisas señaladas como constitutivas de la Filosofía del Derecho, se ha de colegir que es cuando se mueve en el ámbito de la Teoría de la Justicia cuando el filósofo del Derecho necesariamente necesita que su labor se vea caracterizada por todos los elementos definitorios de su peculiar método de reflexión, estudio y conocimiento, es decir, que sea racional, totalizadora, trascendental, crítica y comprometida.

III

DEBATES

Identificación y justificación del Derecho

Por LUIS PRIETO SANCHÍS
Universidad de Castilla-La Mancha

El título de este comentario es también el del último libro del profesor Josep Maria Vilajosana¹, una obra bien escrita, portadora de una información actualizada que es expuesta con rigor y claridad, de sugestiva lectura y que además puede servir como solvente manual de filosofía del Derecho. Y precisamente quisiera comenzar por este último aspecto: aunque, salvo error por mi parte, haya que llegar a la contraportada del libro para que se confiese ese carácter, lo cierto es que nos encontramos ante un ejemplo sobresaliente de ese género tan difícil y meritorio como científicamente fecundo que es el género de los manuales. Tengo la impresión de que sus cultivadores –entre los que me encuentro– a veces ocultan los propósitos pedagógicos y expositivos de la manualística, no sé si por seguir la senda marcada por uno de los más absurdos criterios fijados por la llamada Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora², pero en todo caso creo que hemos de felicitarnos de que el *Anuario de Filosofía del Derecho* haya querido abrir sus páginas de debate a una obra que bien puede recibir el noble calificativo de manual. En verdad, no siempre lo hace,

¹ Marcial Pons, Madrid, 2007, 259 pp. En lo sucesivo será citado como *IJD*.

² La Resolución de 6 de noviembre de 2007, BOE de 21 de noviembre, campo 9, Derecho y Jurisprudencia, punto 5, dice así: «No se considerarán para la evaluación: los libros de texto, programas, apuntes, monografías, casos o supuestos prácticos que tengan como objetivo prioritario servir a los estudiantes como manuales de la asignatura...». ¿Quién se arriesga al juicio de un tercero sobre cuál ha sido el objetivo prioritario que cada uno ha tenido para realizar su trabajo? Por lo demás, confesado incluso ese objetivo prioritario, en su compañía a veces se sirven refritos indigestos y otras veces las más valiosas contribuciones científicas; es decir, lo mismo que en compañía de cualquier otro objetivo prioritario.

en ocasiones ni siquiera dedicando una reseña, y este es el primer síntoma de la calidad de lo que tenemos entre manos.

Sin embargo, debatir sobre un libro como el de Vilajosana no resulta tarea fácil, al menos para mí. No pretendo disculparme, pero al carácter predominantemente expositivo y didáctico que es propio de un manual se une la prudencia y cautela científica de su autor. Conste que lo digo como mérito, sobre todo en estos tiempos en que tantas veces se inventan «teorías» o simples «rótulos» para viejas teorías sin tomarse la molestia de analizar previamente lo ya dicho. Habré de reiterarlo luego en varios pasajes porque creo que es una característica general del libro: aquí se puede encontrar buena información y hacerlo además de modo claro y sencillo, pero con frecuencia casi es preciso leer entre líneas para averiguar la posición del autor a propósito de las diferentes cuestiones y controversias. Un último motivo de mis dificultades que confieso con satisfacción es que no me ha costado gran esfuerzo compartir en lo fundamental las posiciones mantenidas por Vilajosana.

Tan sólo una objeción de orden general: por lo que se refiere a la utilización de las fuentes, a mi juicio la obra resulta bastante económica y selectiva; incluso en determinados pasajes se me antoja de una austeridad excesiva y no suficientemente plural. Alguna omisión señalaré, pero desde luego no todas las que han venido a mi mente. Advierto que no soy nada partidario de esos viejos tratados (y tesis doctorales) que parecían un elenco interminable de nombres y títulos, algunos invocados por puro compromiso, pero creo que tampoco es bueno moverse sólo en un círculo intelectual o académico, por relevante que sea y que nos parezca. Lo que según creo ocurre en algún capítulo.

El volumen se compone de seis capítulos y, como sugiere su título, unos se dedican a problemas de identificación del Derecho, concretamente los tres primeros, mientras que los tres restantes abordan distintos problemas justificatorios. A fin de facilitar la lectura, y la posible respuesta del autor, seguiré su mismo orden. Como verá quien decida adentrarse en las siguientes páginas, más que críticas o abiertas discrepancias, aquí se encontrarán unas escuetas reflexiones nacidas al hilo de esa lectura.

I. La primera parte del libro lleva por título «Identificación del Derecho» y se abre con un capítulo cuya rúbrica aparece en forma de pregunta: «¿Cuándo existe el Derecho en una determinada sociedad?». Es seguramente el capítulo de mayor abstracción conceptual y en el mismo se desarrolla una tesis convencionalista a propósito de la regla de reconocimiento, concebida ésta como la primera condición de existencia de un sistema jurídico. Antes de formular cualquier observación «interna» al razonamiento ensayado por el autor, me asalta sin embargo una cuestión inquietante: ¿cómo es posible «identificar» el Derecho o establecer las condiciones de existencia de uno determinado sin dilucidar antes qué es el Derecho?, ¿cómo hablar de algo cuyos con-

tornos no hemos dibujado previamente, siquiera con trazos gruesos?, ¿a qué tipo de fenómeno nos referimos al hablar de Derecho? Cabría decir que estas preguntas, relativas al *concepto* de Derecho, no aparecen respondidas en la obra comentada, y efectivamente así es si atendemos a los distintos epígrafes del sumario. Pero eso no significa que no esté presente algún concepto de Derecho, aunque sólo sea de una forma implícita.

Porque, a mi juicio, hay tres preguntas distintas pero íntimamente relacionadas y se hace difícil contestar a cualquiera de ellas sin tomar posición sobre las demás. Partiendo de que el Derecho tiene una naturaleza normativa, la primera pregunta se refiere a qué es el Derecho, esto es, cuáles son sus rasgos definidores respecto de otros sistemas normativos. Una vez definido el Derecho, la segunda pregunta se plantea el problema de la identificación de un cierto sistema jurídico frente a los demás, algo que puede ser enfocado tanto desde una perspectiva digamos espacial (el Derecho español o el italiano) como temporal (el Derecho visigodo). La tercera, en fin, se refiere a las condiciones de existencia de un sistema jurídico. Pero, en cualquier caso, determinar la identidad o la existencia de un Derecho exige despejar antes la primera cuestión.

Pero, como digo, el capítulo primero parece adoptar una perspectiva diferente. Aquí, bajo el epígrafe de «existencia», se tratan conjuntamente tanto los problemas de identificación (regla de reconocimiento) como de existencia propiamente dicha (eficacia). En otras palabras, para Vilajosana un sistema jurídico existe si reúne dos condiciones: una regla de reconocimiento y la eficacia general del sistema. Lo que revela que se parte de una idea de sistema jurídico relativamente complejo y evolucionado, esto es, de un concepto de Derecho dotado ya de una regla de reconocimiento y por tanto identificado como sistema independiente; algo que, como luego diré, me parece un concepto estrecho y no suficientemente comprensivo. Pero, sobre todo, cabría esperar que esa regla de reconocimiento nos sirviera también para identificar el Derecho respecto de otros sistemas normativos o, lo que es lo mismo, que nos sirviera para definirlo. Esto último parece pensarlo el propio autor: «la regla de reconocimiento juega un papel decisivo no sólo para identificar el derecho, sino *para establecer su autonomía frente a otros órdenes normativos* que también se dan en una misma sociedad, como podrían ser la moral social o los usos sociales»³.

Sin embargo, dudo que sea así. La regla de reconocimiento es un hecho convencional «debido a la necesaria coordinación que debe darse a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad», pero resulta que no es «el único hecho social y normativo que puede ser explicado a través del recurso convencionalista. Es de destacar que

³ *IJD*, p. 76. La cursiva es mía.

la *moral positiva* también puede recibir el mismo tratamiento. Lo que diferencia el derecho de la moral positiva no es el componente convencional (que ambos compartirían) sino el elemento institucional (esencial en aquél, ausente en éste)»⁴. Pero entonces ¿en qué quedamos?, ¿es la regla de reconocimiento (p. 76) o la institucionalización (p. 40) lo que permite distinguir el Derecho de la moral?, ¿no hay aquí una aparente contradicción? Me inclino más bien por la segunda interpretación: si la convención social está en la base de dos sistemas normativos parece que la diferencia no puede situarse en la convención en sí, sino en un elemento digamos que *añadido*, la institucionalización.

Ahora bien, ¿es posible concebir el desarrollo de una regla de reconocimiento sin una mínima institucionalización?, ¿cabe pensar en dos convencionalismos, uno institucionalizado y otro no?; porque, de no ser así, entonces el Derecho y la moral positiva difícilmente podrían diferenciarse. La institucionalización, en efecto, significa entre otras cosas que, junto a las normas primarias dirigidas a los súbditos o ciudadanos, existe un entramado más o menos complejo de normas secundarias, entre ellas las que proporcionan criterios para poder identificar las normas primarias del sistema y que solemos llamar «regla de reconocimiento». Adviértase que no estoy negando que la moral social pueda explicarse en términos convencionales y de una regla de reconocimiento como Vilajosana sugiere; lo que intento decir es que, si una moral social se explica en esos términos, será difícil que escape a la institucionalización y que logre su diferenciación del Derecho. En todo caso, ¿por qué una moral social no puede presentarse de forma institucionalizada? Que es, más o menos, lo que sucede con el Derecho canónico en el marco de un Estado laico: nadie negará que ese sistema cuenta con una regla de reconocimiento, altamente institucionalizada por cierto, y sin embargo todos tenemos la intuición de que es *algo distinto*, una moral social seguramente. Luego hemos de buscar el criterio de distinción en otra parte.

Por otro lado, si la regla de reconocimiento y la institucionalización pueden hallarse presentes en la moral social, a mi juicio pueden hallarse casi ausentes del Derecho. Este criterio de la institucionalización, en efecto, puede ser usado para diferenciar el orden jurídico del «orden» de una banda de malhechores, y así lo hace Alexy por ejemplo⁵, como también para distinguir el Derecho de la moralidad social, pero en ambos casos me parece poco concluyente. En este sentido, todo parece indicar que en las sociedades primitivas se carecía de un modelo medianamente desarrollado de esas normas secundarias que expresan la institucionalización: no existían órganos permanentes de producción jurídica, sino que las normas se creaban más bien de forma espontánea y por la propia colectividad (costumbres); tampoco se

⁴ *IJD*, p. 40.

⁵ De R. ALEXY puede verse *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 38 ss.

contaba con órganos que de manera exclusiva aplicasen las normas jurídicas (precisamente los órganos cuya práctica parece generar la regla de reconocimiento), sino que esa tarea se encomendaba a árbitros elegidos por las partes, o simplemente se atribuía un derecho de venganza a favor del ofendido o de su familia. En definitiva, eran sistemas no institucionalizados o con una institucionalización rudimentaria. Por tanto, me parece que a partir del criterio de la institucionalización resulta difícil determinar cuándo un sistema primitivo se transforma en un sistema jurídico complejo; como, por cierto, resulta difícil también establecer una frontera nítida entre los famosos bandidos y el Estado.

A propósito de los bandidos, dice Vilajosana que «sólo con la asunción de que existen autoridades podemos distinguir el comportamiento propio de un Estado del que tendría una banda de ladrones»⁶. Pero ¿quiénes son las autoridades? Al parecer son sujetos que se ven a sí mismos «teniendo derecho a regular conductas a través de normas en una determinada comunidad, con un correlativo deber de obediencia por parte de sus destinatarios», normas que además han de ser tratadas como vinculantes «con independencia de su contenido»⁷, o sea simplemente porque expresan la voluntad de unos sujetos que creen tener derecho a mandar. Esto significa que el Derecho y sus autoridades se presentan (conceptualmente) bajo una pretensión de corrección o sinceridad que es lo que permite que el primero y las segundas se vean a sí mismos como «teniendo derecho». He expresado varias veces mi escasa simpatía por esta difundida concepción⁸ y no insistiré sobre el asunto. Tan sólo quiero llamar la atención sobre la escasa fecundidad de este criterio a la hora de distinguir a las autoridades de los bandidos: ¿acaso muchos bandidos no creen «tener derecho», incluso (si son iusnaturalistas) «mejor derecho» que las autoridades?, ¿un bandido se convierte en autoridad cuando empieza a pensar que «tiene derecho», cuando empiezan a pensarlo los súbditos, o más bien cuando logra imponerse a las antiguas autoridades, que por cierto automáticamente pasan a tener la consideración de bandidos? En suma, a mi juicio, estas apelaciones a las pretensiones de corrección y de obediencia, unidas a una presentación «espiritual» o normativa de la autoridad, difícilmente logran ofrecer un criterio firme para diferenciar el orden jurídico del orden de una banda de malhechores y, en cambio, sí logran generar una suerte de obligación de obediencia en el seno del concepto mismo de Derecho. Luego diré algo más sobre esto.

Mi particular opinión es que la definición del Derecho no debe prescindir de un elemento que aparece silenciado en nuestro libro,

⁶ *IJD*, p. 58.

⁷ *IJD*, p. 56.

⁸ Así, hace ya bastantes años, precisamente en otro comentario bibliográfico, en concreto al libro de Philip SOPER, «Una teoría del Derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 18, 1994, pp. 233-242.

como también por lo demás en buena parte de la filosofía jurídica contemporánea, como si fuera el «trapo sucio» que no conviene airear. Me refiero a la presencia de la fuerza, a esa relación para mí conceptual entre el Derecho y la fuerza. Y ello no sólo con el propósito de dar cuenta de los sistemas primitivos no institucionalizados que se pierden en la noche de los tiempos, sino desgraciadamente de algunos «(des)órdenes» jurídicos de nuestros días, donde resulta más que difícil saber cuándo se está en presencia de una autoridad o de un bandido. No desarrollaré este punto, dado que me alejaría del objeto del presente comentario, pero permítaseme una pregunta que admitiría ilustrarse con demasiados ejemplos: tras la invasión de Irak, y acaso todavía hoy, ¿cuál es el Derecho existente en ese país?, ¿cabe identificar una práctica social de reconocimiento?, ¿quiénes son las autoridades y quiénes los bandidos? Se replicará tal vez que allí no existe en puridad *un* orden jurídico, sino varios entremezclados. Pero entonces, ¿qué es lo que permite diferenciarlos?, ¿distintas prácticas de reconocimiento generadoras de instituciones independientes o, más simplemente, la existencia de aparatos de fuerza diferenciados?

La segunda observación tiene que ver con la anterior y se refiere a la caracterización de la regla de reconocimiento. Como es sabido, y Vilajosana se hace eco de esto, la regla de reconocimiento puede ser acusada de circularidad, y ello seguramente por varios motivos, de los que aquí sólo comentaremos uno: si la condición de juez viene dada por las normas del sistema (las llamadas reglas de adjudicación) y éstas han de reposar en la regla de reconocimiento, que es aceptada por los propios jueces, entonces resulta que es esa práctica judicial el fundamento de su propia condición.

A mi juicio, la explicación de Vilajosana difícilmente logra evadirse de esa circularidad y, en cualquier caso, confieso no comprenderla bien: de un lado, parece que es la conducta observada por ciertos individuos la que genera la regla de reconocimiento, pero, de otro, resulta que es esa regla la que confiere a los mismos individuos la condición de autoridades practicantes de la regla⁹, esto es, la que les permite comportarse como lo hacen. Expresamente se rechaza la opinión de Nino, que en mi opinión es la más convincente: es el reconocimiento que hacen los jueces lo que resulta decisivo para predicar la unidad de un cierto grupo de normas; pero los jueces son aquellos que «*de hecho* pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra poder) determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares»¹⁰. Y, a su vez, lo que confiere unidad a un cierto número de órganos primarios y los diferencia de otros es que todos ellos recurren al mismo aparato u organización de la fuerza. En consecuencia, cabría decir que dos normas primitivas pertenecen al mismo sistema

⁹ *IJD*, p. 41.

¹⁰ C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 128

jurídico cuando ambas son reconocidas por órganos que están en condiciones de aplicar medidas coactivas recurriendo a la misma organización de la fuerza.

Ciertamente, este enfoque tampoco está exento de problemas. No desarrollaré ahora la respuesta que me parece más plausible¹¹, pero sí creo que esa respuesta exige formular algunas distinciones dentro de lo que comúnmente se conoce como identidad de los sistemas jurídicos. En particular, una cosa es identificar la existencia de un sistema jurídico individualizado, que requiere tan sólo la existencia de una organización de fuerza independiente; y otra predicar su *unidad*, que supone que un conjunto de normas pueden adscribirse a un mismo sistema, es decir, formar *un sistema*, lo que efectivamente reclama que algunas normas atribuyan poderes y asignen competencias a distintos sujetos, jueces y legisladores.

Una última cuestión a propósito de la regla de reconocimiento que siempre me ha parecido intrigante: al parecer esa regla presenta un elemento normativo cuyo fundamento reside en «la creencia entre los miembros que actúan regularmente que esa actuación es, *en algún sentido*, obligatoria»¹². Es decir, los «creyentes» piensan que esa regla es efectivamente obligatoria, pero en realidad esa obligatoriedad obedece sólo a que ellos lo creen, pues si dejaran de creerlo desaparecería toda obligación. Esto se parece mucho a un inmenso error colectivo: suponer que algo es obligatorio cuando es nuestra propia creencia (equivocada) la que genera la obligatoriedad. Un motivo más para tomarse con mucha cautela el concepto de obligación en la definición del Derecho.

Bien es verdad que para Vilajosana la obligatoriedad de la regla de reconocimiento no es regulativa, sino constitutiva; y la analogía con el ejemplo de Searle sobre el dinero está bien traída. Ahora bien, los papeles (cada día más escasos) que uno lleva en la cartera ¿dejarían de ser dinero el día en que todos dejásemos de creer en que eso es dinero, o más bien dejaríamos de creer que eso es dinero cuando dejara de funcionar como tal?; el Derecho y su regla de reconocimiento, ¿existen en virtud de una creencia, de manera que, desaparecida ésta, colapsaría el orden jurídico, o más bien creemos que es Derecho porque funciona como tal (acaso en virtud de una voluntad antes que de una creencia) y sólo abandonaríamos esa creencia si dejara de funcionar y perdiera toda eficacia?

II. El capítulo II se ocupa del que acaso sea el problema más controvertido de toda la filosofía del Derecho, el de las relaciones entre el Derecho y la moral. Su tratamiento resulta claro y ponderado, aunque tal vez también poco comprometido: nos presenta seis versio-

¹¹ Muy provisionalmente he ensayado una explicación en mis *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2.ª ed., 2007, p. 119.

¹² *IJD*, p. 59. La cursiva pertenece al original.

nes de la cuestión, tres iusnaturalistas y tres positivistas, sin que al final ninguna resulte del todo convincente. Sin duda las simpatías de Vilajosana se orientan a favor del «positivismo inclusivo», pero sin dejar por ello de poner de relieve varias de las dificultades que a su juicio entraña esa posición. No se busque pues una cerrada defensa de ninguna de las tesis en pugna, sino una ordenada descripción de cada una de ellas. Al margen de aspectos menores en la presentación del pensamiento de algún autor, coincido en buena parte de lo que dice; y, por lo demás, tampoco resulta necesario pronunciarse de modo concluyente a propósito de todos los problemas, ni seguramente es conveniente hacerlo en una aproximación principalmente expositiva.

Con todo, y más que nada por no defraudar las expectativas críticas que se esperan de estas líneas, creo que la exposición puede resultar incompleta o no del todo matizada: me parece que hay una cuarta manera de sostener la relación necesaria entre Derecho y moral, una nueva versión que puede entroncar con la idea del Derecho como integridad de Dworkin, pero que presenta perfiles propios. Es la que pudiéramos llamar tesis del Derecho como argumentación. Y, a su vez, me parece asimismo que es posible sostener otra versión de lo que aquí se llama positivismo ético o normativo¹³, aunque animada por una preocupación completamente opuesta. Trataré de explicarlo con brevedad, pero antes quiero plantear una duda sobre la presunta autonomía o «novedad» del positivismo inclusivo que Vilajosana parece considerar preferible, así como sobre una implicación muy común que me parece que aquí también se comparte.

Dicho con sus propias palabras, el positivismo inclusivo viene a sostener que «la validez jurídica de las normas puede depender de su validez moral de modo contingente: si existen preceptos jurídicos que incorporan conceptos morales o que requieren de la argumentación moral para ser aplicados, entonces la validez jurídica de algunas normas depende de su adecuación a la moralidad; si no existen dichos preceptos jurídicos entonces la validez jurídica no depende de la moralidad»¹⁴. Se me ocurren dos observaciones: cabe que estemos hablando de la moral social, como parece suceder en algunas presentaciones del positivismo inclusivo, en cuyo caso la relación no es contingente sino necesaria; o cabe que estemos hablando de la moral crítica, como hace el positivismo tradicional o «excluyente», en cuyo caso la relación es efectivamente contingente, pero esto me parece que

¹³ La expresión positivismo ético usada en el contexto en que la utiliza Vilajosana me parece algo equívoca. Generalmente, y siguiendo por ejemplo a Bobbio, por positivismo ético, al menos en su versión más severa, se entiende aquella posición que sostiene que el Derecho, cualquier Derecho, es justo por definición y se hace acreedor a la obediencia. *Vid. Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961, pp. 151 ss. En cambio, me parece que el positivismo normativo afirma más bien que es bueno o que hay razones a favor justamente de la óptica positivista; esto es, no tanto que es bueno el Derecho, sino que lo es el positivismo o cierta interpretación del mismo...

¹⁴ *IJD*, p. 80.

nunca se ha negado por ese mismo positivismo tradicional: siempre se ha considerado verosímil que el Derecho positivo coincida con las pautas de moralidad que consideramos justas. Esto tampoco significa que el positivismo inclusivo no sea una aportación interesante que responde a un cambio real e incluso trascendente en el funcionamiento de los sistemas jurídicos: la incorporación de la moral al Derecho y en concreto a las Constituciones en forma de principios y derechos fundamentales exige un nuevo planteamiento de los juicios de validez normativa, que ya no pueden ser meramente formales, sino sustantivos o materiales; algo que comporta el desarrollo de una argumentación muy semejante a la argumentación moral y que aproxima el modo de ser «dinámico» del Derecho al modo de ser «estático» propio de la moral¹⁵. Naturalmente, cuestión distinta es que, una vez aceptado esto, confiemos más o menos en la argumentación racional a la hora de interpretar o de dar significado a esas pautas morales –tanto si pertenecen a la moral social como si se adscriben a la moral crítica– y, con ello, a las normas jurídicas que a ellas se remiten.

Y aquí aparece el segundo problema. Vilajosana asume una implicación entre dos tesis positivistas que, aun siendo muy corriente, nunca me ha parecido del todo convincente. La implicación aparece formulada más bien de modo implícito en el capítulo II, pero expresamente en el capítulo III¹⁶, y puede resumirse así: quienes defienden que lo que dice el Derecho no depende de lo que dice la moral, sostienen al mismo tiempo la tesis de la discrecionalidad; o, dicho más directamente, el positivista que asume la separación entre Derecho y moral ha de ser un escéptico en materia de interpretación de las normas (morales o jurídicas). Que efectivamente conspicuos positivistas, como Kelsen o Ross, sostuvieran ambas tesis no significa en mi opinión que estén implicadas. No encuentro dificultad en sostener los mayores excesos cognoscitivistas en materia moral –un tomista, por ejemplo– y mantener simultáneamente la tesis de la separación y por tanto la posibilidad de que un Derecho sea injusto sin dejar de ser Derecho. Como tampoco encuentro dificultad en compartir esta última tesis y pensar, sin embargo, en términos más o menos cognoscitivistas a propósito de la interpretación de las normas jurídicas: así, alguien podría pensar que el principio de supremacía de la raza X incorporado al Derecho positivo de una nación es un principio jurídico efectivo, aunque absolutamente injusto (y entonces sería un positivista) y confiar en cambio en su posible aplicación no discrecional o

¹⁵ Este es el esquema básico que comporta el constitucionalismo y que supone un auténtico cambio de paradigma en la perspectiva de L. FERRAJOLI. *Vid.*, por ejemplo, *Principia Iuris. Teoría del diritto e de la democrazia*, Laterza, Bari, 2007, vol. I, p. 567.

¹⁶ «Para un defensor del positivismo exclusivo, no queda más remedio que reconocer que en estos casos (la aplicación de conceptos morales controvertidos) existe discrecionalidad judicial», *IJD*, p. 109. El paréntesis es mío.

«mecánica», por ejemplo si fuese un seguidor de la idea del Derecho como integridad (y entonces sería un cognoscitivista).

Como he dicho, Vilajosana presenta tres modelos o formas de defender la conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Me parece que la tercera de ellas, dedicada a Dworkin, debería haberse ampliado un poco, o crear una cuarta categoría, para dar cuenta de la tesis que he llamado del Derecho como argumentación, cuyo principal representante es seguramente Alexy, aunque tampoco faltan cultivadores entre nosotros. Muy sintéticamente, se trata de la combinación de una ética constructivista y de una concepción argumentativa del Derecho que pone el acento en los procedimientos de producción de las normas y en la aplicación racional de las mismas: determinar qué dice el Derecho, sobre todo un Derecho principialista como el avalado por el constitucionalismo, exige emprender abiertamente un razonamiento moral, el mismo razonamiento implícito en el constructivismo moral. Por razones conceptuales el Derecho incorpora una pretensión de corrección que, en la medida en que tiene implicaciones morales, «pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral»¹⁷; es más, dado que esa pretensión se extiende al proceso de interpretación del Derecho, la moral se incorpora también por la vía procedimental de la ponderación de principios y derechos¹⁸. Si no me equivoco, a la misma idea responde la tesis de Habermas según la cual es posible la legitimidad por vía de legalidad: esta moralidad que «queda atada al derecho se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles»¹⁹. La democracia política y el razonamiento jurídico son tales procedimientos. Si se me permite un poco de exageración, el Derecho y la moral se hallan necesariamente unidos porque el Derecho como argumentación y la ética constructivista parecen ser la misma cosa²⁰.

Justamente en oposición a esta nueva forma de entender la relación necesaria entre Derecho y moral (que es, en realidad, una nueva forma de positivismo ético) creo que es posible sostener una versión diferente del positivismo normativo, tan diferente que resulta opuesta a la de Campbell y compañía, que nos expone Vilajosana. El positivismo normativo, en efecto, viene a sostener que la tesis de la separación es «buena» para el Derecho, para la identificación y aplicación de un orden jurídico que debe verse libre de las disputas y controversias acerca de cuáles son los comportamientos moralmente más correctos

¹⁷ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 45.

¹⁸ *Ibidem*, p. 77.

¹⁹ J. HABERMAS, «Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad», en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. e introducción de M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991, p. 168.

²⁰ Entre nosotros una magnífica exposición y defensa de estas tesis, a mi juicio equivocadas, es la ensayada por A. GARCÍA FIGUEROA en *La teoría del Derecho del neoconstitucionalismo*, de próxima publicación.

o virtuosos. Pero la separación puede postularse también desde una perspectiva o preocupación moral: quienes pensamos que el Derecho se halla intrínsecamente unido a la fuerza, que representa ante todo y en primer lugar un instrumento de dominación y, por tanto, un *mal* (tan necesario como se quiera, pero un *mal*), que, por consiguiente, es un *artificio* y tiene sólo un valor *instrumental* (que debe acreditar y que no se da por supuesto), no sólo no podemos concebir que esté necesariamente unido a la moralidad, sino que, partiendo incluso de sistemas relativamente justos como son los constitucionales basados en derechos, rehusamos ver en ellos ninguna fábrica de moralidad capaz de garantizar de modo necesario que las mejores respuestas jurídicas sean también las mejores respuestas morales; ni en el plano de la legislación, ni en el de la interpretación o aplicación.

Esta última es la tentación del constitucionalismo ético a la que tantos parecen ceder: dado que las Constituciones contemporáneas recogen un amplio catálogo de derechos fundamentales, dicen basarse en la separación de poderes y arbitran una democracia representativa como procedimiento para adoptar las decisiones más importantes, resulta que también proporcionan el más acabado método del discurso moral, hasta el punto de que la propia moral parece agotarse en el Derecho, paralizando así toda instancia crítica. Como si existiera una suerte de «transmisión de legitimidad» de los derechos constitucionales a las leyes, de éstas a las resoluciones judiciales y administrativas, y así hasta comprender bajo su manto de justicia cualquier medida del gobierno o de sus agentes. Así que, además de por claridad conceptual (y este sigue siendo un motivo fundamental), existe una razón suplementaria a favor del positivismo, en este caso una razón normativa: sólo cuando la moral se concibe separada del Derecho puede representar una atalaya imparcial para emitir juicios sobre el propio sistema jurídico. Me parece que esta forma de positivismo normativo podría resultar cercana a la tesis de la primacía del punto de vista externo o moral sobre el interno o jurídico que postula Ferrajoli²¹ y que en pocas palabras significa que, aunque el jurista trabaje con los conceptos morales incorporados a la Constitución que luego son recreados en el procedimiento democrático y en la argumentación, no por ello ha de abdicar de ese punto de vista externo o crítico que reclama la idea de la separación conceptual, ni menos aún dar por realizada la moralidad en el entramado del Derecho positivo.

III. El tercer capítulo, que cierra la primera parte del libro dedicada a la identificación del Derecho, constituye una solvente y ortodoxa exposición de un tema clásico de la teoría o de la filosofía del Derecho, que lleva por título «La indeterminación del Derecho», pero que tradicionalmente solía aparecer bajo la rúbrica de «Interpreta-

²¹ Así, en «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», trad. de L. CORDOVA y P. SALAZAR, *Isonomía*, núm. 16, 2002, p. 19.

ción» o de «Teoría de la interpretación». Tampoco aquí puedo expresar discrepancias importantes: tal vez me hubiera gustado alguna precisión mayor sobre las concepciones escépticas; por ejemplo, me parece discutible que el llamado realismo jurídico norteamericano tratase de formular *una teoría* de la interpretación, echo en falta alguna referencia al Derecho libre (aunque más que una *teoría* fuera una *ideología* de la interpretación) y, en fin, creo que habría que distinguir entre un escepticismo radical, fruto más bien de la reconstrucción académica, y un escepticismo moderado como el que por ejemplo representa Guastini²², compatible por lo demás con la concepción intermedia que parecen compartir Moreso y Vilajosana²³. Y también pudiera haberse prestado más atención a la cuestión de los principios y a su peculiar forma de colisión. Pero, insisto, el capítulo me parece bastante logrado y da cabal cuenta de los principales problemas y de las diferentes respuestas. No obstante, me permito una matización a propósito del formalismo y lo que me parece la simple de corrección de un pequeño lapsus y que permitirá una explicación complementaria.

Dice Vilajosana que «el formalismo jurídico [...] nace de forma paralela al movimiento de la Ilustración»²⁴, y tiene sin duda razón. El matiz es que quizás fuera interesante distinguir entre dos formalismos interpretativos: el primero, que es el ilustrado, y que se acompaña de una muy seria reflexión sobre la racionalidad de la ley y las virtudes del buen legislador; un formalismo que desde luego propugnó una interpretación mecanicista pero siempre sobre la base insoslayable de la racionalidad de la ley. Montesquieu puede representar un buen ejemplo: los jueces deben ser la famosa «boca muda», sin duda, pero sin olvidar que el capítulo 16 del libro XXIX del *Espíritu de la Leyes* representa todo un tratado de cómo deberían de ser las leyes susceptibles de esa aplicación mecánica²⁵; un tratado que, por cierto, luego se olvidó y todavía hoy está lejos de realizarse. Es más, los Ilustrados pensaban que interpretar la ley era corromperla y que las buenas leyes no requieren interpretación. En todo caso, la primera condición de la racionalidad interpretativa había de ser la efectiva racionalidad legislativa: leyes simples, claras, perdurables, taxativas, únicas, abstractas y generales. El segundo formalismo, en cambio, es más bien un fruto del llamado positivismo legalista del siglo XIX, que sencillamente transformó la *preocupación* por la racionalidad en el *dogma* de la racionalidad; a la postre, se venía a suponer que la interpretación era mecánica suponiendo que la legislación era siempre racional por defi-

²² De R. GUASTINI puede verse en este sentido *L'Interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 49 ss.

²³ Vid. J. J. MORESO y J. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 161 ss.

²⁴ *IJD*, p. 100.

²⁵ Traducción de M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, Prólogo de E. TIerno GALVÁN, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 443 ss.

nición o, al menos, que así había de ser asumida en todo caso por el intérprete²⁶. Pero ambas suposiciones resultaban equivocadas, de manera que la dogmática pasó a jugar el papel ideológico y encubridor que luego tanto se criticó.

La corrección es la siguiente: dice Vilajosana a propósito de las antinomias que, «una vez establecido *por el criterio que sea* que la regla R1 es la que debe ser aplicada, entonces R2 se considera total o parcialmente inválida, es decir, no perteneciente al sistema jurídico de que se trate. Por ello R2 no será aplicable ni en el caso presente ni en casos futuros»²⁷. Sin duda, esto vale para el criterio jerárquico y, con algunas reservas que ahora no procede desarrollar, tal vez también para el cronológico; pero manifiestamente no vale para el denominado criterio de especialidad, que supone que ambas normas siguen siendo válidas, aunque precisamente en los casos cubiertos por la norma especial ésta desplace de modo circunstancial a la general. Esto es, el criterio de especialidad no implica en modo alguno la invalidez de la norma general.

En este sentido, el *resultado* de aplicar el criterio de especialidad parece ser el mismo que se obtiene de la ponderación: ambos principios siguen siendo válidos, aunque en el caso se dé preferencia a uno de ellos, y tal vez por esta razón algunos han sugerido que en el fondo la ponderación se parece mucho al criterio de especialidad²⁸. No creo que sea exactamente así y, aunque no procede detenerse en la cuestión, aduciré dos razones: la regla especial prevalece *siempre* sobre la general y un principio no prevalece *siempre* sobre otro; y si los principios carecen de verdad de supuesto de hecho o condición de aplicación y son categóricos (lo que no siempre me parece del todo cierto), entonces el criterio de especialidad, que opera justamente sobre la descripción del supuesto de hecho, parece inaplicable a los principios. Bien es verdad que el propio criterio de especialidad tampoco es aplicable cuando las reglas son especiales pero en distinto sentido²⁹.

IV. El cuarto capítulo, primero de los dedicados a la justificación del Derecho, aborda el tema también clásico de la obediencia, exponiendo con orden y claridad un buen puñado de doctrinas o teorías orientadas todas –salvo una– a mostrar las razones o las razones preponderantes que al parecer deben estimular la voluntaria sumisión.

²⁶ Sobre la idea del legislador racional y su diferente alcance en la Ilustración y en el positivismo legalista del siglo XIX *vid.* G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, capítulos II y III.

²⁷ *IJD*, pp. 118-119. La cursiva es mía. Que se trata de un lapsus lo prueba *IJD*, p. 114.

²⁸ Así R. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 165 y s.

²⁹ Un ejemplo de esta posibilidad comento en mis *Apuntes de Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 142.

Aquí la habitual cautela de Vilajosana se torna en sincretismo: aunque ninguno de los argumentos resulte del todo convincente, «cada uno de ellos tiene su porción de éxito en el intento». Así, los miembros del Parlamento, del gobierno o de la judicatura deben obedecer porque han prestado su consentimiento expreso; pero son muchas más las personas que deben hacerlo por un principio de juego limpio ya que «aceptan de buena gana los beneficios del Estado». También el argumento utilitarista o el de la autoridad como servicio aportan su granito de arena, al menos para aquellos casos en que se incrementa la utilidad general o se resuelven problemas de racionalidad colectiva. Y, en fin, si quedaba algún espacio por justificar, pueden venir en nuestro auxilio los argumentos del deber institucional o del deber natural³⁰.

No voy a objetar el tratamiento de las diferentes doctrinas sobre la legitimidad del poder y/o sobre la obediencia al Derecho, ni tampoco esa opción sincrética que parece asumir el autor. Hay, sin embargo, un asunto que no termina a mi juicio de quedar claro: cuando se habla de la obediencia al Derecho, ¿se piensa en todo orden jurídico, en cualquier orden jurídico, o precisamente en aquel que reúne ciertos rasgos o cualidades?, precisamente aquellas cualidades que desde las distintas ópticas se consideran necesarias para fundamentar la obediencia; pues, por ejemplo, no es lo mismo decir que todo Derecho debe ser obedecido en virtud de un principio de consentimiento, expreso, tácito o hipotético, o en virtud del criterio utilitario, que decir que *sólo* debe ser obedecido si en el mismo concurren las circunstancias exigidas por dicho consentimiento o por dicha utilidad. Planteo esto porque, un poco sorprendentemente, Vilajosana no parece reparar en que el positivismo y su tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral incorpora también una tesis sobre la obediencia al Derecho, que impide postular esta última obediencia para los sistemas jurídicos en general; una tesis que por eso cabría incluir en el anarquismo filosófico y que entre nosotros expuso como nadie Felipe González Vicén³¹. Que ni siquiera aparezca citado me parece todo un síntoma.

Con toda modestia intentaré exponer mi visión del asunto que, si no es compartida, espero al menos que resulte clara: 1) la obligación de obediencia al Derecho sólo puede ser una obligación moral o, mejor dicho, aquí sólo tiene interés la obligación de base moral; 2) cómo se fundamente dicha obligación dependerá del sistema de moralidad que adoptemos, el principio de autonomía en su versión más solipsista, el principio de autoridad respecto de un texto sagrado, el utilitarismo, etc; pero 3), en todo caso, si el Derecho no está conceptualmente unido a la moral (a la moral de que se trate, bien es verdad), la obligación de obediencia no podrá postularse para el Derecho en general, para todo Derecho, sino sólo para aquel que contingentemente reúna las condi-

³⁰ *IJD*, pp. 173-174.

³¹ «La obediencia al Derecho», en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365 ss.

ciones de moralidad requeridas; incluso más específicamente, no para el Derecho como conjunto de normas, sino para aquellas normas que respeten tales condiciones, pues es posible que dentro de un sistema jurídico no todas sus normas hayan de seguir en este punto la misma suerte.

Así pues, si pensamos que el de la obediencia es un problema que se responde desde la moral y si pensamos también que el positivismo tiene razón a la hora de separar el Derecho de la moral, entonces me parece que asimismo tiene razón el anarquismo³²: no cabe postular una obligación moral de obedecer una norma que juzgamos inmoral, simplemente porque venga respaldada por la autoridad; resulta contradictorio decir que alguien tiene la obligación moral de realizar una conducta prescrita en una norma jurídica si al propio tiempo considera que dicha conducta es inmoral. Dicho de otro modo, la obligación de obediencia, la fundamentemos como la fundamentemos, tiene carácter contingente y no necesario. Salvo que, claro está, la fundamentemos atribuyendo un intrínseco valor moral al Derecho en sí, cualquiera que sean sus contingentes contenidos, en cuyo caso efectivamente siempre existirá un motivo moral de obediencia, la mera existencia de un orden jurídico. Pero, si no me equivoco, eso recibe el nombre de positivismo ético o ideológico, que es por lo demás donde desembocan muchas de las novísimas revisiones del positivismo jurídico empeñadas en vincular el Derecho con la moral desde presuntas pretensiones de corrección: no en el claro y en ocasiones liberador iusnaturalismo, sino en el acomodaticio positivismo ético.

Quiero advertir que las consecuencias de esta posición no son tan explosivas o disolventes como pudieran parecer, y tampoco se trata de postular algo así como un derecho general a la desobediencia, mucho menos un deber universal. Para empezar, creo que la mayor parte de las normas no suscitan problema moral alguno, en parte porque muchas de ellas no parecen relevantes desde el punto de vista moral y en parte porque las demás parecen responder a un cierto consenso universal; el hecho de que grupos tan rigoristas como los Testigos de Jehová objeten un pequeño número de normas (y tampoco fundamentales) me parece una muestra de ese escaso dramatismo. Pero, sobre todo, creo que se pueden aducir muchas razones para prestar obediencia a las normas, e incluso podría compartir el sincretismo de Vilajosana en el sentido de que varias de las que él cita pueden hablar a favor de dicha obediencia. En algún caso, me parece un poco exagerado calificar esas razones como «morales», aunque no discutiré por cues-

³² No el anarquismo que VILAJOSANA califica como radical, que «defendería que todo tipo de desobediencia y de cualquier norma está justificada», *IJD*, p. 166, tesis ésta que me parece más académica que descriptiva de una efectiva posición anarquista. Aquí lo único que se afirma es que las razones para la obediencia son morales y que la mera incorporación de una norma al orden jurídico, a cualquier orden jurídico, no es por sí misma una razón moral.

ción de etiquetas, pero lo decisivo es que tales razones operan, y en mi opinión sólo pueden operar, con *independencia* de que estén respaldadas por la autoridad, o sea por la fuerza. En suma, entiendo que numerosas razones pueden fundar la plausibilidad de una regla de conducta; lo que sigo sin entender es que una de esas razones sea el venir respaldadas por la fuerza o la coacción.

Entre otras cosas, no me parece especialmente esclarecedora la clasificación de las infracciones formulada al hilo de la exposición de la desobediencia civil. Para empezar, decir que «la desobediencia criminal es la que lleva a cabo el delincuente común»³³ resulta perfectamente circular y tautológico, pues equivale a decir que «delincuente común es el que practica la desobediencia criminal». En segundo lugar, caracterizar la desobediencia civil como aquella que se dirige contra normas o políticas singulares, pero partiendo de la aceptación de la justicia general del sistema, así como de la imposición del castigo, creo que es innecesariamente estipulativo³⁴. Tercero, sostener que la desobediencia revolucionaria, a diferencia de la civil, no consiste en «actos voluntarios de incumplimiento de una norma, cuya intención es conseguir algún tipo de mejora moral o política»³⁵, me lleva simplemente a preguntar en qué consiste entonces dicha desobediencia; no se conoce ningún revolucionario que no persiga (diga perseguir) esa mejora social o política.

No es momento de ensayar una clasificación alternativa³⁶ que, por supuesto, tendría también ese carácter estipulativo del que acabo de hablar. No obstante, aunque sólo sea por debatir, me parece que el criterio fundamental se halla en el papel de las convicciones, entendido ese papel en un doble sentido o dimensión: algunas infracciones están moral o políticamente *motivadas*, es decir, obedecen a la consideración por parte del agente de que la norma o el sistema son injustos, siendo ése el impulso de la acción; y este criterio sirve para distinguir la delincuencia común (que puede estar moralmente justificada, pero no motivada) de la amplia fenomenología que se engloba bajo los nombres de desobediencia civil, delito político, desobediencia revolucionaria, objeción de conciencia, etc.³⁷. Pero ese elemento político o moral puede operar, no como motivación, sino como *finalidad*:

³³ *IJD*, p. 169.

³⁴ Un estudio pormenorizado en M. GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 60 ss.

³⁵ *IJD*, pp. 166 y 170.

³⁶ Últimamente algo de esto he intentado en «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Objeción de conciencia y función pública*, Estudios de Derecho Judicial, 89, 2006, pp. 11 ss.

³⁷ El criterio puede verse en J. RAZ cuando distingue entre acciones moralmente justificadas, «sobre las cuales el agente piensa, dado el carácter del derecho implicado y de las circunstancias particulares por las que actúa, que eran moralmente permitidas», y acciones «emprendidas por razones morales o políticas», *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. de R. TAMAYO y SALMORÁN, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 324.

es común que los actos de desobediencia persigan como objetivo lograr un cambio de política o de legislación, pero puede ocurrir también que ello no sea así, al menos de modo primario; cabe que el objetivo consista simplemente en preservar la propia conciencia, en no implicarse personalmente mediante una conducta que es tenida por injusta; y este criterio sirve para distinguir la desobediencia civil y revolucionaria de la objeción de conciencia³⁸. Esta última se produce *porque* la ley es injusta o se considera injusta, la desobediencia civil *para que* deje de serlo; de ahí que la objeción sea siempre directa (se desobedece precisamente la ley injusta), mientras que la desobediencia puede y con frecuencia es indirecta (se desobedece cualquier norma en principio irreprochable como forma de presión o de protesta). Finalmente, la línea divisoria entre la desobediencia civil y la revolucionaria pasa, a mi juicio, por el uso de la violencia como alternativa a las formas democráticas de adopción de las decisiones o como instrumento para torcer esas mismas decisiones.

V. En la actual filosofía del Derecho seguramente se aprecia una cierta desatención hacia los problemas penales: por qué castigar, cuándo y cómo hacerlo. Por eso, hay que saludar este capítulo quinto dedicado a la justificación de las penas, sin duda una de las cuestiones centrales de la filosofía del Derecho penal y con ello también de la filosofía política y jurídica en general, pues el *ius puniendi* parece haber sido el primer atributo del Estado e incluso, como hemos visto, el fundamental elemento definidor del mismo. Y hay que saludarlo también porque representa una apertura a las preocupaciones de la dogmática, que obviamente no sólo hace exégesis de textos, sino que también reflexiona sobre el sentido y justificación de las instituciones que constituyen su objeto de conocimiento.

Tras analizar las principales perspectivas ensayadas como justificación del castigo (el retribucionismo, el utilitarismo preventivo, la finalidad de incapacitación y la de rehabilitación), así como varios de sus problemas, Vilajosana aborda con seriedad el desafío que supone el determinismo y finaliza aquí también con una postura ecléctica³⁹, cercana a la ponderada opinión de Hart, si bien justamente sustituyendo el utilitarismo del autor británico por una apelación al velo de ignorancia y al autointerés. No formularé ninguna objeción de orden general ni por lo que se refiere a la presentación y análisis de los problemas, ni tampoco en lo relativo a la posición final del autor a propósito de la

³⁸ Vid., por ejemplo, P. SINGER, *Democracia y desobediencia*, trad. de M. GUASTAVINO, Ariel, Barcelona, 1985, p. 108; también A. RUIZ MIGUEL, «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-87, p. 404.

³⁹ Cada una de las posiciones examinadas «aporta alguna razón atendible y que está acorde con nuestras intuiciones, pero ninguna de ellas por separado es capaz de conseguir su finalidad completamente», *IJD*, p. 214.

justificación de las penas. Hay, sin embargo, un aspecto que no quiero ocultar porque resulta muy común entre los filósofos del Derecho y que se hace particularmente llamativo en este capítulo: me refiero a lo que pudiéramos llamar la «endogamia bibliográfica». Más allá de algunas citas pertinentes a los autores clásicos, como Kant o Beccaria, la literatura usada es casi exclusivamente anglosajona y la ausencia de penalistas resulta clamorosa. Ni siquiera un filósofo del Derecho como Ferrajoli, que tal vez de nuestros contemporáneos es el que más páginas –y en mi opinión muy estimables– ha dedicado a estas cuestiones aparece comentado o citado ni una sola vez. De este modo, por ejemplo, la viva polémica entre abolicionismo, Derecho penal mínimo, Derecho penal del enemigo o Derecho penal de varias velocidades que actualmente ocupa a aquellos de nuestros colegas que hacen algo más que dogmática, carece de cualquier reflejo en la obra, y ello aunque es evidente que en esa polémica aparecen involucrados algunos de los problemas que aquí se tratan. En el fondo, posiblemente se esté hablando de lo mismo, pero es una lástima la dificultad de comunicación que se aprecia entre los distintos círculos académicos. Aunque sin duda la responsabilidad es mutua y compartida.

Con todo, hay dos aspectos de fondo que quiero comentar. Puedo equivocarme porque Vilajosana no es en este punto muy concluyente, pero parece que él vincula el principio de proporcionalidad de las penas al retribucionismo, es decir, lo presenta como una de sus implicaciones. Y esto creo que requiere ser matizado porque, si bien la pena merecida que postula el retribucionismo ha de ser siempre una pena proporcional a la gravedad del delito⁴⁰, creo que el principio de proporcionalidad aparece también como una exigencia de los planteamientos utilitarios, y no es casualidad que en ello insistiera la filosofía ilustrada de matriz utilitarista: «es fundamental que las leyes guarden cierta relación interna para que se pueda evitar antes un gran crimen que uno pequeño»⁴¹; es más, la *Declaración de derechos* de 1793 vincula expresamente utilidad y proporcionalidad: «las penas deben ser proporcionadas al delito y útiles a la sociedad» (art.15). La razón es clara: si, como sucedía en el Antiguo Régimen, pequeños delitos se castigan con penas atroces, entonces el delincuente tendrá más interés en cometer infracciones graves, castigadas también con las mismas penas, ya sea por obtener un mayor beneficio, por facilitarse la huida, etc.⁴².

⁴⁰ En realidad, cabe considerar que el retribucionismo, más que exigir una pena proporcional, reclama una pena «análoga» al delito, es decir, naturalísticamente semejante al hecho cometido; al menos el retribucionismo menos sofisticado: «ojo por ojo, diente por diente». Sobre la diferencia entre proporcionalidad y analogía de las penas me permito remitir a mi *La filosofía penal de la Ilustración*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 32 ss.

⁴¹ D. DIDEROT y J. D'ALEMBERT, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, voz «penas», ed. De R. Soriano y A. Porras, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 143.

⁴² Esta es la explicación que ofrece MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit., Libro VI, cap. XVI, p. 110.

La segunda observación viene conectada a la anterior: para Vilajosana la cárcel parece ser un instrumento de la incapacitación⁴³. Sin duda, tiene razón: un sujeto entre barrotes parece hallarse incapacitado (salvo excepciones) para dañar a sus semejantes. Sin embargo, conviene advertir que la prisión y las penas pecuniarias, o su generalización, representaron un magnífico hallazgo al servicio precisamente del principio de proporcionalidad de las penas, pues para que este último pueda prosperar resulta indispensable que las penas sean conmensurables, es decir, de la misma clase y susceptibles de graduación. En otras palabras, el presupuesto técnico del principio de proporcionalidad son las penas abstractas y convencionales privativas de libertad o pecuniarias. De modo que proporcionalidad e institución carcelaria son también inseparables del utilitarismo penal.

VI. El sexto y último capítulo tiene por objeto el problema de la excesiva moralización del Derecho o, como tal vez pudiera hoy denominarse, el problema del fundamentalismo jurídico, es decir, de la posible justificación y de los eventuales límites a la imposición jurídica de una moral. Como no podía ser de otra forma, comienza dando cuenta de la conocidísima polémica Devlin-Hart, aunque tal vez también pudiera haber tomado como referencia alguno de los actuales debates sobre la laicidad o el laicismo; esto es, sobre la actitud que cabe esperar del Estado liberal ante las diferentes cosmovisiones, ideologías, confesiones religiosas, etc. La exposición me parece también clara y bien desarrollada, y en líneas generales resulta fácil coincidir con unas conclusiones bastante ponderadas. En particular, comparto esa idea de que, en lugar de hablar de *sistemas* perfeccionistas y liberales, es mejor hacerlo de *prácticas* perfeccionistas y liberales, presentes en distintas dosis en todos los sistemas; y comparto también que la diferenciación entre paternalismo y perfeccionismo puede resultar muy tenue, tanto que para mí sigue estando poco precisa tras la lectura del libro. Se me ocurren tan sólo dos comentarios u observaciones, uno sobre la esclavitud y otro sobre la educación en valores.

Resulta ingenioso el enfoque que se da al clásico ejemplo de los esclavos felices o de la servidumbre voluntaria, que tradicionalmente ha constituido un desafío para la concepción liberal: si el principio fundamental del intervencionismo estatal es el respeto a la autonomía de las personas, siempre naturalmente que su ejercicio no produzca daño a terceros, ¿por qué no considerar lícito una suerte de contrato de esclavitud mediante el que una persona se cede voluntariamente como cosa para servir como esclavo? Si he entendido bien, para Vilajosana la razón última para prohibir semejante contrato no estaría tanto en la pérdida de autonomía y de bienestar porque, aunque sólo sea a efectos argumentativos, cabría pensar en la hipótesis de esclavos efectivamen-

⁴³ Dice concretamente que «el método más utilizado de incapacitación es la encarcelación», *IJD*, p. 190.

te felices que no se vieran privados ni de la primera (porque pudieran abandonar esa condición) ni de la segunda (por ser objeto de un magnífico trato por parte del dueño). La razón fundamental parece hallarse en una cuestión simbólica, y es que todos nosotros asociamos la institución de la esclavitud con un caso claro de iniquidad, imagen que obedece o que tiene su origen en la histórica pérdida de autonomía y bienestar por parte de los esclavos⁴⁴. Ahora bien, al margen de que el supuesto comentado por razones conceptuales tal vez no merezca el nombre de esclavitud (sino acaso el de contrato de trabajo), fundar el reproche en un aspecto simbólico o de opinión pública no sé hasta que punto no equivale a un abandono de la moral crítica en aras de la moral social, algo que se ha querido distinguir desde las primeras páginas del capítulo. Trataré de explicarme: supongamos que se establece una institución consistente en una forma de servidumbre voluntaria como la sugerida, con cláusula de revocación unilateral y la garantía de un trato exquisito por el propietario; y que esta institución recibe el nombre de esclavitud. Hay que suponer que, pasado algún tiempo, ha de cambiar el significado social que tradicionalmente se atribuía a la esclavitud y que, en cualquier caso, ya no podrá quedar asociado a una lesión de la autonomía o del bienestar; y, sin embargo, incluso superada la «mala imagen», creo que sigue habiendo razones para su rechazo. En suma, quiero decir que deben existir algunas razones sustantivas para prohibir o considerar no justificado el mero hecho de que una persona pase a ser propiedad de otra (y este creo que es el contenido mínimo del concepto de esclavitud), razones distintas a la simple creencia basada en la asociación de tal situación con el maltrato inmerecido o la absoluta pérdida de la autonomía.

Por lo que se refiere a la educación en valores, por supuesto no es propósito del libro terciar en la polémica sobre la asignatura de educación para la ciudadanía, sobre cómo está diseñada y cómo previsiblemente habrá de desarrollarse. Simplemente defiende que «la educación en ciertos valores democráticos podría considerarse compatible con la concepción liberal» y, en particular, cita uno de esos valores, la «disposición para comprometerse en el discurso público»⁴⁵, que me plantea alguna duda acerca de si no lesiona la neutralidad estatal característica del liberalismo. Porque, ciertamente, me parece que una opción de vida muy legítima consiste en renunciar a la posición de ciudadano activo, a esa pequeña porción de soberanía que nos dejan los modelos de democracia representativa realmente existente; en recluirse en el cenobio, real o espiritual. Y si se trata de una opción legítima, ¿no parece poco liberal el adoctrinamiento en la opción contraria, por supuesto también legítima? Como dice un autor bien conocido por Vilajosana y creo que con razón: el Estado «debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina

⁴⁴ *IJD*, pp. 232 ss.

⁴⁵ *IJD*, p. 237.

particular en detrimento de otra». La moral constitutiva del liberalismo «es una teoría de la igualdad que exige una neutralidad oficial respecto a las teorías sobre lo que hay de valioso en la vida»⁴⁶. Desde esta perspectiva, la educación pública obligatoria dudosamente puede asumir una tarea adoctrinadora en valores o formas de vida que constituyen simples opciones legítimas, en detrimento de las opciones contrarias pero también legítimas.

El cumplimiento del papel censor que institucionalmente me ha correspondido gracias a la gentil invitación del *Anuario* temo que pueda distorsionar mi opinión sobre el libro comentado o, mejor dicho, que pueda distorsionar la apariencia o imagen externa de esa opinión. Por eso, a cuanto ya dije al principio sobre la calidad y el rigor de esta obra, es de justicia añadir ahora que son mayores y más importantes los acuerdos que las discrepancias y, sobre todo, que es mucho lo que puede aprenderse con su meditada lectura. A mí me ha servido además para repensar y enfocar con nueva luz algunos problemas centrales de la filosofía del Derecho. Estoy seguro de que los estudiantes y los estudiosos que emprendan el camino que yo ahora termino obtendrán asimismo los mejores frutos.

⁴⁶ R. DWORKIN, «El liberalismo» (1978), en *Moral pública y privada* (S. Hampshire, trad. de M. Córdoba, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 165.

A las puertas del Paraíso. Respuesta a Luis Prieto Sanchís

Por JOSEP MARÍA VILAJOSANA
Universidad Pompeu Fabra

Pocas suelen ser las satisfacciones que a uno le da la vida académica. Por eso, la propuesta de la profesora María José Añón de tomar mi libro *Identificación y Justificación del derecho* (en adelante, *IJD*¹) como objeto de discusión sólo puede generar una inmensa gratitud por mi parte. Si a esta circunstancia se añade el hecho de que alguien de la valía humana e intelectual del profesor Luis Prieto Sanchís haya aceptado encargarse de la crítica, la sensación que uno tiene es la de haberse convertido por un momento en un privilegiado. Sus consideraciones, siempre ponderadas, muestran una lectura atenta del texto y ponen de relieve, como él mismo reconoce, que nuestras discrepancias son de menor calado que nuestros acuerdos. De todos modos, intentaré responder a sus críticas, manteniendo en lo posible el orden seguido en su exposición. Aprovecharé también esta oportunidad que me brinda el *Anuario* para procurar explicar mejor algunas de las cuestiones que aparecen en *IJD*.

No obstante, antes de responder a las objeciones planteadas, tal vez sea pertinente decir algo acerca de cuál ha sido la finalidad perseguida a la hora de escribir este libro. Mi pretensión fue la de elaborar una continuación del texto que publicamos con el profesor Moreso (al que me referiré a partir de ahora como *MV*²), si bien hay que tener en cuenta al respecto dos matices. En primer lugar, deseaba que fuera en algún sen-

¹ J. M. VILAJOSANA: *Identificación y justificación del derecho*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

² J. J. MORESO y J. M. VILAJOSANA: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

tido complementario al anterior. Esto quiere decir que se deberían tratar en él cuestiones que no habían sido desarrolladas en *MV*. Ello no se cumple totalmente, puesto que dos de los capítulos de *IJD* (el segundo y el tercero) se corresponden a grandes rasgos con cuestiones tratadas en *MV* (en los capítulos VI y VIII, respectivamente). Ahora bien, tanto por lo que hace a estas coincidencias como al resto del contenido de *IJD* lo que estaba claro por mi parte es que iba destinado a un lector diferente del destinatario de *MV*. De ahí que el nivel de exigencia y de presupuestos sea también distinto. *MV* es explícitamente una introducción a la Teoría del Derecho. Por tanto, debería ser comprensible para un estudiante de primero de Derecho. *IJD*, en cambio, está pensado para lectores con una cierta formación en el ámbito jurídico, o al menos con una mayor formación general de la que se supone a estudiantes recién incorporados a la Universidad. Así, una buena ubicación del texto, si se pretende usarlo con fines pedagógicos, sea el último curso de la licenciatura (o grado) en Derecho, justo en el que se ha emplazado tradicionalmente la asignatura de Filosofía del Derecho³.

Al margen de esa posible utilización como manual, soy consciente que *IJD* puede tener un problema que podríamos denominar de ubicación del receptor. El hecho de dirigirse a un público intermedio, entre el especialista y el profano, siempre genera dificultades. Como dice Montaigne de sus Ensayos, si éstos «fueran dignos de ser juzgados, podría suceder en mi opinión que no gustaran mucho ni a los espíritus comunes y vulgares, ni tampoco a los singulares y excelentes. Los unos no entenderían lo bastante, los otros entenderían demasiado. Podrían ir tirando en la región media»⁴. Pues esa región media es la que pretende cubrir *IJD* y uno está dispuesto a arrostrar con las consecuencias de esta meditada decisión.

Otra observación previa, que espero ayude al menos a atenuar algunas de las reflexiones críticas de Prieto, es que *IJD* fue pensado para abordar no todos sino sólo seis problemas relevantes de la Filosofía del Derecho, y además ajustándose a un espacio determinado. En este sentido, se pensó que no podía ir más allá de las 250 páginas⁵,

³ Ni en *IJD*, ni en *MV*, se aborda la discusión acerca de la delimitación entre Teoría y Filosofía del derecho. Tampoco lo voy a hacer aquí, puesto que me parece que caben distintas maneras de deslindar ambas asignaturas, pero todas ellas impugnables, por lo que en definitiva acaba siendo una cuestión estipulativa el decidir qué materias deberían enseñarse bajo el rótulo de «teoría» y cuales bajo el de «filosofía». Ahora bien, si en los nuevos planes de estudio del Grado de Derecho que se deben adaptar al Espacio Europeo de Educación Superior, las distintas Facultades de Derecho siguen optando por mantener «Teoría del Derecho» en primer curso y «Filosofía del Derecho» en cuarto, entonces seguirá siendo cierto que, sea cual fuere la división que se establezca respecto a los contenidos, el nivel deberá ser distinto en cada una de ellas.

⁴ Michel DE MONTAIGNE: *Los ensayos* (Según la edición de 1595 de Marie DE GOURNAY), edición castellana a cargo de Jordi BAYOD, Barcelona, Acantilado, 2007, p. 453.

⁵ Criterio que se ha cumplido escrupulosamente, ya que, descontada la bibliografía, el libro contiene 249 páginas.

con lo cual era oportuno que cada capítulo rondara las 40 páginas de extensión. Alguien puede considerar que es una temeridad abordar problemas tan complejos como el de la obediencia al derecho en 40 páginas. Y tal vez tenga razón, pero este es el reto que me marqué.

De lo anterior se sigue que, tal como indico en la Introducción, no hay un tratamiento ni de *todos* los problemas, ni este tratamiento es *exhaustivo* en cada uno de ellos. La pretensión no fue la de hacer un tratado de Filosofía del Derecho (algo que, por lo demás, está fuera del alcance de mis modestas fuerzas), sino la de exponer lo más claramente posible en qué consisten los problemas abordados (no todos los de la filosofía del derecho) y *algunas* aproximaciones a los mismos, siempre teniendo en cuenta que el objetivo último del texto es dar los instrumentos necesarios al lector para que realice su propia reflexión y se forme su propia opinión. Así se dice literalmente en la Introducción: «Este libro no pretende recoger todas las tesis sostenidas por los autores respecto de cada problema. Más que una vocación exhaustiva, tiene una intención selectiva. Intentaré ofrecer los argumentos que considero relevantes para fundamentar las posiciones más significativas. El acento [...] se pondrá más en la exposición ordenada de los argumentos que en la reconstrucción de las doctrinas completas de los autores que los hayan sostenido» (p. 22). También en la Introducción puede leerse: «[...] conviene aclarar que en este texto no predominará la explicación de lo que han pensado sobre determinados problemas filosóficos los grandes pensadores, con ser inevitable que algo de esto aparezca. Por el contrario, el énfasis se pondrá en ofrecer al lector herramientas conceptuales y argumentativas para que sea él mismo quien se plantee diversos problemas filosóficos de la forma más clara y consciente posible» (p. 16).

Es por ello que necesariamente mi forma de abordar los problemas es selectiva. Ciertamente, esto no supone blindarme a las críticas, ya que se puede seguir objetando los criterios de selección empleados, pero por lo menos debería servir para relativizarlas. En definitiva, por lo que hace a temas y autores doy por descontado que en *IJD* no están todos lo que son, pero creo que es justo reconocer que sí que son todos los que están.

Hechas las anteriores advertencias, es hora de abordar las consideraciones específicas que Prieto hace respecto a cada uno de los capítulos de *IJD*.

1. SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO EN UNA DETERMINADA SOCIEDAD

Respecto al primer capítulo, las observaciones, muy enjundiosas, de Prieto las voy a resumir en cuatro puntos. En primer lugar, las que tienen que ver con el concepto de derecho y su papel en el entramado formado por las cuestiones acerca de la identificación y la existencia

del derecho. En segundo y en tercer lugar, las que están relacionadas con la regla de reconocimiento, tanto respecto a su circularidad como a su elemento normativo. Y, por último, aquellas que apuntan a la distinción entre la identidad y la unidad del derecho. Analicemos por partes cada una de estas observaciones.

1.1 El concepto de derecho

En este punto, Prieto pone de relieve que debe darse alguna relación entre el concepto de derecho, el problema de su identificación y los criterios que determinan su existencia. En concreto, la primera pregunta se referiría a cuáles son los rasgos definitorios del derecho y que permiten diferenciarlo de otros sistemas normativos. La segunda, que sólo cabría formular al parecer una vez resuelto el primer interrogante, se correspondería con el problema de la identificación (cuáles son los rasgos que permitirían distinguir, por ejemplo, el derecho español del derecho italiano, así como el derecho español actual del derecho visigodo). La tercera, por último, tendría que ver con las condiciones de existencia de un sistema jurídico.

No discutiré todos los pormenores relevantes de cada una de estas cuestiones, ya que hacerlo con un mínimo de rigor nos llevaría más lejos de lo que permiten estas páginas⁶. Me limitaré a exponer los rudimentos de lo que podría ser una posición razonable al respecto, que después de todo tal vez no esté tan alejada de la que defiende Prieto.

Coincido con este autor, como no podría ser de otro modo, en cuanto a que alguna idea acerca de lo que es el derecho habrá que tener al preguntarnos acerca de su existencia y para poder identificarlo como objeto de estudio. Y el concepto que tengo en mente no creo que sea muy distinto del que manejan los juristas en general. Me parece que hay un cierto consenso a la hora de considerar que el derecho tiene que ver (al menos) con instituciones que monopolizan la fuerza física en una determinada comunidad. Aunque es cierto que no he insistido en este punto en el primer capítulo, este es el concepto de entrada que lo preside. Digo que lo es «de entrada» por cuanto no quería dar con él por resuelto un problema que no se solventa simplemente apelando a una definición estipulativa. Una elucidación más completa del concepto de derecho requiere, a través de un proce-

⁶ De todas maneras, hace tiempo que dediqué algunos esfuerzos a desentrañar la complejidad de este asunto. Cfr., por ejemplo, J. M. VILAJOSANA: «Towards a material criterion of identity of a legal order», *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27, 1996, pp. 45-64. También puede verse el artículo J. M. VILAJOSANA: «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 17-18, 1995, pp. 331-342, así como el tratamiento más extenso que se recoge en el libro: J.M. Vilajosana: *El significado político del derecho*, México, Fontamara, 1997.

dimiento de equilibrio reflexivo con el ajuste mutuo entre intuiciones y teoría⁷, no sólo afrontar el problema de su existencia (examinado en el capítulo I de *IJD*), sino también, al menos, los problemas de la relación entre el derecho y la moral, así como el problema de determinación del derecho (que se analizan en los capítulos II y III de *IJD*, respectivamente).

No obstante, ya en el propio capítulo I hay alguna referencia explícita al concepto, por ejemplo, a la hora de analizar la necesidad de que las normas del sistema sean eficaces, sobre lo cual volveré más tarde⁸. Pero tal vez sea interesante preguntarse ahora si la cuestión acerca del concepto de derecho debe ser previa a las restantes. La respuesta sería que depende de lo que se quiera decir con ello. Si se trata de avanzar una noción muy intuitiva y preliminar, efectivamente es indispensable ofrecerla o bien darla por descontada al entender que es compartida mayoritariamente por los lectores. Ahora bien, si al ofrecer una serie de características definitorias se pretende cerrar la oportunidad de preguntarnos acerca de los distintos aspectos que en la primera parte de *IJD* son relevantes y que se pueden englobar bajo el rótulo común de problemas de identificación del derecho (existencia, relación con la moral y determinación), entonces diría que no es conveniente hacerlo.

Una vez dicho lo anterior, hay que reconocer que acierta Prieto al adjudicarme un concepto estrecho de derecho. Efectivamente, en el texto se da por descontado que con la palabra «derecho» me refiero a sistemas jurídicos que establecen sanciones institucionalizadas. La presencia de la sanción institucionalizada me parece que es el criterio estándar usado para distinguir al derecho de otros sistemas normativos⁹.

Ahora bien, si esto es así, entonces algún papel juega la regla de reconocimiento en esa distinción, por cuanto, al menos en la versión de Hart, la característica de la institucionalización de un sistema normativo se concreta en la presencia de reglas secundarias (entre las cuales ella se encuentra junto a las reglas de adjudicación y a las reglas de cambio). Y eso es lo que se dice en la cita que el propio Prieto transcribe: «Lo que diferencia el derecho de la moral positiva no es el componente convencional (que ambos compartirían) sino el elemento institucional (esencial en aquél, ausente en éste)». Evidentemente, este planteamiento deja fuera del ámbito del concepto de derecho los llamados algunas veces «derechos primitivos o simples», pero esta elec-

⁷ Este es el proceder metodológico que se defiende explícitamente en la Introducción de *IJD*.

⁸ Quizás tenga razón PRIETO al achacarme que no he dado suficiente relevancia en el texto a la presencia de la fuerza como inherente al concepto de derecho. Sin embargo, quisiera añadir que, visto el libro en su conjunto, el hecho de dedicar un capítulo entero a la justificación de la pena es indicativo al menos de que no me resulta desconocida esta perspectiva ni quiero hurtar ese elemento del análisis.

⁹ Así se dice explícitamente en *MV*, capítulo I, cuyo apartado 1.1 se titula «El derecho como sistema normativo institucionalizado».

ción no se hace por razones esencialistas, como veremos en lo que sigue, sobre todo al hablar del problema de la unidad del derecho.

Puede afirmarse, pues, que en los sistemas jurídicos («desarrollados») hay reglas secundarias (y, por tanto, regla de reconocimiento) a diferencia de los sistemas normativos no jurídicos (y también de los sistemas jurídicos «simples», si se usa un concepto de derecho más amplio). Pero si se acepta este planteamiento ¿dónde se halla el elemento convencionalista que comparten?

Seguramente en *IJD* no he sido demasiado claro al responder a este interrogante, aunque no me parece que haya incurrido en ninguna contradicción. La moral social es convencional en el mismo sentido que lo es el derecho de una determinada comunidad: su existencia depende de creencias y actitudes recíprocas de los miembros de la misma. Pero en la moral social no hay una regla de reconocimiento, al menos tal como es definida por Hart, por la simple razón de que ésta se trata de una regla realmente practicada por quienes se dedican a *identificar el derecho* de una determinada sociedad. ¿Quiere esto decir que la existencia de la moral positiva en una sociedad no requiere de una práctica conjunta de identificación de sus reglas por parte de sus participantes? Seguramente esto sea así y la razón de ello haya que buscarla en la necesaria unidad característica del derecho («desarrollado», si se prefiere) y no en otros ámbitos normativos (incluyendo al derecho «simple»). En efecto, como recordaré al tratar el tema de la unidad e identidad del derecho, Hart considera que la presencia de una regla de reconocimiento es un *lujo* que se halla únicamente en los sistemas jurídicos «desarrollados».

1.2 Regla de reconocimiento y circularidad

Lo anterior nos lleva a un problema muy debatido, cual es el argumento circular que generaría el hecho de postular que todo sistema jurídico («desarrollado») tiene una regla de reconocimiento. Expresado brevemente: si para saber cuál es el derecho de una determinada sociedad se necesita una práctica de identificación concurrente de (al menos) los funcionarios de ese sistema y si para saber quién es funcionario de ese sistema se requiere haber identificado las reglas de cambio y de adjudicación a través de la regla de reconocimiento, entonces parece que se cae en un círculo vicioso. No podríamos saber quién es funcionario sin la presencia previa de una regla de reconocimiento, pero ésta no podría existir sin la conducta de los funcionarios.

Este problema hay que afrontarlo tarde o temprano porque de su elucidación depende buena parte de las respuestas a otras cuestiones. Una de estas cuestiones, que me ha parecido muy interesante, es la que plantea Prieto a raíz del uso analógico que respecto a la existencia continuada del derecho he hecho en *IJD* de la idea de Searle de la existencia continuada del dinero (en ambos casos se requeriría que la

gente crea que algo es dinero o algo es derecho y que actúe en consecuencia). Dice Prieto al respecto: «...la analogía con el ejemplo de Searle sobre el dinero está bien traída. Ahora bien, los papeles (cada día más escasos) que uno lleva en la cartera ¿dejarían de ser dinero el día en que todos dejásemos de creer en que eso es dinero, o más bien dejaríamos de creer que eso es dinero cuando dejara de funcionar como tal?; el Derecho y su regla de reconocimiento, ¿existen en virtud de una creencia, de manera que, desaparecida ésta, colapsaría el orden jurídico, o más bien creemos que es Derecho porque funciona como tal (acaso en virtud de una voluntad antes que de una creencia) y sólo abandonaríamos esa creencia si dejara de funcionar y perdiera toda eficacia?».

Como digo, afrontar esta cuestión y otras, requiere abordar primero el problema de la circularidad. Lo haré a través de un ejemplo. Imaginemos que nos reunimos un grupo de filósofos del derecho y constitucionalistas y redactamos una Constitución, tomando como base la actualmente vigente en España. Introducimos en ella todos los «avances» que se nos puedan ocurrir dentro de nuestras respectivas materias: una lista muy completa de derechos humanos, una distribución modélica de competencias entre autonomías y gobierno central, la supresión de órganos difícilmente justificables, la eliminación de contradicciones, lagunas, etc. Es posible que el producto sea técnicamente muy superior a la Constitución de 1978. Ahora bien, resulta casi absurdo preguntarnos si esa Constitución modélica pasaría a ser la constitución española actualmente vigente, ni aunque tuviéramos la pretensión de que lo fuera. Imaginemos que todos los participantes utilizamos los mismos criterios para identificar esa constitución y pensamos que los demás utilizan estos y no otros, entre otras razones porque los demás los utilizan, etc. *En algún sentido*, en este diseño hipotético puede existir una regla de reconocimiento que pretendiera identificar las reglas de adjudicación a través de las cuales se designarían a los jueces¹⁰, pero lo que no existe con total seguridad es la segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos, la *eficacia* general de las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento, ya que por hipótesis el grueso de la población no las cumple ni hay jueces que sancionen el incumplimiento. Si esto es así, aunque a través de la regla de reconocimiento mencionada se pudieran identificar «autoridades» éstas lo serían de un sistema jurídico inexistente (por carecer de eficacia). ¿Qué nos muestra este ejemplo?

Para empezar, el ejemplo pone de relieve que el concepto de derecho que normalmente nos interesa es aquel que nos permita identificar sistemas jurídicos *existentes*. Alguna razón puede haber para estudiar sistemas jurídicos inexistentes (ideales), pero éstos no suelen consti-

¹⁰ Digo «en algún sentido» por cuanto incluso la existencia de la regla de reconocimiento podría ser puesta en cuestión, dado lo que afirmo en el texto en relación con quiénes son los sujetos relevantes para tener en cuenta sus acciones de identificación.

tuir el objeto de estudio prioritario de los juristas. Por otro lado, el ejemplo evidencia que resulta problemático hablar de «autoridades» (y de ahí las comillas), si los candidatos a serlo son permanentemente ineficaces. Es decir, parece que existe una vinculación conceptual entre el concepto de autoridad más adecuado al uso de los juristas y la *eficacia* de un sistema jurídico. Alguien a quien desobedecen sistemáticamente los miembros a los que van destinadas las normas que forman un determinado sistema jurídico no parece ser un candidato idóneo a recibir el título de autoridad de ese sistema. Las anteriores observaciones tal vez permitan arrojar luz acerca de algo que se dice en *IJD*.

Hay dos modos de romper el círculo vicioso del que estoy hablando. El primero, sería suponer que la autoridad jurídica no es dependiente de reglas. Esta sería tal vez la línea apuntada en alguna ocasión por Nino, cuando sostiene: «Para evitar este círculo vicioso parece que habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino como los que de hecho pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra “poder”) determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares»¹¹. Esta primera opción, que también es la adoptada por Prieto, sin embargo, presenta problemas de adaptación respecto a lo que se suele considerar «autoridad jurídica», al tiempo que no permite distinguir una autoridad jurídica de cualquiera que tenga un simple poder de «*facto*»¹².

El segundo, es entender la autoridad jurídica en términos de hechos convencionales¹³. Así, un grupo de individuos guía su conducta a través de una cierta regla, es decir, toma la regla como dándole buenas razones para la acción. Si se da esa regla (y las reglas identificadas a través de ella son seguidas por el grueso de la población) un determinado sistema jurídico existe. Si un sistema jurídico existe, entonces esa regla que guía la conducta de nuestro inicial grupo de individuos es correctamente descrita como la regla de reconocimiento *de ese sistema jurídico*. Por tanto, aquellos individuos que guían su conducta a través de esa regla son propiamente entendidos como «autoridades». Son, en un sentido, autoridades en virtud de esa regla (o, mejor dicho, de reglas identificadas a través de esa regla), pero no son autoridades antes de ella (ni en sentido factual, ni lógico). Su conducta hace posi-

¹¹ C. S. NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 60.

¹² Así lo ha mostrado, por ejemplo, Juan RUIZ MANERO en *Jurisdicción y normas*, Madrid, C.E.C., 1990, pp. 130-132, al poner de relieve que un acercamiento de este tipo tendría problemas análogos a los que presenta la caracterización del soberano en términos de obediencia habitual que postuló Austin y que mereció las consabidas críticas de Hart.

¹³ Por ejemplo, en la línea sugerida por Eerik LAGERSPETZ en *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995, pp. 159 ss.

ble la existencia de la regla; pero es la regla la que los hace autoridades¹⁴. De este modo, el círculo se rompe con la introducción de actitudes y creencias recíprocas. Si se quiere, éstas sí que son circulares, pero no la teoría.

Aquí es donde cobra sentido la analogía con la existencia del dinero. En una determinada sociedad, algo (un objeto físico, una anotación contable, etc.) es dinero (es depositario de valor y es aceptado como instrumento de intercambio) *sólo si* el grueso de los miembros de esa sociedad creen que es dinero y actúan de acuerdo con esta creencia (es decir lo toman como depositario de valor y lo utilizan habitualmente como instrumento de intercambio). Nótese que la existencia de la creencia y la conducta correspondiente es una condición *necesaria* de la existencia del dinero, pero no tiene por qué ser *suficiente*. Puede establecerse una condición adicional, como puede ser que lo expida un banco o cualquier otra. Pero lo que hay que destacar ahora es que al tratarse de una condición necesaria de la existencia del dinero, de no darse aquélla, éste no existe.

Así es como veo yo, *mutatis mutandis*, la existencia del derecho en una determinada sociedad: la existencia de una regla de reconocimiento es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico en esa sociedad. De lo cual se sigue que si no se da la convergencia de creencias, actitudes y comportamientos que conlleva la identificación de las normas de ese sistema a través de los mismos criterios, no puede hablarse de que un determinado sistema jurídico existe. Ahora bien, esta es únicamente una condición necesaria. Se requiere otra, que es la eficacia de las normas identificadas a través de los criterios que forman aquella regla.

Después del rodeo que he dado, estamos en condiciones de tratar la interesante cuestión planteada por Prieto acerca de si las creencias son anteriores al funcionamiento efectivo del sistema. Para ello habría que empezar por entender que los comportamientos relevantes para predicar la existencia de un sistema jurídico son de dos tipos, según se refieran a la primera condición (la existencia de la regla de reconocimiento) o a la segunda (la eficacia de las normas). Veremos que, al menos en relación con la primera condición, no es comprensible entender los comportamientos separados de las creencias mutuas. Debido a esa razón, si se acepta lo que aquí sostengo, no resulta inteligible plantear la cuestión en términos de si las creencias preceden a los comportamientos o viceversa. Pero vayamos por partes

En primer lugar, hallamos las acciones consecuentes con las creencias y actitudes acerca de los criterios de identificación de las normas

¹⁴ Así es como lo expresa Jules COLEMAN en *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 101. Y, en parecidos términos, se pronuncia Scott SHAPIRO en «On Hart's Way Out», en Jules Coleman (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 149-191.

del sistema usados comúnmente por quienes se dedican profesionalmente a la identificación del derecho. En concreto: la invocación por parte de los abogados en los tribunales de ciertas normas en cuanto que éstas proceden de la aplicación de determinados criterios (que solemos identificar con las fuentes del derecho, para decirlo brevemente); el uso de esos mismos criterios por parte de los órganos administrativos y de los tribunales a la hora de dictar sus resoluciones; el uso de esos mismos criterios de identificación entre los practicantes de la dogmática jurídica en el momento de sistematizar y analizar las normas jurídicas que someterán a estudio. Este primer tipo de actos tiene la particularidad de constituir hechos convencionales en la terminología que he empleado en *IJD*. El sentido de estos comportamientos no puede ser aprehendido sin hacer referencia a las creencias de quienes lo llevan a cabo. Además, tales creencias no son independientes entre sí, sino que se hallan relacionadas, como muestra el concepto de creencia mutua al que aludiré a continuación.

El concepto de hecho convencional intenta capturar esta idea. Los hechos convencionales serían un subtipo de hechos sociales caracterizados por la presencia de ciertos rasgos, entre los que destaca la presencia de creencias mutuas. Hart entiende que la regla de reconocimiento existe como una práctica normalmente coincidente de los funcionarios y las personas privadas a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad, cuyo contenido se manifiesta por el uso que esas personas realizan de determinados criterios de identificación. Ahora bien, el uso de criterios compartidos de identificación debe ir acompañado por una determinada actitud, que Hart denomina «punto de vista interno». Las autoridades de una determinada sociedad, y entre ellas especialmente los jueces, se comportan de una manera que es consistente con el hecho de seguir la regla que permite identificar el derecho válido de esa sociedad. Ello se refleja en un conjunto de compromisos normativos que aprueban la conducta convergente como justificada y que condenan las desviaciones. Esta es la actitud crítico-reflexiva que Hart denomina punto de vista interno.

El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que el enunciado «En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*» podría analizarse así:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad *S* usa los criterios *C1*, *C2*...*Cn* (que forman la Regla de Reconocimiento de *S*) cada vez que tiene que identificar el derecho de *S*.
2. La mayoría de los juristas de *S* cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, cono-

cen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.¹⁵

En este sentido, al igual que sucede con el dinero, será derecho de una determinada sociedad lo que ciertos agentes identifiquen como derecho de esa sociedad. ¿No será esto después de todo también circular? Sí, pero resulta explicativo, por cuanto muestra la dimensión *constitutiva* de la regla de reconocimiento.

Del mismo modo que unos determinados trozos de papel pueden dejar de ser dinero en una sociedad en el momento en que sus usuarios dejen de creer que lo son y actúen en consecuencia (dejen de otorgarles valor y no los acepten como instrumento de intercambio, por ejemplo debido a un fenómeno de hiperinflación) y ello *aunque los haya puesto en circulación el organismo competente y los avale el Estado*, igualmente unas normas o el sistema jurídico en su conjunto pueden dejar de ser derecho en una determinada comunidad si los juristas en general dejan de creer que lo son y actúan en consecuencia (es decir, no se dan las cláusulas citadas y los comportamientos consecuentes con las mismas) y ello es así, por ejemplo, *con independencia de lo que diga el código civil respecto a las fuentes del derecho*. Creo que esto es lo que quiere sugerir Hart cuando afirma que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho. En caso de discrepancia entre lo que diga la disposición de una ley (si es que existe) en la que se establezcan formalmente las fuentes del derecho de un sistema jurídico, por un lado, y las creencias, actitudes y comportamientos de los juristas relativos al uso de los criterios de identificación que forman la regla de reconocimiento, por otro, lo que hay que tomar en cuenta a los efectos que ahora interesa es esto último sencillamente porque tales creencias, actitudes y comportamientos (que son las condiciones de existencia de esa regla de reconocimiento) son *constitutivos* del derecho de la comunidad de que se trate.

En segundo lugar, además de los comportamientos que son condiciones de existencia de una regla de reconocimiento, la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad requiere la presencia de otro tipo de actos, que dan cuenta de la eficacia de las normas. Éstos pueden ser, en resumidas cuentas, actos de cumplimiento de las normas del sistema por parte de sus destinatarios y actos de los tribunales sancionando los incumplimientos que se den. Estos actos conforman obviamente hechos sociales, pero tal vez no tienen por qué ser convencionales¹⁶.

¹⁵ *IJD*, p. 39. Para un sólido fundamento filosófico de esta idea y del convencionalismo jurídico en general, véase el magnífico libro de Maribel NARVÁEZ: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

¹⁶ Aunque en *IJD* (pp. 52-58) discuto la posibilidad de que según el concepto de autoridad que se maneje, este tipo de actos den lugar a hechos convencionales, ahora no voy a desarrollar este extremo.

1.3 La normatividad de la regla de reconocimiento

Respecto al problema de la normatividad de la regla de reconocimiento, las observaciones de Prieto me sirven de pretexto para presentar, aunque sea brevemente, algunas ideas que me parecen relevantes. Es conveniente empezar por hacer una distinción que evitaría muchos malentendidos. Una cosa es la normatividad predicada de la regla de reconocimiento y otra cosa distinta es preguntarse acerca de la normatividad del derecho en su conjunto. Esta última cuestión lleva necesariamente a plantearse el problema clásico de la existencia o no de un deber de obedecer al derecho, que es objeto de análisis en el capítulo IV de *IJD* y al que me referiré más adelante. Además, como veremos, hay una tercera forma de enfocar la normatividad del derecho que suele confundirse con alguna de las anteriores y que tiene que ver con la pregunta acerca de si el derecho obliga a los jueces. Conviene aclarar que en el primer capítulo de *IJD* únicamente me he interesado por la normatividad propia de la regla de reconocimiento.

En este caso se trata de elucidar en qué sentido, si es que lo tiene, *la práctica de identificación* del derecho de una determinada comunidad debe ser considerada obligatoria para quienes realizan dicha tarea. Es importante destacar que de lo que se trata ahora es de centrarnos en esa concreta tarea de identificación, es decir, en el uso compartido de determinados criterios para saber cuál es el derecho de una sociedad determinada y no en otros problemas como el de la justificación del deber de obediencia del derecho al que acabo de referirme o, por ejemplo, el de la justificación de la pena, (cuestión ésta tratada en el capítulo V de *IJD*, como veremos). Pues bien, entendido de este modo el problema de la normatividad de la regla de reconocimiento, entonces hay que ver cuáles son las opciones de respuesta.

Muchas veces, al hablar de normatividad de prácticas se toma como una alternativa exhaustiva y mutuamente excluyente la que considera que o bien no existe normatividad, es decir, la práctica en cuestión no es en ningún sentido comprensible de obligado cumplimiento, o bien lo es y entonces esa obligatoriedad sólo puede ser de carácter moral. En ocasiones, se ha interpretado el punto de vista interno de Hart según esta segunda opción y no seré yo quien niegue que algún texto de Hart pueda dar pie a esta exégesis¹⁷.

Sin embargo, en mi opinión, aunque las opciones citadas son obviamente excluyentes, en cambio no son conjuntamente exhaustivas. Existe una posibilidad de hablar de normatividad en el sentido en que se habla justamente de normatividad de las convenciones. Ese elemento normativo presente en las convenciones consiste en lo siguiente: involucrarse en una práctica convencional supone realizar determi-

¹⁷ Es lo que hace, por ejemplo, E. GARZÓN VALDÉS en «Algo más acerca de la relación entre el derecho y la moral», en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 317-335.

nadas acciones *al menos* por la razón de que los demás también lo hacen¹⁸. Esto puede sonar extraño, pero sólo lo es si se confunden los problemas que aquí he distinguido, es decir, si se toma esta idea como una respuesta al problema de la justificación del derecho. En efecto, esta respuesta sería absurda como contestación al problema del deber de obediencia al derecho, ya que este problema requiere inevitablemente una respuesta que se halla en el ámbito moral. Sin embargo, si acotamos convenientemente la cuestión y nos preguntamos acerca de las razones por las cuales unos sujetos deberían usar unos determinados criterios y no otros *para identificar el derecho de una sociedad*, entonces no tiene por qué considerarse desatinado que una razón sea la de que los demás también los usan. Es la misma razón que tenemos para seguir cualquier convención. Quede claro que esa no tiene por qué ser la *única* razón. Pero ésta debe darse para que exista la regla de reconocimiento como regla social de acuerdo con la cláusula tercera del esquema anteriormente citado.

Una vez existe esta regla y las normas identificadas a través de ella son eficaces, entonces existe un determinado sistema jurídico, con normas que seguramente impondrán determinadas obligaciones *jurídicas* a los jueces (me parece obvio que antes de la existencia de un sistema jurídico no pueden existir obligaciones jurídicas).

Una vez llegados a este punto entra en juego el tercer problema que tiene que ver con la normatividad y que no hay que confundir con los anteriores. Se suele formular con esta pregunta notoriamente ambigua: ¿tienen los jueces la obligación de cumplir con las normas jurídicas? En caso afirmativo, ¿de qué tipo de obligación se trata? Como acabo de decir, este es un problema que sólo cabe abordar una vez que se han materializado las condiciones de existencia de un determinado sistema jurídico. Cuando esto es así, el propio sistema establecerá una norma de carácter obligatorio o bien una norma constitutiva de la que se puede inferir una regla técnica que nos indicará las condiciones para que alguien sea considerado juez en relación con ese sistema. Por ejemplo, podría interpretarse que esta última posibilidad es la que acoge nuestro sistema jurídico, a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece que uno de los requisitos para acceder a la judicatura es la de jurar o prometer cumplir y hacer cumplir la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Lógicamente, alguien puede no quedar satisfecho con esta respuesta y desee seguir indagando acerca de por qué hay que cumplir las promesas. Cuando se hace esto, se pide una respuesta que sólo puede ser moral, por la simple razón de que solemos definir a las razones morales como últimas. No cabe sorprenderse, pues, que las últimas razones sean morales, puesto que del modo en que éstas suelen entenderse o bien hay razones de

¹⁸ Cfr. D. LEWIS: *Convention. A philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell, 1962. Si este elemento no se diera, no se resolvería el problema de coordinación que está en la base de toda convención.

otro tipo, pero entonces no son últimas o bien son razones morales. Pero todo esto nada tiene que ver con las condiciones que hacen posible la existencia del derecho.

1.4 Unidad e identidad de un orden jurídico

Estoy de acuerdo con Prieto en que hay que establecer una distinción entre los problemas de unidad y de identidad de un orden jurídico y a ello he dedicado algún trabajo¹⁹. Ahora me limitaré a exponer lo que considero básico al respecto, sin más ánimo que el de aclarar cuál es mi posición, la cual tengo la esperanza de que difiera poco de la de Prieto. Me referiré a dos cuestiones. La primera, trata acerca de si es posible un derecho sin unidad, mientras que la segunda tiene que ver con la propuesta de un criterio de distinción de los problemas de unidad e identidad.

Algunos autores parecen dar por descontado que las normas jurídicas por alguna razón tienen que reconducirse a un sistema unitario. Las razones alegadas pueden ser de diverso tipo. En el caso de Kelsen, por ejemplo, podría hablarse de unidad *epistemológica*. Así, para este autor, sólo considerando al derecho como una unidad puede ser conocido, al menos como es conocido por los juristas. En cambio, para un autor como Austin podría decirse que la unidad que se predica del Derecho es de carácter *empírico*. Según Austin, en efecto, las normas jurídicas de una determinada sociedad pueden ser reconducidas a una fuente originaria común que directa o indirectamente las ha dictado. Pero quizás no esté de más advertir que tales razones no son siempre concluyentes.

Podemos efectivamente imaginar normas que no cumplan con criterios sistemáticos y que ello no afecte a su «validez» o «fuerza obligatoria», del mismo modo que podemos constatar que de hecho en algunos casos así es. Piénsese, por ejemplo, en las llamadas reglas de etiqueta. Aunque éstas pueden estar vigentes en una determinada sociedad, en el sentido de que son seguidas y consideradas vinculantes por la mayor parte de sus miembros, no parece ser una buena reconstrucción de las mismas «postular» una base unitaria y desde luego resulta poco plausible proponer que provienen de una fuente empírica común.

¹⁹ Véase para un resumen, J. M. VILAJOSANA: «La unidad del orden jurídico», voz de *IUSTEL*, *Enciclopedia Jurídica*, 2003. Para la relevancia práctica de estas distinciones, véase J. M. VILAJOSANA: «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-I, 1998, pp. 49-64. Para la aplicación en ámbitos dogmáticos de algunas de las distinciones que he propuesto puede verse J. DELGADO ECHEVARRÍA: «Las normas derogadas. Vigencia, validez aplicabilidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, pp. 197-253, esp. pp. 240-243.

Las normas jurídicas de una determinada sociedad también podrían tener únicamente esta especie de presión social difusa, propia de las reglas de etiqueta. Así se han entendido en ocasiones el derecho llamado «primitivo o simple» al que ya me he referido e incluso el derecho internacional. Indudablemente, si esto es así, el derecho resultante presentaría serias deficiencias, como la falta de certeza y la carencia de instituciones. Pero una cosa es decir que sería deficiente y otra muy distinta que no pueda existir. Como ya avancé anteriormente, Hart sostiene que «es un error suponer que una regla básica o regla de reconocimiento es una condición necesaria general de la existencia de reglas de obligación o reglas “obligatorias”. No es una necesidad, sino un lujo, que encontramos en sistemas sociales adelantados cuyos miembros no solamente llegan a aceptar fragmentariamente las reglas separadas, sino que están comprometidos a aceptar de antemano clases generales de reglas, distinguidas por criterios generales de validez. En la forma más simple de sociedad tenemos que esperar y ver si una regla llega a ser aceptada como tal o no; en un sistema con una regla básica de reconocimiento, antes de que una regla sea efectivamente dictada podemos decir que *será válida si* satisface los requisitos de la regla de reconocimiento»²⁰.

Reconducida, pues, la cuestión a sus justos términos, el problema de la unidad del orden jurídico se plantea únicamente en sociedades jurídicamente evolucionadas. En éstas sí que tiene pleno sentido considerar que el derecho es un sistema normativo y no un mero conjunto de normas. Esta es una razón adicional para optar por un concepto de derecho más «estrecho» como el que se presupone en *IJD*, pero nada impide que quien tenga otros intereses cognoscitivos emplee un concepto más abarcador como entiendo que propone Prieto.

Dicho lo anterior, cabe avanzar en la propuesta de un posible criterio de distinción entre unidad e identidad. Los problemas de unidad e identidad de los órdenes jurídicos están estrechamente relacionados. La razón es que suele entenderse que los rasgos que confieren unidad a un orden jurídico son los mismos que posibilitan distinguirlo de otros órdenes jurídicos. Así parecen entenderlo tanto Kelsen, a través de la concepción de la norma básica, como Hart en el uso que hace de la regla de reconocimiento. Ahora bien, hay que decir un par de cosas al respecto. En primer lugar, no hay una razón lógica que justifique que necesariamente el rasgo que confiera unidad a un orden sea el mismo que le confiera identidad. En segundo lugar, la expresión «orden jurídico», al igual que la de «sistema jurídico» puede ser utilizada en sentidos muy diversos y no está claro que en cada uno de estos sentidos, los criterios de unidad y de identidad coincidan. Por ello, es útil realizar una serie de distinciones que afectan a los niveles en que pueden ser tratados los problemas de identidad de los sistemas jurídicos y las pers-

20 H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad. cast. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (original de 1961) pp. 289-290.

pectivas desde las que pueden ser abordados. Tal vez de este modo se pueda arrojar alguna luz sobre la relación entre identidad y unidad.

Es posible tratar el tema de la identidad de los sistemas jurídicos a distintos niveles (sistema jurídico, orden jurídico y orden estatal) y desde diversas perspectivas (sincrónica y diacrónica). Por «sistema jurídico» entiendo un conjunto de normas jurídicas que tienen una determinada propiedad (que puede ser, por ejemplo, la validez o la vigencia) en un tiempo determinado. Por «orden jurídico» entiendo una secuencia de sistemas jurídicos. Por «orden estatal» entiendo una secuencia de órdenes jurídicos. Según este esquema, las normas están incluidas en sistemas, los cuales pertenecen a órdenes jurídicos y éstos pertenecen a órdenes estatales. Desde la perspectiva sincrónica, el problema consiste en hallar un criterio que permita distinguir entre órdenes estatales vigentes en un mismo intervalo de tiempo. Desde la perspectiva diacrónica, el problema consiste en hallar un criterio que establezca las condiciones necesarias y/o suficientes del cambio de sistemas jurídicos y órdenes jurídicos pertenecientes a un mismo orden estatal.

La combinación entre los niveles y las perspectivas mencionados permite concretar el tema genérico de la identidad del derecho en distintos ámbitos, con su especial problemática cada uno. Dentro de estos ámbitos, he sugerido en los trabajos anteriormente citados que se reserve el tratamiento de los problemas de unidad para los que surgen desde la perspectiva sincrónica. Esta estipulación tiene sentido, ya que, por ejemplo, aunque los órdenes jurídicos francés y español tuvieran las mismas normas, seguramente seguiríamos pensando que son «distintos». Si esto es así, entonces la diferencia sólo puede ser debida a que pertenecen a órdenes estatales distintos. De este modo, la cuestión de la unidad pasaría a ser, entonces, la de hallar los criterios para diferenciar entre distintos órdenes estatales y tendría prioridad conceptual respecto a los problemas de identidad, por cuanto éstos se plantean siempre dentro de un mismo orden estatal.

Ciertamente, el hallar un criterio plausible de unidad no es nada fácil. Las propuestas que se suelen ofrecer son circulares, al contener entre los criterios propiedades normativas. Por ejemplo, no puede servir como criterio distintivo de un orden estatal el territorio, por cuanto éste es un concepto normativo que presupone, por tanto, la distinción previa entre órdenes estatales. Pero, tal vez, sea posible tomar como criterio el que se suele usar en derecho internacional: el principio de efectividad, que resulta congruente con las condiciones de existencia que he propuesto en *IJD* y a las que ya me he referido²¹.

²¹ Sucede que hasta ahora los filósofos del derecho no han realizado estas distinciones, por lo que los criterios de identidad son tomados como criterios de unidad y viceversa. Así, puesto que ni Kelsen ni Hart hicieron estas distinciones tanto la norma básica kelseniana, como la regla de reconocimiento hartiana pueden ser tomadas como criterios de identidad y de unidad, pero como he mostrado en los trabajos citados, este hecho origina en estos autores algunos problemas importantes.

2. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

En el capítulo II de *IJD* se ponen de relieve las consecuencias de haber hecho una selección más o menos afortunada de las corrientes a las cuales dar cabida en el texto. Puede estar en lo cierto Prieto al afirmar que, dentro de las posiciones acerca de la relación entre derecho y moral, una corriente con cada vez más adeptos es la que concibe el derecho como argumentación. De todas maneras, sin negar la relevancia de la misma y con todos los matices que se quiera, me parece que no está excesivamente lejos de la sustentada por Ronald Dworkin, la cual sí que es objeto de examen en este capítulo. Por otro lado, el contrapunto crítico que Prieto ofrece de esta posición me parece perfectamente atendible²².

Prieto alude también en este punto a las posibles relaciones entre las tesis sostenidas por el positivismo jurídico. En concreto, niega que haya una implicación necesaria entre la tesis de la separabilidad del derecho y la moral y la tesis de la discrecionalidad judicial, a pesar de que muchos autores la han sostenido. Creo que tiene razón, pero el argumento que yo utilizaría para mostrarlo es distinto al que él emplea. Y como ya lo he usado en otra parte, me limitaré a reproducirlo: «Hay una tercera tesis que suele atribuírsele al positivismo jurídico, pero no me parece definitoria del mismo. Se trata de la tesis de la discrecionalidad judicial. Ésta es una tesis interpretativa según la cual el derecho se encuentra indeterminado, lo que da a los jueces un margen de discrecionalidad a la hora de interpretarlo y aplicarlo. Sin embargo, a pesar de su indudable atractivo como tesis explicativa de lo que suele suceder en la práctica interpretativa, no deja de ser una tesis cuya verdad es contingente y un positivista no tiene por qué comprometerse con ella. Es perfectamente posible pensar en sistemas jurídicos en los que se evitara esta discreción, por ejemplo obligando a los jueces a abstenerse de fallar en casos en los que la solución normativa no viniera recogida claramente en una norma anterior (es decir, estableciendo la obligación de *non liquet*). Se puede mantener una teoría de la interpretación más o menos formalista o más o menos escéptica, sin dejar

²² Sólo una cuestión muy menor al respecto. Prieto cree que el uso que hago de la expresión «positivismo ético» no es muy acertado, puesto que se puede confundir en la terminología de Bobbio con aquella posición que sostiene que todo derecho es justo por definición. Aunque es absurdo disputar por etiquetas, únicamente quisiera decir que la expresión «positivismo ético o normativo» en el sentido que la utilizo en el libro está ya consolidada, justamente entre los autores que cito como representantes de esa tendencia. Así, el título del libro de Campbell es *The Legal Theory of Ethical Positivism* y el artículo de Waldrom es «Normative (or Ethical) Positivism». Me parece, por el contrario, que en la clasificación de Bobbio, ha quedado consolidada la posición mencionada por Prieto como «positivismo ideológico» y, por supuesto, no es a éste al que me refiero en *IJD*.

de sostener por ello la tesis social y la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral»²³.

Respecto a mi posible defensa del positivismo inclusivo, cabe decir que acierta Prieto al pensar que mis simpatías se han movido hasta ahora en esa dirección²⁴. Pero también es verdad que, como el propio Prieto destaca, no puedo por menos que reconocer algún punto convertido en esa corriente.

En este sentido, destaco en *IJD* (p. 87) dos cuestiones a las que tiene que hacer frente esta posición teórica. Se trata, en primer lugar, del siempre espinoso problema que suscita la defensa del objetivismo moral, el cual parece estar implicado en esta posición. Acerca de este tema ya se han dicho muchas cosas en la literatura reciente y nada habré de añadir aquí.

Existe, en cambio, otro asunto acerca del cual tal vez no se ha reflexionado suficientemente. Y es que parece que no es muy plausible sostener, como hace el positivismo inclusivo, que los *méritos* de las normas son relevantes para las decisiones judiciales únicamente cuando las fuentes del derecho las contemplan. Es decir, no deja de sonar algo raro que alguien diga que la moral (la moral crítica, se entiende) es una razón para tomar una decisión judicial *sólo* debido a que una fuente así se lo indica al juez, diciéndole algo así como «en los casos a), b) y c), decida justamente». ¿Sólo *en estos casos* deberá decidir el juez con justicia? Parece que es propio del discurso moral manifestarse cuando aparecen ciertas controversias y el ámbito jurídico es un lugar ideal para que éstas surjan. No afirmo con ello que el positivismo inclusivo no pueda encontrar una respuesta satisfactoria a este problema, sino simplemente que éste es un desafío al que tiene que hacer frente. No es ocioso añadir que las demás posiciones tienen también sus propios retos que superar y ciertamente no son de menor envergadura que los que acabo de señalar.

3. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Lo que dice Prieto acerca del tercer capítulo supone en realidad una contribución que me parece muy oportuna. Su distinción entre el formalismo ilustrado y el positivista, efectivamente, ayuda a precisar

²³ J. M. VILAJOSANA: «El positivismo jurídico convencionalista», en J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 521-536 (la cita corresponde a las pp. 521-522, incluida la nota 2).

²⁴ Hay una defensa más explícita de esta posición en *MV*, p. 199, que obviamente bebe en las fuentes de los conocidos trabajos de José Juan Moreso. Cfr., por todos, J. J. MORESO: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en Navarro, P. E.; Redondo, M. C. (comp.): *La relevancia del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93-116.

cuestiones que en *IJD* están tratadas muy someramente. Por otro lado, es de agradecer que haya detectado un *lapsus*, que me apresuraré a corregir en futuras ediciones del libro, si las hubiere.

4. LA JUSTIFICACIÓN DE LA OBEDIENCIA AL DERECHO

Prieto empieza su comentario acerca del cuarto capítulo aludiendo a mi «sincretismo», producto de aceptar razones de cada una de las distintas teorías que en él se examinan. Aquí sí que me parece interesante mostrar por qué puede proponerse alguna teoría distinta a las tradicionales, que suponga un fundamento sólo parcial del deber de obediencia al derecho. Aunque no pueda entrar ahora en excesivos detalles, es posible decir algo al respecto.

La aspiración de las doctrinas que intentan justificar el deber de obediencia al Derecho suele ser la de aportar buenas razones para considerar que tal deber es de carácter *universal*, es decir, que afecta a todos los individuos que se hallan bajo la autoridad de un determinado Estado y que se predica de todas las normas jurídicas de éste.

Expresada esta aspiración en tales términos, cabe oponerse a ella de dos modos distintos. Una manera sería la utilizada, por ejemplo, por el anarquismo filosófico, según el cual *en ningún caso* tendríamos un deber de obediencia al Derecho. Según esta posición, los seres humanos tenemos el deber de ser autónomos, con lo cual no podemos aceptar un deber de obedecer las normas de una autoridad heterónoma. Otra forma, en cambio, consistiría en aceptar que *únicamente en algunos casos*, las razones aportadas por aquellas doctrinas permiten justificar el deber de obediencia, bien sea en relación con algunas personas, bien sea en relación con determinados contenidos normativos. Si esto es así, entonces, hay un espacio intermedio entre las doctrinas que pretenden la justificación del deber universal y el anarquismo. Este espacio se cubriría con el intento de fundar una justificación parcial y ahí es donde me inscribiría²⁵.

Dicho esto, podemos pasar a las tres críticas principales apuntadas por Prieto. En primer lugar, se pregunta si la justificación de la que se habla en *IJD* se refiere a todo orden jurídico, lo cual de ser así no le parecería muy razonable. En segundo lugar, sostiene que la tesis positivista implica una determinada tesis relativa a la obediencia del derecho, que mostraría cierta incoherencia en mi argumentación. En tercer lugar, apunta algunas imprecisiones que se darían en *IJD* a la hora de conceptualizar la desobediencia civil. Diré algo de las tres.

²⁵ Esto es lo que intento en J. M. VILAJOSANA: «Cuando el consentimiento no importa. Un deber parcial de obediencia al derecho» (en prensa).

4.1 Obligación política y legitimidad

Respecto a la primera cuestión, cabe decir que dedico unas páginas al comienzo de este capítulo a destacar la importancia de distinguir dos problemas que muchas veces aparecen confundidos. De esta distinción entre problemas y de las diferentes maneras de concebir la relación entre ellos surgen las posibles respuestas a la pregunta que se plantea Prieto²⁶.

El problema de la obligación política tiene que ver con las razones que podemos dar para obedecer el Derecho y hasta dónde se extenderá tal obediencia. Por otro lado, *el problema de la legitimidad* se refiere a las razones que justifican el poder coercitivo del Estado y hasta dónde se extenderá dicho poder. Esta distinción permite mantener posiciones en las que se pueda afirmar, por un lado, que el Estado está legitimado para imponer su poder coercitivo y, al mismo tiempo, negar que exista una obligación por parte de todos los individuos de obedecer sus normas.

Pero aceptado lo anterior, del hecho que se puedan distinguir conceptualmente no se tiene que inferir necesariamente que sean problemas independientes. De hecho, parece razonable sostener que existe alguna relación entre ambos problemas. Ahora bien, ¿en qué consiste esa relación? Caben tres posibilidades, mencionadas en *IJD*.

La primera opción es considerar que ambos problemas (el de la obligación y el de la legitimidad) son equivalentes. Si y sólo si un Estado es justo, entonces surge la obligación de obedecerlo. Esto significaría que una vez mostrado que un Estado es justo, hemos mostrado también que existe una obligación por parte de todos sus miembros de obedecer sus normas. Y al mismo tiempo, si decimos que existe una obligación de obedecer a un determinado Estado esto implica que el Estado es justo. Seguramente, la mayor parte de los textos que no distinguen entre ambos problemas están manteniendo consciente o inconscientemente este planteamiento. Lo que puede explicar este tratamiento indistinto es el hecho de considerar que *las mismas razones* que justifican a un Estado (que lo hacen justo) justifican la obediencia a sus leyes. Así, por ejemplo, alguien puede sostener una tesis voluntarista para ambos problemas, y considerar de este modo que el consentimiento dado por los ciudadanos de un determinado Estado lo legítima moralmente y al mismo tiempo sirve de justificación para el deber de obediencia. Sin embargo, esta equiparación tal vez no tenga por qué darse siempre. Por ejemplo, es imaginable que alguien sostenga una concepción no voluntarista respecto a uno de los problemas (por ejemplo, el de la legitimidad) y en cambio defienda una tesis voluntarista en relación con el otro. Por eso, existen otras posibles formas de entender la relación entre ambos problemas.

²⁶ También trato la cuestión de una manera más pormenorizada en relación con el iusnaturalismo clásico, al plantearme distintos casos posibles entre cuyas propiedades relevantes se halla justamente el hecho de que el sistema en su conjunto sea justo o que alguna de las normas sea justa. Cfr. *IJD*, pp. 158-162.

La segunda posibilidad es afirmar que sin la justificación de la obligación de obedecer al Derecho no tendríamos un Estado justo, aunque puede ser que ello no baste para alcanzarlo. En este caso, se sostiene que la solución del problema de la obligación es condición necesaria, aunque no suficiente, para resolver el problema de la legitimidad del Estado. Esta parece ser la posición de Dworkin²⁷ cuando mantiene que, aunque un Estado puede tener buenas razones en circunstancias especiales para ejercer la coerción sobre quienes no tienen el deber de obedecer sus leyes, no hay manera de justificar la coerción estatal si el Derecho no es en general una fuente de genuinas obligaciones. La idea que subyace a esta posición es que por el mero hecho de que se considere que el Estado está legitimado moralmente respecto de unas personas (por ejemplo, porque han prestado su consentimiento) no se puede inferir que ese mismo Estado esté legitimado para imponer sus medidas coercitivas a otras (por ejemplo, las que no han prestado tal consentimiento). Con lo cual, sólo resolviendo primero el problema de la justificación de la obediencia del Derecho de *todos* los sujetos relevantes podremos encarar el problema de la legitimidad del Estado para imponer por la fuerza sus normas.

Una tercera posibilidad pasa por entender que la existencia de un Estado justo es un requisito para que nazca la obligación de obedecer sus normas, aunque tal vez no sea suficiente. Como ha dicho Rawls, ni siquiera el consentimiento expreso dado ante instituciones claramente injustas originaría obligaciones²⁸. En este caso, el establecimiento de las condiciones de legitimidad de un Estado precede al nacimiento de la obligación de obedecer sus normas.

Sea cual sea la posición que de entre las tres citadas se adopte, es preciso saber qué razones se pueden aportar para justificar la legitimidad del Estado o la obediencia al Derecho. Normalmente, los filósofos políticos se han concentrado en el problema de la legitimidad, mientras que los filósofos del Derecho han abordado el problema de la obligación. Pero en numerosas ocasiones seguramente no se ha realizado la distinción porque, como he dicho anteriormente, el mismo tipo de razones puede ofrecerse para encarar uno y otro problema.

4.2 Obligación política y positivismo jurídico

La segunda crítica de Prieto se concreta en este párrafo: «un poco sorprendentemente, Vilajosana no parece reparar en que el positivis-

²⁷ Al menos, parece que lo es en R. DWORKIN: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, p. 191. No estoy seguro de que actualmente este autor mantenga la misma posición.

²⁸ J. RAWLS: *Teoría de la justicia*, tr. cast. de M. D. González, México, FCE, 1979 (original de 1971), p. 343.

mo y su tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral incorpora también una tesis sobre la obediencia al derecho, que impide postular esta última obediencia para los sistemas jurídicos en general; una tesis que por eso cabría incluir en el anarquismo filosófico y que entre nosotros expuso como nadie Felipe González Vicén. Que ni siquiera aparezca citado me parece todo un síntoma».

Creo que en este punto sí que existe entre Prieto y yo una discrepancia genuina. En mi opinión, no existe tal «incorporación» por parte del positivismo de una tesis sobre la obediencia al derecho. La razón es que se trata de dos problemas de distinta naturaleza. La tesis de la separación entre el derecho y la moral es una tesis que responde a la pregunta acerca de la identificación del derecho (si se quiere, en general, indaga acerca del concepto de derecho). Justamente la respuesta del positivismo es que una cosa es identificar el derecho y otra muy distinta valorarlo. Si esto es así, no se acierta a comprender cómo una tesis que simplemente se refiere a la identificación de un objeto, y que precisamente insiste en que dicha identificación es una operación distinta a (y necesariamente desvinculada de) la valoración del mismo, puede ofrecer una respuesta a la pregunta acerca de si debemos obedecer al derecho en general o a algún sistema jurídico en particular. Esta última es una pregunta relativa a la justificación del derecho y un positivista *qua* positivista no tiene nada que decir al respecto. Por eso, no veo implicación alguna entre una tesis (como el positivismo jurídico) que responde a una pregunta acerca de la identificación de un objeto y otra que responde a su justificación (como el anarquismo filosófico).

Por otro lado, en el párrafo transcrito por Prieto parece darse a entender que, una vez centrados en el problema de la justificación del deber de obediencia, sólo cabe argumentar a favor del deber universal o a favor del anarquismo. Ya he dicho anteriormente que esto no es así, puesto que negar que un deber sea universal se puede hacer de dos maneras, o bien negando que exista cualquier *deber* (que es lo que hace el anarquismo), o bien negando sólo que el deber sea *universal* (que es la propuesta en la que me inscribo).

Respecto a la omisión de la cita del trabajo del profesor González Vicén, sólo me cabe decir que, sin desmerecer en lo más mínimo el valor de su artículo, quise en las únicas tres páginas en las que trato la posición conocida como anarquismo filosófico remitirme a la discusión contemporánea acerca del mismo. Me parece indiscutible que esa discusión arranca y tiene como centro de atención el atractivo libro de Robert Paul Wolff²⁹, al que después han seguido con matices Green y Simmons, entre otros³⁰.

²⁹ R. P. WOLFF: *In Defense of Anarchism*, Nueva York, Harper and Row, 1970.

³⁰ En esas tres páginas me limito a resumir el argumento principal de Wolff, las aportaciones de Green y Simmons y algunas posibles objeciones a esa posición. Tres páginas no dan para mucho más. De todos modos, tal vez sea oportuno recordar que el libro de Wolff data de 1970, mientras que el artículo de González Vicén vio la luz

4.3 Obligación política y desobediencia civil

Por último, respecto a las observaciones que Prieto dirige a mi forma de plantear la desobediencia civil, empezaré por decir que algunas de sus propuestas relativas al papel que juegan las convicciones me parecen sugestivas. Simplemente desconocía su trabajo sobre esta cuestión, ya que según parece su publicación coincidió en el tiempo con el momento de la redacción final de *IJD*.

No obstante, quisiera matizar algo la caracterización que me atribuye de la desobediencia revolucionaria. Dice Prieto: «sostener que la desobediencia revolucionaria, a diferencia de la civil, no consiste en “actos voluntarios de incumplimiento de una norma, cuya intención es conseguir algún tipo de mejora moral o política”, me lleva simplemente a preguntar en qué consiste entonces dicha desobediencia; no se conoce ningún revolucionario que no persiga (diga perseguir) esa mejora social o política».

Enunciado de este modo, ciertamente, puede parecer raro lo que digo. Ahora bien, para entender la cita de *IJD* que está entre comillas simples hay que ponerla en relación con la caracterización que doy de la desobediencia revolucionaria. Así, en la página 170 de *IJD* se dice que «se caracteriza por pretender derribar el orden jurídico establecido o sustituirlo por otro. Los actos de desobediencia civil persiguen sólo la modificación de alguna de sus leyes o prácticas, pero no quieren cambiar el orden». Por tanto, si esta cita se pone en relación con la otra es fácil darse cuenta que ambos tipos de desobediencia se diferencian, al menos, en cuanto que una (la desobediencia civil) acepta en general la legitimidad del orden y sólo se opone directa o indirectamente a una concreta norma, ley o práctica, mientras que la otra (la desobediencia revolucionaria) se opone a la legitimidad del conjunto, concibiendo como propósito su destrucción o cambio.

Del mismo modo, me parece que la cita que Prieto extrae respecto a la desobediencia criminal y que le permite sostener que la definición de la misma que se da en *IJD* es circular y tautológica habría que darla completa. Tal vez entonces se compruebe que no existe tal circularidad. Pero antes de la cita, hay que precisar que en *IJD* primero se ha caracterizado a los actos de desobediencia civil, siguiendo a Ernesto Garzón Valdés³¹, a través de los siguientes rasgos: a) son actos voluntarios de incumplimiento de normas, cuya intención es conseguir algún tipo de mejora moral o política en la sociedad; b) su realización se considera un deber moral; c) son abiertos y públicos; d) suele aceptarse voluntariamente el castigo; e) son actos no violentos.

en 1979, precisamente en este mismo *Anuario*. Por cierto, en él no aparece citado el libro de WOLFF.

³¹ E. GARZÓN VALDÉS: «El problema de la desobediencia civil», en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 361-378.

Ahora ya se puede transcribir la cita entera:

«La *desobediencia criminal* es la que lleva a cabo el delincuente común. En este caso los actos de desobediencia claramente no tienen las características *a)*, *c)* y *d)*. El delincuente común no pretende con sus actos cambiar ninguna ley ni práctica que considere injusta. Tampoco realiza sus actos de manera pública, sino más bien pretende ocultarlos. Igualmente, tampoco acepta de buen grado el castigo impuesto. Respecto a la nota *b)* salvo casos excepcionales, sería difícil considerar que existe el deber moral de realizar delitos. Supuestos como el de un padre que comete un robo para dar de comer a sus hijos, podrían estar amparados de todos modos por el estado de necesidad como circunstancia excluyente de la responsabilidad penal. Respecto a la propiedad *e)*, que se dé o no, dependerá del tipo de infracción que se cometa» (*IJD*, pp. 169-170).

5. LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Empieza Prieto sus observaciones al capítulo V haciendo una alusión a lo que tilda de «endogamia bibliográfica», por primar en las citas autores de filosofía del derecho y, además, anglosajones, cuando dogmáticos penalistas y filósofos del derecho de otras latitudes podrían arrojar luz sobre algunas cuestiones aquí traídas a colación. No voy a decir nada más al respecto para no cansar al lector. (Aunque reitero que me interesan los problemas más que dar cuenta exhaustiva de los autores)³². Cuando conviene, no soy reacio incluso a traspasar nuestros confines habituales. Así, se hallará en *IJD* alguna cita de científicos (es decir, ni filósofos del derecho ni dogmáticos, aunque me temo que anglosajones), porque me parece de un enorme interés para algunos problemas filosóficos la creciente pujanza que están adquiriendo los estudios de neurociencia y siempre he sido de la opinión que la luz ilumina venga de donde venga.

Hay, además de esta observación general, dos concretas afirmaciones de Prieto acerca de las cuales tal vez sea conveniente decir algo.

Por un lado, este autor defiende que el principio de proporcionalidad de las penas no se sigue sólo de las posiciones retribucionistas, sino que también sería una exigencia de los principios utilitarios. Es difícil ser taxativo en este punto. La razón es que se requerirían estudios empíricos que mostraran que efectivamente la proporcionalidad de las penas posibilita una mayor disuasión a la hora de cometer delitos. No se me oculta que un utilitarista de la talla de Bentham admitió

³² De todas maneras, trato alguno de estos problemas tomando en consideración lo sostenido por algunos penalistas y filósofos del derecho españoles en J. M. VILAJOSANA: «Castración química y determinismo», que aparecerá en el núm. 31 de la revista *DOXA* (2008).

que debía darse cierta proporcionalidad y así lo digo en *IJD* (p. 183). Pero tal vez podría añadir ahora, aclarando lo que allí sostengo, que así como para un utilitarista consecuente esta relación, si existe, debe trazarse desde un punto de vista *causal* (examinando si la proporcionalidad de las penas causa el efecto disuasivo que se pretende), en el caso de quien defienda el retribucionismo deberá defender el principio de la proporcionalidad de las penas *por razones conceptuales* ya que, según esta posición, cada uno *merece* ser castigado en función de la gravedad de la acción que ha cometido. También pongo de relieve en el libro que el cálculo del grado de gravedad dista mucho de ser una tarea fácil, pero eso nos llevaría a otra discusión.

Por otro lado, Prieto sostiene que la cárcel además de un medio de incapacitación (algo que suscribo en *IJD*) es un instrumento idóneo para aplicar la proporcionalidad (algo que en ningún momento niego en *IJD*). Parece que, en la medida en que se comprobara empíricamente que la proporcionalidad genera mayor disuasión, entonces se podría vincular como hace Prieto la institución carcelaria y la proporcionalidad con el utilitarismo penal.

No obstante, del hecho de que la encarcelación permita aplicar un criterio de proporcionalidad, en el sentido de privar de libertad a alguien un determinado número de días en función del delito cometido, no se sigue ninguna relación necesaria entre la encarcelación y la proporcionalidad, ni con el utilitarismo (ni siquiera con el retribucionismo). Sin duda, se podría optar por otro tipo de penas, por ejemplo pecuniarias, de las que también habla Prieto, con el fin de dar cumplimiento al principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo, la existencia de penas privativas de libertad y pecuniarias lo único que posibilita es *medir* la pena. De ahí no se sigue ni que ésta tenga que ser necesariamente proporcional, ni que siéndolo se pueda justificar por criterios utilitaristas. Si esto es así, la única relación que parece conceptualmente necesaria en este entramado es la que se da entre retribucionismo y principio de proporcionalidad, en el sentido de que el primero implica el segundo (que es exactamente lo que defiende en *IJD*).

6. LA IMPOSICIÓN JURÍDICA DE LA MORAL

Este capítulo contiene una exposición de los problemas de la moralización del derecho y del perfeccionismo y una defensa de una respuesta a los mismos en clave liberal, entendiendo por tal una posición que saque todas las consecuencias de los principios de autonomía individual, inviolabilidad de la persona y dignidad humana. Estoy convencido que frente a fundamentalismos de todo tipo tanto el profesor Prieto como yo defenderíamos nuestro deseo de vivir en una sociedad de corte liberal. Pero a los efectos que aquí nos ocupa, puede

resultar interesante para el debate tratar las cuestiones que él destaca: las problemáticas del esclavo feliz y la educación en valores.

6.1 El esclavo feliz

En *IJD* se trae a colación el ejemplo del esclavo feliz con el fin de reflexionar críticamente acerca de algunos posibles límites al planteamiento liberal que defiende en el texto. Para ello distingo dos sentidos del principio de dignidad. Un primer sentido, ajustado totalmente al esquema de sociedad liberal propugnado, sería aquel según el cual la dignidad exige el respeto por las decisiones, creencias y opiniones personales.

Un segundo concepto, más fuerte, es el que puede generar dudas acerca del planteamiento liberal. Justamente es al ocuparme de este segundo concepto que aludo al ejemplo del esclavo feliz. Imaginemos una persona adulta que decide autónomamente convertirse en esclavo de otra. Supongamos que esa persona ha tomado esa decisión sin que se diera ningún vicio del consentimiento. Además, aceptemos que a pesar de su condición de esclavo (o quizás gracias a la misma) disfruta de un alto bienestar relativo. Es decir, con el paso que ha dado ha ganado en bienestar, teniendo cubiertas en mayor medida sus necesidades básicas y sus preferencias. ¿Estaría justificada esta decisión desde una perspectiva liberal?

John Stuart Mill, como es sabido, niega tal justificación. Se trataría de un caso en el que una primera decisión autónoma conlleva la imposibilidad de ejercer la autonomía en el futuro. Sin embargo, este argumento parece estar basado en el hecho de que el estado de esclavitud es cerrado, es decir, que una vez adoptado ya no cabe dar marcha atrás. Pero imaginemos que se trata de un régimen abierto, en el sentido de que el esclavo puede dejar de serlo cuando quiera. Alguien podría decir que eso ya no es esclavitud, pero admitamos que lo es simplemente a efectos argumentativos³³. En este supuesto, parece que el principio de autonomía no podría vetar una conducta como ésta. Pero ¿supone ello que no es posible criticar tal conducta desde una perspectiva liberal? Puede intentarse otra vía, que es la que pasa por tomar en cuenta el principio de dignidad humana, con un distinto alcance.

Para empezar, el principio de dignidad requiere que nuestras acciones, prácticas e instituciones comporten una actitud de respeto a las personas. Esto tal vez debe llevarnos a un sentido fuerte del citado principio que lo haga independiente tanto de la *autonomía* como del *bienestar* de un individuo. Así, pues, si dos personas pueden de hecho

³³ Así lo digo literalmente en *IJD*, por lo que ya soy consciente de que no es un uso típico del vocablo «esclavitud», pero en eso consiste precisamente el argumento que se expone: trasladar las características valorativas del tipo a supuestos no típicos.

disfrutar del mismo nivel de bienestar y ejercer el mismo grado de elección, pero a una de ellas la tildamos de esclava y a la otra no, entonces el mal de la situación en que se encuentra la primera de ellas no residiría ni en la falta de autonomía ni en la carencia de bienestar. Puede decirse entonces que la esclavitud sigue siendo algo reprochable porque consiste en una violación de la dignidad. ¿Pero es esto así en el ejemplo que hemos puesto?

El camino para llegar a una respuesta afirmativa a la anterior pregunta pasa por entender que las instituciones tienen un *elemento expresivo* que las acompaña. En el caso que nos ocupa, el hecho de tratar a una persona como si fuera un objeto, explotarla para el beneficio exclusivo de otra, originándole daños y sufrimientos supone el paradigma de la violación del imperativo categórico. Los casos estándar de esclavitud consisten precisamente en esto. Por ello, no es extraño que la esclavitud se asocie en nuestras mentes con un caso claro de indignidad. Pero, aunque esta asociación tiene un fundamento empírico (todos conocemos supuestos reales de esclavitud en los que históricamente se dieron actos de explotación como los descritos), no es preciso que tales circunstancias se produzcan en cada uno de los casos de esclavitud que nos encontremos. El significado que asociamos a la esclavitud como un insulto a la dignidad humana se mantiene incluso en una situación como la que hemos puesto en el ejemplo imaginario, en el que los efectos perniciosos respecto a la autonomía y el bienestar del «esclavo» por hipótesis no se dan. En resumen, en el caso de la esclavitud, puesto que la institución está cargada y con razón de una connotación negativa, esa connotación se traslada al caso concreto del esclavo feliz, aunque en este supuesto no se den las circunstancias que hacen que para nosotros la institución de la esclavitud sea inmoral³⁴.

Creo que es interesante, tal como digo en *IJD*, que esta idea del papel expresivo de las instituciones se pueda usar también para los casos de instituciones que incorporan, en la visión del común de las personas de una sociedad, elementos expresivos *positivos*. Por ejemplo, en la disputa que se ha originado en España acerca de la ley de matrimonios entre personas del mismo sexo, ha habido quien ha argumentado que en realidad el problema era puramente verbal y que, en consecuencia, se resolvería simplemente llamando de otra forma este tipo de uniones. Pero esta maniobra oculta el verdadero problema. Es razonable pensar que quienes reclamaban el derecho a contraer *matrimonio* entre personas del mismo sexo, querían llamarle «matrimonio» y no otra cosa, por cuanto entendían, con base empírica o no, que en nuestra sociedad a la institución matrimonial se asocia un elemento expresivo, en este caso positivo, que confiere un cierto estatus.

³⁴ Esta idea se puede hallar en M. DAN-COHEN: «Defending Dignity», en *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self and Morality*, Princeton, Princeton University Press, 2002, pp. 150-171.

Me limito, para cerrar esta cuestión, a citar el párrafo conclusivo de este apartado en *IJD*, en el que creo aparece con claridad la conciencia de que este sentido fuerte de dignidad no encaja tan fácilmente en el esquema de una visión liberal: «Esta visión fuerte del principio de dignidad humana puede ocasionar algún problema para una visión liberal, ya que habrá que ser más cuidadosos a la hora de dar por bueno en casos concretos el simple consentimiento del interesado como fundamento para legitimar una determinada práctica. Esta complejidad, sin embargo, se puede ver compensada por el realismo que encierra esta propuesta» (*IJD*, pp. 233-234).

Dicho lo anterior también me parece que queda claro por qué no se produce en este caso un «abandono de la moral crítica en aras de la moral social», tal como sugiere Prieto. Esto sería así, en su caso, si lo que se postulara por mi parte en el ejemplo fuera una sociedad en la que el caso del «esclavo feliz» se generalizara. Pero esto no es lo que se dice en *IJD*. Justamente se insiste en el carácter excepcional, *atípico* del ejemplo. De no ser así, no serviría para mostrar lo que pretendo.

6.2 La educación en valores

Respecto a la educación en valores y su posible compatibilidad con una sociedad liberal, voy a intentar resumir y esclarecer el argumento que empleo en *IJD* y que sea el lector quien juzgue su plausibilidad.

Básicamente la idea es la siguiente. Imaginemos, para simplificar, que los regímenes políticos pueden ser democráticos y no democráticos. La pregunta, entonces pasa a ser, ¿en cuál de estos dos tipos de regímenes hay más posibilidades de desarrollar los planes de vida que uno haya elegido libremente? No sería descabellado pensar que es más probable que se puedan desarrollar en mayor medida tales planes en los primeros que en los segundos. Si esto es así, hay una razón (no digo que sea la única) para preferir los sistemas democráticos.

Ahora bien, la existencia continuada de un régimen democrático exige alguna actitud por parte de los ciudadanos. El cultivo de algunas virtudes ciudadanas es requisito necesario para la continuidad de tales regímenes. Es cierto que los teóricos liberales hasta hace bien poco se preocupaban casi exclusivamente de la justificación de los derechos, pero nada decían acerca de las responsabilidades de los ciudadanos, hasta el punto de que se pensó que la insistencia en la libertad, la neutralidad o el individualismo hacía del concepto de las virtudes cívicas algo ininteligible. Sin embargo, hay desarrollos recientes de la teoría liberal que indican la posibilidad de aunar las aspiraciones liberales con la justificación de cierto contenido mínimo de la responsabilidad política del ciudadano. Si esto es así, entonces la educación en ciertos valores democráticos podría considerarse compatible con la concepción liberal de la sociedad.

Aunque se puede hablar de distintos tipos de virtudes cívicas, entre las de contenido político se encuentran dos especialmente relevantes, ya que son susceptibles de generar un amplio consenso en torno a ellas, como son la aptitud para evaluar las realizaciones de los gobernantes y la disposición para comprometerse en el discurso público.

La necesidad de evaluar y, en su caso, cuestionar a la autoridad surge en parte del hecho de que los ciudadanos en una democracia eligen a quienes gobernarán en su nombre. Por consiguiente, una responsabilidad importante de los ciudadanos consiste en controlar a las autoridades y juzgar su conducta.

La necesidad de comprometerse en el discurso público surge del hecho de que las decisiones de un gobierno democrático deben tomarse públicamente, a través de la discusión libre y abierta. Si esto es así, los ciudadanos deben justificar sus demandas políticas en términos que los demás ciudadanos puedan entender y aceptar como consistentes con su estatus de ciudadanos libres e iguales.

Estas dos virtudes políticas son las candidatas idóneas a constituir el contenido mínimo de la responsabilidad política del ciudadano. Ninguna sociedad será democrática si no posee ciertos canales de discusión y participación pública de los ciudadanos y si éstos no pueden criticar y, en su caso, remover a los gobernantes que ellos han elegido. Se puede discutir, claro está, la extensión de la participación y las condiciones para que las discusiones públicas se desarrollen en pie de igualdad³⁵. Eso podría llevar a la conclusión de que sostener esas virtudes no es aportar ningún contenido plausible a la responsabilidad política del ciudadano.

Es cierto que, dadas las propias características de tales virtudes, ellas son compatibles con muy distintos contenidos posibles, lo cual hace que éstos no puedan determinarse *ex ante*. También es cierto que las diversas circunstancias del mundo real harán necesario un análisis casuístico para aplicarlas. Pero, aún así, y siempre actuando con cautela en el establecimiento de los contenidos que puedan darse en ciertas materias en la enseñanza obligatoria, si éstos sirven para estimular esas virtudes (y otras que ahora no trato), basándose en informaciones verdaderas, no parece que se opongan a la concepción liberal aquí esbozada.

³⁵ He desarrollado estas cuestiones en J. M. VILAJOSANA: «La responsabilidad política del ciudadano», *Debats*, núm. 57-58, 1996, pp. 48-57 y también en J. M. VILAJOSANA: «Cittadino, doveri istituzionali e virtù politiche», *Ragion pratica*, núm. 6, 1996, pp. 177-193. No se trata, por supuesto, de defender la presencia de ciudadanos continuamente informados y dispuestos a participar a todas horas del debate político. No desconozco lo que ha mostrado Anthony Downs, a saber, que la apatía política, lejos de ser una actitud irracional, puede ser perfectamente racional teniendo en cuenta los recursos casi infinitos de información que se requieren en las sociedades contemporáneas. Pero entre la apatía y el activismo político desmesurado tal vez haya un espacio intermedio, cubierto por la práctica de algunas de esas virtudes cívicas bien ponderadas.

Ocurre, más bien, que si la existencia de una sociedad liberal exige la existencia de un régimen político democrático, puesto que sólo en éste se pueden desarrollar convenientemente los planes de vida de las personas, y este régimen político requiere, a su vez, la existencia de ciudadanos comprometidos con esas virtudes, entonces que éstas se adquieran es exigible desde los postulados democráticos y liberales. Su presencia sería, así, condición necesaria de la existencia tanto de la democracia como de la sociedad liberal.

Quisiera terminar refiriéndome a una observación general que Prieto destaca, al aludir a la «prudencia y cautela científica del autor», o al hecho de «leer entre líneas la posición del autor». Estas son frases benevolentes de Prieto para referirse a lo que dicho sin tapujos, sería una posición dubitativa que uno tendría al abordar los problemas tratados en *IJD*. De nuevo, tengo que darle la razón, aunque sólo parcialmente.

Sólo parcialmente, porque, aunque sea con prudencia y entre líneas, en *IJD* he defendido, en la primera parte, una visión convencionalista de la existencia del derecho en una sociedad, un positivismo inclusivo matizado y una posición intermedia entre el cognoscitivismo y el no cognoscitivismo en sede de teoría interpretativa. En cuanto a la segunda parte, he mantenido una posición clara de defensa de la sociedad liberal, que me permite justificar un deber parcial de obediencia al derecho (y con la salvaguarda siempre presente de la posibilidad de actos justificados de desobediencia civil), una justificación de la pena que se toma en serio la responsabilidad de los actos de las personas como reflejo del principio de dignidad humana y, por último, un rechazo explícito de la moralización del derecho y de las prácticas perfeccionistas, como contrarias al principio de autonomía de la persona.

Sea como fuere, estoy convencido de que el profesor Prieto suscribiría mi reflexión final. Huyo horrorizado ante quienes sostienen posiciones filosóficas como si se tratara de artículos de fe. De ahí que, en el ámbito filosófico, no me resulta embarazoso alejarme de las certidumbres para acercarme peligrosamente a la duda. Lejos de incomodarme, me parece una cualidad más defendible que la de la credulidad a ultranza, y aunque mi actitud descreída me deje a las puertas del Paraíso como a Virgilio, no puedo por menos que identificarme con las bellas palabras que Dante pone en su boca: «*che non men che saper dubbiar m'aggrada*»³⁶.

³⁶ DANTE, *La Divina comedia. Infierno*, XI, 93.

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch (colección cine y derecho), Valencia, 2007, 111 pp.

Advertencia: absténgase de la lectura de este libro quien crea firmemente que los derechos humanos son susceptibles de precisión conceptual. Es más, tal recomendación resulta extensible, como señala García Figueroa, a cualquier «*personaje gris y a su manera bienpensante que se escandaliza por ejercicios como éste en que se ponen en contacto las historias de la literatura, del cine o de cualquier otra manifestación más o menos popular de la cultura con una disciplina abstracta, sesuda y universitaria como la filosofía del Derecho*» (p. 22). En buena medida, de este atrevimiento tiene la culpa el profesor Javier de Lucas, que hace algunos años tuvo la iniciativa de poner en marcha y dirigir en la editorial Tirant lo Blanch una colección de libros sobre cine y derecho, de la cual éste ya es el número veintitrés. La intención de la colección está en perfecta armonía con aquella reflexión que hiciera el prolífico director francés Jean-Luc Godard cuando afirmaba que el cine es un instrumento del pensamiento. No cabe duda de que a través del celuloide se puede elucubrar sobre el derecho, puesto que no sólo se trata de un ejercicio placentero para quien visiona con fruición y tiene un acerado espíritu cinéfilo, sino para cualquier persona que se haga preguntas sobre el mundo que le rodea, más allá de las cuatro paredes de la oscura sala de cine, o en su defecto, del cajón cuadrículado más o menos plano y orgánico que proyecta infinitas imágenes.

El instrumento esta vez es la ciencia ficción a través de la saga de *Star Trek*; el objetivo, la cuestión sobre la titularidad de los derechos humanos. Alfonso García Figueroa traduce y transcribe una conferencia pronunciada por Robert Alexy el 8 de febrero de 2000 en el *Auditorium Maximum* de la Universidad Christian Albrecht, de Kiel (*Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona*) que figura como capítulo tercero y final del libro. A modo de estudio preliminar, aquél introduce un amplio comentario sobre las relaciones entre la ciencia ficción y la filosofía jurídica, moral y política en el capítulo primero (*Estos son los viajes de la nave interestelar Enterprise*), y un repaso sintético al pensamiento de Robert Alexy en el capítulo segundo (*La filosofía jurídica de Robert Alexy*), más una cumplida relación de las películas y los capítulos citados de las varias temporadas en televisión de la serie *Star Trek*, así como referencias bibliográficas.

A finales de 1966, en los albores del entusiasta movimiento *hippie*, se estrenaba en los EE.UU. de Norteamérica el primer capítulo de una serie televisiva de bajo presupuesto que, sorprendentemente, narraba las peripecias de los tripulantes de una nave espacial en el siglo XXIII, época en la que el planeta Tierra había desarrollado una sociedad utópica y en constante progreso. La raza humana no era la única existente en el universo, sino que convivía con una ingente pluralidad de especies diferentes y en condiciones de igualdad. Desde el año 2063, los terrícolas sabíamos que no estábamos solos en el cosmos. La tripulación de la nave interestelar *Enterprise*, compuesta por individuos de diversa procedencia u origen, tenía la misión de explorar nuevos y extraños mundos, buscar nuevas formas de vida y civilizaciones lejanas, viajar adonde nadie había llegado antes. Los personajes extraterrestres que aparecen en la serie, a pesar de su insólita apariencia, son seres similares a los humanos, eso sí, unos más sofisticados que otros.

Resulta asombroso comprobar cómo desde los valores presentes en una atractiva ideología *sixties* de profundas convicciones sobre la paz y el amor, en contraste con el *stablishment* de guerra fría imperante en el mundo occidental de la época, la innovadora propuesta multicultural de esta serie televisiva al principio poco exitosa, anticipa una sociedad que resuelve sus problemas mediante el diálogo y el consenso, bajo la comprensión y el entendimiento entre civilizaciones. Un buen ejemplo de ello queda plasmado en el fotograma que sirve de portada al libro, en el que el vulcaniano Mr. Spock, personaje especialmente adorado por cualquier *trekky* que se precie, hace la señal de la paz al saludar separando los dedos anular y corazón de su mano derecha.

En el primer capítulo, García Figueroa reflexiona sobre las relaciones entre la serie televisiva de ciencia ficción y los derechos humanos vistos desde el ámbito de la filosofía del Derecho. Así se refiere a que «*tras los relatos de ficción se oculta invariablemente la realidad y (...) tras las normas y valores implícitos en el relato cabe reconocer normas y valores a los que los telespectadores resultan sensibles*» (p. 15). El autor atribuye a las entretenidas historias *trekkies* las cualidades de verosimilitud y coherencia. Incluso respecto a esta última característica, sugiere su comparación con la idea de «*novela en cadena*» *dworkiniana*.

Sin lugar a dudas, la verosimilitud consiste en una virtud narrativa, ya que se trata de un mecanismo que pretende crear una ilusión de realidad a partir de la búsqueda de credibilidad, que además se encuentra en estrecha relación con el carácter constructivo que se hace de la realidad a través de la narración bajo una finalidad pragmática de adecuación del mundo exterior a nuestros deseos e intenciones. Al menos los que nos declaramos *trekkies* convencidos así lo sentimos. De forma precisa lo describe García Figueroa al explicar que «*una buena película de ciencia ficción es aquella que por encima de la mera exhibición de tecnología nos habla en última instancia de nosotros mismos, de nuestra realidad, de nuestros anhelos y de nuestros problemas como seres humanos*» (p. 43). En este sentido, un mundo verosímil pero ficcional construye sus reglas de acuerdo con el mundo real, pues se cumplen los criterios de constitución semántica de éste, pero además en el caso de la ciencia ficción se pretende la transgresión de las reglas del mundo objetivo. De ahí deriva el encanto de la pléyade de personajes de *Star Trek*, que a diferencia de otras series con más éxito comercial como es la saga de *La guerra de las galaxias*, profundiza en la repercusión de las innovaciones tecnológicas y científicas o incide en la complejidad del guión, de los personajes o de las

formas de vida existentes. Frente al efectista misticismo *Jedai* y su frívola idea de la «fuerza» con sus lados oscuros o claros, en aquella se profundiza sobre la condición humana y sus contradicciones. Las notorias diferencias entre *Star Wars* y *Star Trek* son expuestas con exquisita precisión por García Figueroa en torno a cuatro aspectos: el tiempo, el objeto, la sociedad ideal y la función ideológica (pp. 16-19; 72-73). Que cada cual haga su elección.

Precisamente, sobre la condición humana se vierte la pregunta fundamental que se hace tanto García Figueroa como Alexy: si hay límites a la titularidad de los derechos humanos, esto es, si entes no humanos pueden participar de sus características y por lo tanto de sus derechos fundamentales (pp. 58; 85). La presencia de formas de vida no humanas para las cuales fueran comprensibles los juegos del lenguaje y nuestras prácticas comunicativas, conduce a plantearse estas dudas que rompen con una ética solipsista para hacerla comunicativa. Es lo que sucede en la serie *Star Trek*, sobre todo con dos de sus personajes principales: el vulcaniano Spock y el androide Data. Para ello, García Figueroa traslada –metafóricamente, claro está– la Escuela de Oxford al imperio Klingon y recluta a Wittgenstein como si se tratara de un *trekky* militante.

El episodio 035 de la *Nueva Generación* de *Star Trek* (*La Medida de un Hombre*) sirve a Robert Alexy para construir varias líneas argumentativas enfrentadas en torno a la cuestión planteada. Data es un androide y por lo tanto, no es una persona sino una máquina, una cosa; así sería susceptible de ser propiedad de alguien. Pero, ¿es esa la cuestión?, ¿para qué sirven los androides sino para ejecutar los trabajos que ningún humano quiere hacer?; así que el verdadero *leitmotif* no es la propiedad, sino la esclavitud. Ello recuerda un planteamiento que Javier de Lucas ya advertía en el segundo volumen de esta misma colección sobre cine y derecho (*Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003). Allí se refería a cómo superar los límites de lo humano a partir de la cuestión de la identidad y la memoria, tomando como ejemplo cinematográfico *Blade Runner*, en la que se produce la condena y eliminación de *replicantes Nexus 6*, seres virtualmente idénticos a los humanos e incluso superiores en fuerza y agilidad. Además, indica Alexy que «también los seres humanos son máquinas, aun cuando sean máquinas de otro tipo completamente distinto» (p. 89). También podría argumentarse que Data, al ser un robot, a pesar de su sofisticación, carece de sensibilidad, concepto este último que presentaría tres rasgos: inteligencia, autoconsciencia y consciencia. En principio, Data es inteligente y consciente de su situación y podría discutirse sobre su consciencia –o en versión metafísica, su «alma»–. En el *telefilm*, la juez que decide tan arduas cuestiones declara que «Data tiene el derecho irrevocable de tomar decisiones en relación con su propia persona. Con ello se le declara una persona que es titular de derechos. Data queda en libertad.» (p. 91).

Esta situación del proceso judicial sobre Data, ofrece a Alexy razones para extender el universalismo de los derechos humanos hacia otras entidades no humanas. Frente a la «tesis de los humanos», propone la «tesis de las personas»: «el titular de los derechos humanos es aquél que es una persona, siempre que la personalidad no esté vinculada al concepto de ser humano» (p. 93). En concreto, para ser persona han de darse, según Alexy, tres condiciones: ser inteligente, tener sentimientos y tener consciencia; esta última se refiere en concreto a la «consciencia» como una habilidad o capacidad «espiritual» que se ejercita a través de la «reflexividad» que a su vez puede ser de tres tipos: cognitiva, volitiva y normativa. Así pues, el concepto de persona

constaría de tres elementos, de los cuales el último se dividiría en otros tres. Para Alexy, pues, el concepto de persona es «dobletriádico», y a partir del mismo se da una respuesta positiva a la personalidad de nuestro androide favorito: «*La de Data, como nuestra alma, no es un objeto ni un estado. Consiste en el procedimiento de actuación de las tres capacidades que integran la persona: la inteligencia, el sentimiento y la consciencia*» (p. 100). Si antes era García Figuerola quien convertía a Wittgenstein en un presunto *fan* de la serie, es ahora Alexy, al invocar la transformación cualitativa de lo humano en racional, el que implica a Kant en la exploración interplanetaria de otros mundos.

En otro capítulo de la serie, Data vuelve a montar una timba de póker en la sala de hologramas con réplicas computerizadas de Newton, Einstein y Stephen W. Hawking –este último hace un cameo de sí mismo– tal y como expone García Figuerola y aparece en un fotograma impreso en el libro (p. 54). Cabría añadir que la escena de la partida de cartas tiene continuación en el episodio final de la serie (*Todas las Buenas Cosas –All Good Things–*), en el que Data aparece en un ilusorio e improbable siglo xxiv, viviendo plácidamente en una mansión inglesa y ocupando una cátedra universitaria que había sido desempeñada por célebres y eminentes científicos a lo largo de la Historia: Barrow (el descubridor de la regla para el cálculo de integrales definidas), Babbage (el inventor de los ordenadores digitales), Stokes, Dirak, el mismísimo Isaac Newton con sus manzanas o Steven W. Hawking con sus agujeros negros, entre otros. Data había dejado la flota estelar para dedicarse de forma exclusiva e intensiva a la actividad científica en calidad *de Lucasian Professor of Mathematics* en la prestigiosa Universidad de Cambridge. Para el futuro, la contribución de *Star Trek* nos muestra con clarividencia no sólo cómo los androides tendrán derechos humanos, sino cómo llegarán a ser profesores universitarios.

Mario RUIZ SANZ
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

DE ASÍS ROIG, R., BONDÍA, D. y MAZA, E. (coords.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007.

El libro *Los desafíos de los derechos humanos hoy* recoge las ponencias del *Congreso Internacional sobre los Derechos Humanos. La segunda controversia de Valladolid* celebrado en esta ciudad del 18 al 20 de octubre de 2006. Para comprender el sentido y las pretensiones de dicho encuentro y, por tanto, de esta obra, resulta esencial tener en cuenta que ni la fecha, ni el lugar de celebración, ni la temática, ni el título del Congreso fueron fruto de la casualidad, sino más bien todo lo contrario. Como se explica en las páginas introductorias al presente libro, el *Congreso Internacional sobre los Derechos Humanos* se enmarca dentro del programa de actividades elaborado por la Junta de Castilla y León para conmemorar el V Centenario de la muerte de Cristóbal Colón, descubridor del *Nuevo Mundo*, quien falleció, precisamente, en la ciudad de Valladolid el 20 de mayo de 1506. Como es sabido, Valladolid fue también la sede del debate que mantuvieron Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda a propósito de los derechos de los indios y de las reglas que debían gobernar las relaciones entre el *Viejo* y el *Nuevo Mundo* plasmado en la célebre *Controversia de Valladolid* de 1551. Con este telón de fondo la organización de este Congreso¹ pretendió convertir a Valladolid, otra vez, en el centro de una *Segunda Controversia* con los derechos humanos, de nuevo, como principales protagonistas.

Los derechos humanos constituyen hoy un paradigma esencial para la comprensión del mundo, presentándose como referentes éticos básicos desde los que examinar la justicia y la legitimidad de los órdenes sociales, políticos y jurídicos tanto en el ámbito nacional como en el plano internacional. El discurso de los derechos ocupa, así, un lugar central en las sociedades contemporáneas cuyos agentes principales se declaran comprometidos con su protección, promoción y desarrollo. Sin embargo, la satisfacción de los derechos a escala universal dista con mucho de haberse conseguido. Además de a esta discordancia evidente entre su defensa teórica y su aplicación práctica los derechos humanos tienen que enfrentarse en la actualidad a nuevos problemas y desafíos relacionados con los rasgos y fenómenos que caracterizan a las complejas sociedades del siglo XXI –la gestión de la globalidad, la emergencia de un nuevo orden internacional, la pobreza y la discriminación, la diversidad y el pluralismo en sus diferentes dimensiones, la tensión entre libertad y seguridad, los avances científicos y tecnológicos etc.– que nos obligan a replantearnos su alcance y significado y que resulta imprescindible encarar para mantener y potenciar su principal función histórica, que no es otra que la emancipación del ser humano. Precisamente, la *controversia* recogida en el libro recensionado tiene por objeto analizar los retos que, en el contexto del *Nuevo Orden Mundial*, se plantean a los derechos humanos y discutir posibles estrategias para afrontarlos orientadas a lograr su pleno reconocimiento y garantía.

¹ Este Congreso fue organizado por la Junta de Castilla de León y el Instituto Simancas que contaron, además, con la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» y del Institut de Drets Humans de Catalunya.

Así, el presente libro se estructura en seis grandes bloques temáticos complementarios –que coinciden con las sesiones en las se dividió el *Congreso* en el que tiene su origen– «Los Derechos Humanos en la Historia y su actualización», «El Fundamento y el Concepto de los Derechos Humanos», «La protección de los grupos vulnerables», «Garantía internacional de los Derechos Humanos», «Pobreza y Derechos Humanos» y «Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos». En cada uno de estos bloques se recogen aportaciones de reconocidos expertos, fundamentalmente representantes del mundo académico (profesores e investigadores de diversas universidades españolas y extranjeras pertenecientes a distintas áreas de conocimiento), pero también representantes del mundo político, de instituciones internacionales y conocidos activistas comprometidos en la lucha por los derechos. De este modo, se adopta el enfoque multidisciplinar imprescindible para entender la realidad contemporánea de los derechos humanos en toda su complejidad. Y, posiblemente, la principal virtud que comparten los trabajos publicados es que, lejos de limitarse a describir el estado de las cuestiones que se abordan, proponen vías de solución orientadas a superar los obstáculos que en cada uno de los ámbitos objeto de estudio se encuentran para lograr la efectiva satisfacción de los derechos.

En todo caso, este libro adolece de algunos problemas que suelen compartir las obras que recogen el contenido de grandes Congresos, básicamente la falta de uniformidad de los trabajos publicados tanto por lo que se refiere a su extensión como por lo que respecta a la profundidad en el tratamiento de los distintos temas. Igualmente, lo que se explica también teniendo en cuenta el origen del libro, puede resultar cuestionable la ubicación de ciertos trabajos en algunas secciones cuando quizá hubiera resultado más adecuada su inserción en otras partes del estudio. De cualquier forma y, aunque –como no podía ser de otra manera, cuando se afronta una cuestión tan amplia y complicada– es posible echar en falta algunos temas concretos, con carácter general, esta obra ofrece al lector un panorama suficientemente completo y riguroso de la situación actual de los derechos humanos y de los principales desafíos que hoy les afectan. En lo que sigue, trataré de sintetizar brevemente el contenido de las diferentes partes en las que se divide.

La *Segunda Controversia de Valladolid* parte de la consideración de que la historia resulta una herramienta irrenunciable para comprender el significado de los derechos y su evolución. Desde esta premisa, el primer bloque de trabajos que componen este libro se dedica al análisis histórico de los derechos. Los estudios de Carlos Martínez Shaw y de Alfredo Alvar Ezquerro sobre los derechos humanos en la América española y en la Europa Cristiana y el mediterráneo musulmán durante el siglo XVI, respectivamente, ponen de relieve que muchas de las discusiones de entonces siguen siendo en gran medida los debates de ahora y que algunas de las soluciones planteadas ayer –el reconocimiento del otro, el respeto al Derecho Internacional y a la diversidad cultural, la reclamación de la universalidad de los derechos– son también hoy las claves para responder a muchos de los desafíos que en la actualidad se proyectan sobre los derechos y para lograr el progreso de nuestra civilización en esta materia. El trabajo de Antonio González Quintana reclama la importancia de los archivos en la defensa de los derechos desde el momento en que los testimonios documentales resultan imprescindibles para poder conocer, perseguir y reparar las violaciones de los derechos humanos y propone medidas para conservar y proteger estos fondos. El bloque dedicado a la historia se cierra con los trabajos de F. Javier Ansuátegui Roig y Juan

María Bilbao Ubillos que estudian el papel de los derechos en el contexto contemporáneo. Desde perspectivas diversas, ambos autores destacan la relación insoslayable existente entre los derechos y la democracia, analizan algunos de los retos que se plantean a los derechos en las coordenadas de las complejas, globalizadas y multiculturales sociedades actuales y coinciden en subrayar las dificultades que se encuentran para trasladar los esquemas de protección nacionales al ámbito internacional, traslación que estiman esencial para convertir en realidad la proclamación de la universalidad de los derechos.

Detrás de muchos de los desafíos actuales a los derechos humanos subyace la cuestión de su Concepto y de su Fundamento. Se trata de un problema que, en contra de lo que en algunas ocasiones se ha señalado, dista con mucho de estar resuelto o de ser irrelevante y, por esta razón, el segundo bloque temático de este libro se destina a su estudio. Este bloque se abre con el trabajo de Elías Díaz quien insiste de nuevo en la estrecha vinculación entre los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia y propone como modelo ideal para lograr la plena realización de los derechos fundamentales y encauzar las demandas y exigencias relacionadas con los nuevos derechos un Estado democrático de Derecho caracterizado por la doble participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y en los resultados de la producción. Sami Nair reflexiona acerca de la universalidad, la diversidad y los conflictos políticos tomando como referencia los incidentes protagonizados en Francia por los hijos de inmigrantes en las «banlieues» a finales del 2005. Para evitar este tipo de enfrentamientos, originados, según el autor, en una «asimilación contrariada» o en una «desasimilación» en relación con las sociedades receptoras, propone crear un vínculo social colectivo basado en el consenso en torno a unos valores comunes básicos por encima de los particularismos. En su trabajo Gregorio Peces-Barba analiza el concepto de dignidad humana como valor central de la ética pública y fundamento de los derechos humanos, dando cuenta de su origen histórico y de sus principales dimensiones racionales. El profesor Peces-Barba aboga por recuperar el proyecto de la Ilustración y llevar hasta sus últimas consecuencias el ideal de la igual dignidad como referente sólido desde el que afrontar los problemas que se plantean hoy en la teoría y la práctica de los derechos. Finalmente, Meir Margalit se ocupa de revelar las profundas contradicciones que, a su modo de ver, se esconden tras la aparente convivencia pacífica de la trilogía Estado-Religión-Derechos Humanos en el modelo israelí y Máximo Cajal reivindica la Alianza de Civilizaciones basada en el diálogo entre los pueblos, el multilateralismo y la legalidad internacional como herramienta apropiada para avanzar en el respeto a los derechos humanos y en la lucha contra el terrorismo global.

Como señala Rafael de Asís en su introducción a los trabajos que componen la tercera parte de este libro la historia de los derechos del siglo xx y de lo que llevamos del xxi puede ser descrita como un proceso abierto hacia la consecución de la igualdad de determinados grupos que pueden considerarse especialmente vulnerables frente al fenómeno de la discriminación. En este ámbito, Monique Chemillier-Gendreau señala el camino que todavía queda por recorrer para que los derechos genéricamente reconocidos a los «hombres» sean realmente también, de una vez por todas, derechos de las mujeres. El tema de los derechos humanos y de la inmigración es abordado por Javier de Lucas quien considera esta cuestión un auténtico banco de pruebas para la coherencia de la teoría de los derechos. El autor denuncia la contradicción

existente entre las políticas de inmigración y el discurso de los derechos y la falta de voluntad política de la ONU y de la UE para afrontar con una mayor amplitud de miras el fenómeno de la inmigración y realiza algunas sugerencias orientadas a mejorar la situación de los derechos de los inmigrantes. En una línea similar Michael Freeman cuestiona la consistencia de los argumentos, que considera paternalistas e inaceptables si se formularan frente a otros grupos vulnerables, que conducen a rechazar el tratamiento de la necesidad de especial protección de los niños, generalmente aceptada, en clave de derechos humanos. Jorge Cardona Llorens analiza las razones –relacionadas con la existencia de barreras culturales, físicas, protectoras y actitudinales– por las cuales las personas con discapacidad son un grupo sistemáticamente vulnerado en sus derechos humanos y propone como solución la adopción del modelo social de discapacidad asumido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el momento de la celebración del Congreso pendiente todavía de aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas. Por último, Juan Guzmán, centrándose en el caso concreto de la comunidad mapuche en Chile, expone los factores por los cuales el gobierno chileno no puede permitirse reconocer las reivindicaciones que los mapuches comparten con otros pueblos indígenas: su libre determinación, la recuperación de su hábitat natural y su reconocimiento constitucional como pueblo. Muchos de estos trabajos coinciden en subrayar que la cuestión de la batalla por la igualdad de derechos de los diferentes grupos vulnerables debe abordarse dentro del contexto de la lucha general por los derechos humanos y servir como parámetro para medir los avances conseguidos en ella.

El proceso de internacionalización de los derechos humanos no sólo implica su reconocimiento en textos internacionales sino que requiere también la articulación de un sistema de protección de carácter supranacional capaz de ser eficaz². Del análisis de la garantía internacional de los derechos humanos se ocupan los trabajos insertos en la cuarta parte de *Los desafíos de los derechos humanos hoy*. En relación con esta temática, Fernando Mariño realiza un balance de la evolución del Sistema universal de protección de los derechos humanos, concluyendo que las reformas institucionales emprendidas tras la Declaración del Milenio confirman que la causa de los derechos ha entrado en una nueva era: la de su aplicación. El trabajo de Joaquín Alcaide analiza los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos. En opinión del autor, los sistemas de carácter regional sólo tienen sentido si complementan y refuerzan la protección universal y el éxito de ambos sistemas internacionales depende de que logren perfeccionar la garantía estatal de los derechos humanos. En todo caso, según la doctrina política puesta en práctica por Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre toda garantía de los derechos, ya sea nacional o internacional, decae en el fragor de la guerra global (y preventiva) contra el terrorismo. Massimo La Torre denuncia el retroceso inaceptable y dramático que esta doctrina conlleva y critica con especial énfasis la existencia de un discurso justificador de la tortura por reabrir una discusión zanjada hace tiempo en la teoría de los derechos; discusión que el autor considera en sí misma moralmente discutible, e incluso una perversión moral. Cierra este bloque el trabajo de Madjid Ben-

² Insiste en esta idea David Bondía en la presentación a los trabajos que componen este bloque temático.

chikn acerca de la justicia transicional centrado en el estudio papel de las comisiones de la verdad en la investigación de las violaciones masivas de derechos humanos. A su modo de ver, los principales objetivos de estas comisiones consisten en poner el esclarecimiento de la verdad al servicio de la reconciliación social e indicar las reformas institucionales necesarias para evitar que las vulneraciones se reproduzcan³.

Las reflexiones del ex-Secretario de Naciones Unidas Kofi Anan en la Declaración del Milenio ponen de relieve que uno de los retos más importantes que se plantean hoy a los derechos humanos es la lucha contra la pobreza tratado en el quinto bloque de este libro. En las ponencias «Mundo rico-Mundo pobre» y «Economía global» Luis de Sebastián y Juan Tugores Ques nos ofrecen una batería de datos económicos que demuestran que la dicotomía pobreza-riqueza es en la actualidad más acusada de lo que lo ha sido nunca en toda la historia de la humanidad, cuando, paradójicamente, los recursos y capacidades disponibles son, por primera vez, más que suficientes para evitar situaciones de pobreza extrema. Ambos trabajos coinciden en que la solución de esta injusticia pasa por encauzar el fenómeno de la globalización sometiéndola a las reglas de la gobernanza, haciéndola participativa y democrática, y por responsabilizar de esta tarea no sólo a los Estados, sino también a los agentes económicos y a los propios ciudadanos. En todo caso, el éxito en la lucha contra la pobreza depende también en gran medida de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y de la eficacia de las políticas de cooperación al desarrollo. Del primero de estos temas se ocupa José Luis Cascajo, quien, tras analizar su configuración en el ámbito español y europeo, reivindica los derechos sociales como derechos humanos derivados no sólo del valor de la solidaridad, sino también del propio desarrollo del principio democrático y afirma que, a pesar de los problemas existentes para su control judicial efectivo, se trata de conquistas irrenunciables e irreversibles. En su trabajo sobre el derecho al desarrollo Victoria Abellán concluye que, si bien no puede considerarse como un auténtico derecho humano, este concepto debe inspirar la promoción de los derechos en el ámbito nacional e internacional. Ello implica, entre otras cosas, que la cooperación internacional al desarrollo de los países subdesarrollados deba orientarse a lograr el pleno reconocimiento de todos los derechos humanos. Por su parte, Daniel Raventós se enfrenta a las críticas éticas, políticas y económicas que se proyectan sobre la propuesta de la Renta Básica Universal defendiendo su pertinencia y viabilidad como estrategia apropiada para lograr una mayor igualdad en la distribución de la riqueza, atenuar las desigualdades sociales y lograr la independencia y la libertad de los ciudadanos.

Los avances científicos y técnicos representan, de un lado, nuevas oportunidades para el ejercicio y disfrute de los derechos y, de otro, plantean nuevos interrogantes éticos y pueden suponer potenciales amenazas para la dignidad humana. En esta idea insisten los trabajos recogidos en la última parte del libro *Los derechos humanos hoy* dedicada a la temática «Nuevas tecnologías y derechos humanos». En este sentido, Antonio E. Pérez Luño subraya la radical ambivalencia de Internet que, ciertamente, puede multiplicar las agresiones a los derechos y degenerar en un control excesivo de la vida cívica,

³ Lógicamente el funcionamiento eficaz de estas comisiones depende de otros de los temas abordados en este libro, esto es, de la protección y acceso a los archivos de seguridad nacional.

pero también puede ser un canal para censurar las violaciones de los derechos y para promover una participación política más plena y efectiva en términos de ciberciudadanía. Según el autor, el que la Red sirva a uno u otro fin depende de la existencia de una ética ciberespacial, esto es, de una conciencia colectiva de respeto a las libertades y, por tanto, en última instancia, es responsabilidad de los propios ciudadanos. Comparten la anterior consideración en relación con la incidencia de las biotecnologías en los derechos humanos Marcelo Palacios Alonso y María Casado. El primero, tras enumerar los problemas y riesgos que pueden derivarse de la aplicación de las biotecnologías, considera que la bioética se presenta como un instrumento civil capaz de propiciar un uso racional y solidario de los avances científicos, respetuoso con los derechos fundamentales y al servicio de toda la humanidad. La segunda, centrándose en la cuestión de la clonación, insiste en la necesidad de diferenciar entre las diversas técnicas existentes y las finalidades perseguidas por estos procedimientos afirmando que, si se evalúan los riesgos, si se establecen los controles y si se ponderan adecuadamente los bienes en juego –teniendo siempre como referente los derechos humanos– la clonación puede ser éticamente aceptable en determinados supuestos. Andrew Dobson considera que en un mundo globalizado existen muchas oportunidades, entre ellas la representada por la cuestión medioambiental pero también por el comercio, de poner en práctica y creer en lo que el autor califica como un cosmopolitismo denso basado en la existencia de relaciones globales de responsabilidad causal que nos acercan a los extraños lejanos y generan obligaciones de hacer justicia.

El libro *Los derechos humanos hoy* incluye también la conferencia de clausura del *Congreso de Valladolid* pronunciada por Susan George quien, desde la consideración de que la garantía de los derechos humanos pasa por el establecimiento de un orden internacional justo, señala que sólo la alianza entre los activistas por la justicia global y los activistas por los derechos humanos puede imponer los derechos a las entidades no democráticas que detentan el poder internacional, y termina con unas *Conclusiones* elaboradas por David Bondía.

Pues bien, algunos de los acontecimientos transcurridos desde la celebración del *Congreso de Valladolid* –entre otros, la pasividad de los países desarrollados, preocupados de su crisis crediticia frente a la crisis de los alimentos, la aprobación de la llamada Directiva de la vergüenza, la permanencia de Guantánamo etc.– ponen de manifiesto la necesidad de continuar vigilantes y seguir luchando por la efectiva protección de los derechos. Una reflexión teórica comprometida y atenta a la práctica de los derechos, como la plasmada en este libro, puede aportar la fortaleza intelectual imprescindible para el éxito de esta lucha.

Patricia CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (ed.), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, 353 pp.

El panorama editorial de las Ciencias sociales de los últimos años viene marcado por un alud de publicaciones que traen causa del fenómeno que ya definitivamente se ha consensuado denominar «globalización». Como suele ocurrir cuando un nuevo objeto o fenómeno abre nuevos temas y cauces de investigación, la atención científica repentinamente volcada hacia lo que viene a considerarse el filón de turno resulta tan abundante como heterogénea en sus inquietudes, presupuestos y, en no pocas ocasiones, calidad. En este complejo contexto publicatorio, la aparición de nuevas obras que se suman a la ingente producción existente, tiende a ser recibida con cierta reserva y escepticismo por la academia. *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, obra colectiva editada por el profesor de la hispalense Alfonso de Julios Campuzano, constituye una *rara avis* editorial capaz de vencer este tipo de recelos por una pluralidad de razones que procurarán ser desarrolladas *infra*.

La obra trae causa inicial de las Jornadas Internacionales sobre Derecho y ciudadanía en la era de la globalización, celebradas en la Universidad de Sevilla en octubre de 2004. Los trabajos de los profesores extranjeros, así como la mayoría de los nacionales, fueron originalmente presentados y discutidos en tales jornadas, si bien fueron objeto de las debidas revisiones hasta llegar a la versión definitiva. El objetivo de tales jornadas venía a coincidir con una voluntad de colmación de ciertas lagunas académicas en el seno de la globalización sin tampoco obviar temas considerados ya nucleares. Se trata de un objetivo recogido expresamente en el prólogo del editor, que no vacila en señalar que en el seno de la reflexión iusfilosófica ha prevalecido una marcada tendencia a privilegiar el estudio de aquellas cuestiones de corte político-ideológico (articulaciones identitarias, derechos humanos, ciudadanía) situadas en la zona de intersección entre el derecho y la política. Ello habría provocado una grave elipsis de la reflexión técnico-jurídica *strictu sensu* (Teoría del ordenamiento jurídico) sobre la globalización.

El libro se articula, por tanto, sobre una diversidad temática que trata de compensar elusiones jurídico-teóricas, así como sobre una diversidad de autores españoles y extranjeros procedentes de distintas escuelas y tendencias de pensamiento. Ambas fuentes de pluralidad impiden, por un lado, un tratamiento exhaustivo de las cuestiones abordadas y los argumentos desarrollados, y desaconsejan, por otro, la contestación crítica de las tesis defendidas que precisarían de un marco mayor y diverso que el de la reseña bibliográfica. Se optará, en cambio, por tratar de delinear los grandes temas que articulan las secciones de la obra, comentar la finalidad y posturas esenciales de cada trabajo y procurar ofrecer un balance del conjunto.

El primero de los bloques, titulado «Constitución, ordenamiento jurídico y legitimidad» viene a incidir en aquellas cuestiones que se plantean la revisión de los postulados que actúan de soporte del ordenamiento en su conjunto, especialmente a nivel constitucional. El profesor W. Sadurski pretende llevar a cabo una desconexión conceptual bifásica entre las nociones de autoridad, legitimidad y deber de obediencia, defendiendo que la legitimidad debe considerarse siempre como anclaje central conectado ya con la autoridad, ya con el deber de obediencia, según la concepción que se maneje. Tal desconexión habilitaría, según el pensador polaco, a resolver determinadas

paradojas asociadas con los resultados de decisiones democráticas en marcos no meramente procedimentales. Centrándose aún más en el citado ámbito constitucional, Peces-Barba sintetiza las funciones clásicas y las novedosas de la Carta Magna descritas por Gomes Canotilho en tres funciones que identifica como de seguridad, de justicia y de legitimidad, centrándose en los aspectos más implementativos de su actual problemática; mientras que Luis María Cruz asume la tarea de analizar las críticas de Forsthoﬀ al neoconstitucionalismo centradas en poner en duda la compatibilidad de determinadas cláusulas sociales con la estructura constitucional del Estado de derecho. Culmina este bloque uno de los pocos trabajos dedicados específicamente al estudio del impacto de la globalización en la concepción iuspositivista del ordenamiento jurídico, debido al editor, el profesor Alfonso de Julios. Se trata de un denso estudio que propone la reivindicación de la legitimidad como clave central desde la que recuperar la racionalidad perdida en la producción y aplicación normativas.

El segundo bloque («Pluralismo jurídico y nuevas instancias de regulación») tiene por objeto el análisis de las sedes de producción jurídica en el contexto global. Se concitan aquí diversas problemáticas relacionadas con el contacto de fuentes normativas y de variadas y a veces novedosas instancias normativas no siempre jurídicamente establecidas ni contraladas. Así, J. E. Faria, pretende dotar de concreción al asumido lugar común de la pérdida de poder normativo por parte de los Estados en la economía globalizada, identificando ocho tendencias: el distanciamiento entre las concepciones temporales jurídico-procesales y las halladas en los procesos de toma de decisiones del mercado mundial; la implantación de las formas y nociones jurídicas anglosajonas de manera hegemónica; la reducción progresiva del nivel de coercibilidad del derecho positivo; la «reprivatización» del derecho público; la paulatina pérdida de fuerza del Derecho del trabajo; el cambio de paradigma en el contenido programático del Derecho Internacional; la aceleración regresiva en los derechos básicos, especialmente los de contenido social, y la transformación del Derecho penal mediante la proliferación y excesiva abstracción de los tipos. El profesor Twining, por su parte, lleva a cabo un replanteamiento de su modelo de difusión jurídica pergeñado a fines de los años cincuenta. Si el jurista inglés partía en aquella época de un modelo sencillo de importación colonial a la periferia de determinada norma, código o cuerpo doctrinal, la perspectiva actual le hace reconsiderar las propias asunciones subyacentes a tal modelo, que habría de ser sustituido por uno más complejo. Una fiel descripción de la difusión jurídica habría de reconocer la habitualidad de una pluralidad de fuentes de recepción, niveles de relación, objetos de la difusión, agentes implicados y vías adoptadas. Del mismo modo, habría que renunciar a una serie de asunciones consideradas hoy como dogmatismos desfasados, como la ausencia de cambios significativos en los trasplantes jurídicos. Finalmente, David Sánchez Rubio denuncia las utilidades torticeras de las instituciones y retórica de los derechos humanos en cuanto restringidas internacionalmente al ámbito estatal y coadyuvantes indirectas al fortalecimiento del mercado, propugnando una reorientación que tome como centro los recursos naturales y culturales protegidos y gestionados desde una pluralidad de niveles.

«Culturas jurídicas y globalización», tercer bloque de la obra, recoge las aportaciones de los profesores Wolkmar, Gessner, Patrick Glenn y Miguel Álvarez Ortega, orientadas hacia la tarea de arrojar luz sobre las tensiones existentes entre las tradiciones jurídicas y las nuevas instancias regulatorias.

Gessner comienza su estudio poniendo en cuestión la existencia de algo que cabalmente pudiera denominarse cultura jurídica global. En su lugar, habría que asumir que nos enfrentamos ante un complejo entramado de normas estatales, normas híbridas (estatales, de régimen, procedentes de actores globales) y normas de Ongs. Entiende el autor alemán, que el avance en la comprensión de la pugna entre estos regímenes y las tendencias uniformizadoras necesita partir de la distinción entre lo que denomina «normas de regulación» y «normas de soporte», señaladamente en lo que al derecho mercantil atañe. La supremacía jurídico-global de las normas comerciales, unida a la perspectiva sociológica que pretende atender a las finalidades de los productos normativos y a las actitudes desplegadas frente a ellos, justificarían este acercamiento. El objetivo del segundo trabajo de este bloque, debido a Patrick Glenn, pasa por replantear una noción nuclear al discurso de articulación jurídico-política contemporáneo como es el de «identidad». Su tesis central es que lo que constituye las identidades humanas es un conjunto de informaciones que, siendo contingentes, convierten la propia categoría en una realidad no necesaria. Ello no deja de tener importancia como acercamiento no ontológico a un debate polarizado y excesivamente visceral. Enlazando con tales reflexiones, el estudio que cierra el bloque pretende cuestionar el monopolio relativista en el tratamiento de la problemática indígena. Frente a las pretensiones de enfocar la situación de los pueblos indígenas como una cuestión identitaria precisante de instrumentos internacionales de reconocimiento, el autor opone la propuesta liberal del filósofo argentino Garzón Valdés, centrada en el principio de igualdad, el respeto a los derechos fundamentales y la no exclusión apresurada de proyectos políticos de inspiración federalista que, sea como fuere, no podrían considerarse exigencia ética básica e incondicionada.

La última parte de la obra está dedicada a «Multiculturalismo, ciudadanía y derechos humanos». Arranca con un estudio politológico del profesor británico Tim Dunne quien, partiendo de los casos de las intervenciones armadas en Kosovo e Irak, disecciona las líneas argumentativas que toman como modelo el realismo estatalista –centrado meramente en los intereses nacionales– y el internacionalismo –preocupado por los valores de justicia global–. Seguidamente, hallamos dos núcleos diferenciados: uno centrado en la noción y desarrollo conceptual de la ciudadanía y el otro volcado hacia problemas de legislación positiva en el amplio campo de la extranjería. En el primero de los núcleos, el profesor Pérez Luño emprende un enjundioso acercamiento histórico y sistemático a la noción de ciudadanía que le permite situar en sus justos términos el problema de su crisis (negación y fragmentación) en el seno de sociedades multiculturales. La propia apuesta del catedrático de la hispalense para superar las vicisitudes de la hora presente pasaría por la asunción de una ciudadanía multilateral o de varios niveles que permita diversos ámbitos y grados de vinculación y participación no excluyentes ni etnificados. Esta misma idea de pluralidad espacial (y rítmica) anima el estudio de los profesores Seco Martínez y Rodríguez Prieto, preocupados por las diversas erosiones a la ratio democrática detectadas en los diferentes espacios. Antonio Cárdenas Gutiérrez, por su parte, asumido el dato de la convivencia pluricultural plantea las vías éticamente aceptables de conformación de identidades capaces de formar individuos autónomos sin incurrir en innecesarios excesos homogeneizadores. En lo que atañe al segundo núcleo identificado en el seno de este bloque, indicar que éste desciende a las realidades del derecho positivo español de extranjería. Si la profesora Nuria Belloso

Martín lleva a cabo un detallado análisis del tratamiento del inmigrante en materia educativa, reivindicando la superación del binomio asimilacionismo-relativismo, el profesor Javier Guardiola García nos muestra en qué medida la regulación de los delitos contra la inmigración clandestina acaba por colocar en una situación de especial vulnerabilidad a las personas que se supone tutelan: los inmigrantes objeto de tráfico.

Hasta aquí la panorámica segmentada del contenido de la obra. Comentaba al comienzo de esta reseña que el objetivo de la publicación consistía en tratar de cubrir ciertas lagunas de corte jurídico sobre la globalización, sin obviar temáticas consolidadas relacionadas con los derechos humanos y la ciudadanía. Observada desde su propia perspectiva teleológica, la obra cumple sobradamente su objetivo. Es idea generalizada en el panorama teórico contemporáneo que el problema de la globalización puede reconducirse a la pérdida de control jurídico-político estatal frente a las denominadas fuerzas del mercado. Que este fenómeno no hace sino hacer más patente la necesidad de recuperación del citado control mediante nuevas instancias superadoras del marco de Westphalia es igualmente conocido lugar común del pensamiento liberal animado por el ideal de cosmópolis. El problema continúa siendo la identificación de complejas realidades y el diseño de los pasos intermedios que nos acerquen cabal y progresivamente a ese ideal. La conclusión general, no exenta probablemente de cierta dosis de paradoja, del conjunto de trabajos reseñados es que son precisamente los estudios técnico-jurídicos los que mejor coadyuvan a comprender el complicado entramado de la globalización y a comenzar a trabajar en la senda ilustrada universalista señalada. El escepticismo debe dejar paso al abierto interés científico ante la aparición de obras como estas en el panorama editorial en lengua castellana.

Miguel ÁLVAREZ ORTEGA
Universidad de Sevilla

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2007, 154 pp.

Vivimos una gran mutación social. Esto es lo que quiere capturar el término globalización, fórmula cómoda para referirse a la expansión mundial del mercado. Lo que no puede aceptarse son las adherencias ideológicas que pretenden que el mejor modo de ordenación social consiste en no interferir los flujos espontáneos del mercado, como si éste pudiera culminar la gran hazaña de liberarnos de la coacción y la discriminación. En esto coinciden los siete autores de este libro colectivo que goza de una encomiable ligazón interna pues todos ellos reconocen la polivalencia de lo que se designa como globalización, su heterogeneidad y pluridimensionalidad, a la par que concuerdan en el diagnóstico etiológico y aún en los remedios.

Este libro se ocupa de las transformaciones del derecho en el mundo actual. Con grandes dosis de oportunidad y clarividencia recoge reflexiones meditadas desde la perspectiva de la filosofía jurídica española que van fijando laboriosamente los pilares en que asentar el paradigma jurídico del futuro. El atrio de esta construcción conceptual lo presenta el editor al enmarcar este esfuerzo colectivo de coherencia argumentativa y lograr hacer en su artículo «Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho» un análisis imprescindible para orientarnos en el maremágnum de interpretaciones sobre la globalización.

La globalización constituye una clave explicativa de nuestro tiempo. El profesor Alfonso de Julios Campuzano acierta al señalar que la globalización es un conjunto poliédrico e incluso contradictorio de procesos económicos, políticos, sociales y culturales que además convergen con una ideología del capitalismo neoliberal. No hay sector de la vida social inmune a los efectos del imperialismo economicista, tampoco el Derecho. Ahora bien, reconocer la importancia del mercado no significa que haya razones para aceptar que tenga que dominar todos los ámbitos vitales. Necesitamos, pues, articular nuevos paradigmas de lo jurídico que respondan al espacio postnacional, asuman la incidencia de las tecnologías, la cambiante estructura político-jurídica o la tupida red de intereses transnacionales que escapan a todo control.

La multiplicación de las instancias productoras de derecho y el entramado de sus respectivos ámbitos de validez nos coloca ante una panorámica jurídica difusa que exige al Estado interactuar en plano de igualdad (e incluso de inferioridad) con agencias administrativas, corporaciones y redes regulatorias transgubernamentales descentralizadas que actúan con rapidez y flexibilidad. Esto provoca una especie de refeudalización de lo jurídico a causa de la fragmentación, descentralización y multiplicación de las esferas de producción normativa y surgimiento de un derecho informal y versátil. Este pluralismo jurídico global es en verdad parte constitutiva de las redes económicas globales si bien puede servir como modelo heurístico para comprender la proliferación de ámbitos u organizaciones que operan, unos basados en el mercado, otros en instancias políticas, otros derivados de convenios internacionales, todos ellos operando con morfología de red, sin tener siquiera la misma estructura ni verse igualmente afectados por las presiones económicas; oscila su posición jerárquica, actúan de manera sectorial y están en muchas ocasiones en conflicto.

Puede afirmarse, siguiendo en esto a Boaventura de Sousa Santos, que el pluralismo normativo hace aflorar una juridicidad sumergida e informal (en el

derecho global) que convive con otros órdenes normativos, con espacios compartidos y frecuentes intersecciones al modo en que se relacionaban las esferas normativas en el *ius commune* medieval. Santos distingue tres niveles con tres formas de derecho: local, estatal y global. Al actuar cada uno de estos niveles en distinta escala transmutan un mismo objeto empírico en un objeto jurídico distinto. Por ejemplo, un conflicto laboral opera en el nivel local a gran escala con plena dramatización, en cambio se difumina en el nivel nacional, mientras que a nivel global aparece a pequeña escala como una incidencia trivial. La interpenetración es tan estrecha que lo global es lo que condiciona lo local. De Sousa Santos ha distinguido seis formas normativas diferentes: el derecho doméstico (familia), el derecho de la producción (trabajo), el derecho del intercambio (una nueva *lex mercatoria* que pulveriza la seguridad jurídica), el derecho de la comunidad (identidades colectivas), el derecho territorial o estatal y el derecho sistémico (global). Este último es caracterizado como un derecho fuerte en retórica y violencia pero débil en burocracia; es el reverso de la juridicidad oficial internacional y suele combinarse con formas de derecho del intercambio en la articulación de la *lex mercatoria*.

El profesor de Julios Campuzano reconoce los méritos de Santos pero a partir de aquí se adhiere a la crítica tamizada por William Twining. Pues Santos tiene un concepto laxo de lo jurídico (cuerpo de procedimientos regularizados y patrones normativos que contribuye a la creación, prevención y resolución de litigios en un grupo social determinado articulado con la amenaza de la fuerza), tan amplio que puede banalizar el objeto de su indagación. Reconocer la quiebra del positivismo legalista estatal y el floreciente pluralismo no aboca inexorablemente a la disolución de la Ciencia del Derecho, como parece derivarse de las orientaciones posmodernas. Como Santos ha omitido pronunciarse sobre qué sea el derecho y cuál es el lugar que ocupa en el conjunto de las realidades humanas, adolece de un análisis ontológico de la realidad jurídica.

Concluye este primer trabajo el profesor De Julios recogiendo algunos elementos preocupantes que perturban la seguridad jurídica: opacidad en los procesos de gestación de las normas, y aún podrían haberse recordado el secreto del contenido de las normas (hay legislación europea cuasi-secreta sobre control de equipajes y pasajeros en aviones), como expresión rotunda de la desprotección de los ciudadanos en el ámbito transnacional; carencia de garantías jurisdiccionales; aparecen nuevos actores internacionales como las corporaciones transnacionales, que son francamente un novedoso artificio para escapar de cualquier responsabilidad puesto que tienen una organización reticular y descentralizada (cuya variedad de localizaciones geográficas diseminadas por todo el planeta imposibilita su control). En fin, todo ello hace quebrar la racionalidad formal propia de un Estado de Derecho y la racionalidad sustantiva que incorporaba el Estado Social, ya que se postergan en aras de la eficacia económica y el predominio de la racionalidad instrumental. Quiebran la unidad y la coherencia, los intereses privados transnacionales prevalecen sobre la política. Falta por abordar una dogmática jurídica universalista desde la perspectiva global e intentar con otra óptica pluralista recuperar la legitimidad del ordenamiento jurídico. De Julios es, no obstante, optimista en las posibilidades de la razón humana de imponer alguna orientación valorativa a la pura codicia mercantil e impulsar la cristalización de estructuras cosmopolitas.

Precisamente sobre las dificultades de realización global de los sistemas jurídicos constitucionales versa la intervención del profesor Luis Prieto San-

chís, quien sintetiza con su brillantez habitual la relación entre «Constitucionalismo y globalización». El significado del constitucionalismo de los derechos tiene un sentido histórico preciso de limitación externa del poder hecha desde o a partir del individuo. En el actual modelo de organización política que se viene construyendo desde mediados del siglo pasado se ha producido una rematerialización constitucional, esto es, las Constituciones no se limitan a contener procedimientos y estructurar la organización institucional sino que recogen valores, principios, derechos o garantías. Son por consiguiente Constituciones normativas y garantizadas, de rango supralegal y directamente exigibles a través de procedimientos jurisdiccionales. Lo relevante de todo constitucionalismo que lo sea en serio es imponer la limitación del poder a partir de un denso o vigoroso elenco de derechos fundamentales judicialmente garantizados, que puedan exigirse en los casos concretos.

Es cierto que el constitucionalismo ha embridado a los gobernantes e incluso ha llegado a acabar con el dogma de la soberanía estatal, pero ha sido incapaz de proyectarse en la esfera internacional. Sobre este contexto aparece la heterogénea fenomenología de la globalización, relevante sobre todo para los medios de comunicación e información, para el ámbito económico y desde luego para los millones de personas pobrísimas, carentes de derechos y de bienestar pero que hoy conocen mejor que nunca las desigualdades e injusticias que padecen. Prieto percibe que no se reducen las desigualdades, al contrario, hay mayor desamparo y menores derechos. Por eso dice que el constitucionalismo está siendo una herramienta demasiado débil para enfrentarse a algunas de las consecuencias más odiosas que propicia este tipo de globalización.

Constata las dificultades de realizar la «vieja utopía» de un Derecho cosmopolita y de afrontar el desafío de expandir universalmente los derechos: «¿Estamos dispuestos a compartir los derechos, en particular los derechos de naturaleza económica que suponen un reparto de bienes siempre escasos?» (p. 49).

Por último, admite la capacidad del Estado constitucional para integrar las distintas identidades culturales. Tiene interés reseñar que Prieto rechaza la hipocresía de la neutralidad axiológica liberal pues los valores de autonomía y dignidad son irremediamente sustantivos e imperativos. Las peculiaridades identitarias tienen el límite de la cláusula milliana y en el marco del Estado constitucional sólo son justificables otras limitaciones para proteger derechos fundamentales, no para promocionar cosmovisiones particulares.

Por su parte, el profesor Ignacio Ara Pinilla nos ofrece un profundo trabajo sobre «El significado de la solidaridad como valor fundante de los derechos humanos». Es evidente la necesaria reconfiguración de los derechos para hacer frente a las potenciales agresiones a la dignidad y autonomía de las personas que se avizoran con los apabullantes avances científicos y tecnológicos. A ello responde este nuevo estadio en la evolución de los derechos humanos o nueva generación de derechos, tal los derechos de solidaridad, para que puedan cumplir su función de aseguramiento y realización efectiva de las exigencias elementales del individuo.

El objetivo de Ara es superar la retórica huera de los discursos sobre la solidaridad y dilucidar las virtualidades de ésta como criterio de identificación de derechos, o más precisamente, como elemento de la determinación del contenido semántico inherente a la referencia a los derechos. Ello puede hacerse desde dos perspectivas fundamentales, objetivista y subjetivista, que nos explica minuciosamente. La primera solución postula que la cooperación

a la solidaridad constituye una regla jurídica objetiva que vincula a todos los miembros de la sociedad e impone tanto a los poderes como a los individuos el deber de actuar en interés general. La segunda propuesta, en cambio, reivindica la figura conceptual del derecho subjetivo, incardinando en ella los derechos humanos. En este caso el contenido de los derechos se legitimaría consensualmente, el contenido de su formulación positiva, no el de los derechos en sí, que tienen un fundamento moral irreductible al consenso social. Al respecto argumenta Ara que la remisión al consenso como criterio legitimador de los derechos humanos exige eliminar o reducir al máximo los condicionamientos materiales o culturales que perturban la libre formación y manifestación de las voluntades individuales. De ahí que pueda hablarse de democratización de las formulaciones de derechos en cuanto se reduzcan o desaparezcan estos condicionamientos. En esta perspectiva también los individuos, no solamente el Estado, tienen deberes específicos de contribuir a una sociedad más igualitaria y benéfica, pues no hay que olvidar que la dignidad se asienta en el bienestar.

El hecho de que los nuevos derechos o de última generación sean caracterizados desde la perspectiva subjetivista como derechos de solidaridad no proviene, según Ara, de su naturaleza especial sino de que hemos alcanzado cierto nivel en la realización de las acciones solidarias que llevan a la minoración de los condicionamientos que constriñen la voluntad del individuo; nivel al que se ha llegado en parte gracias a la mayor sensibilización de las conciencias ante los enormes desafíos científicos. En el fondo la solidaridad es un instrumento imprescindible para la plena realización de la libertad.

Aunque identificar los derechos plantea problemas diferentes que realizarlos efectivamente, avanzar en un terreno impulsa los avances en el otro. La mutua implicación de ambos planos debería conducir a una intensificación de los deberes de solidaridad, por más que se trate de deberes no exigibles. Con su puesta en práctica estaríamos devolviendo al individuo el protagonismo en la determinación de los atributos inherentes a su dignidad.

Obviamente persisten obstáculos para la realización de los derechos. Sobre ellos reflexiona también el profesor Benito de Castro Cid, precisando la relación entre «Derechos sociales y globalización». Tras delimitar con sumo rigor y detalle el sentido de los conceptos de derechos sociales y de globalización, se extiende sobre este último: terminología, origen, efectos, variedad de procesos, interpretaciones críticas u optimistas, causas y en particular efectos que la globalización tiene sobre los derechos sociales. Siempre existieron trabas de diversa índole para la realización de este tipo de derechos: falta de voluntad política y prepotencia de las multinacionales, déficit de protección jurídica, devaluación de estos derechos como principios rectores, dependencia excesiva de coyunturas socioeconómicas, escasez de recursos. Lo cierto es que la globalización magnifica esos lastres y es difícil hacer predicciones a largo plazo pues son posibles respuestas contradictorias.

Ya hemos destacado que la globalización es un fenómeno pluridimensional, hay varias globalizaciones para cuyo análisis debe procederse con neutralidad. Este propósito lo mantienen todos los articulistas del presente libro y el mismo profesor De Castro selecciona un concepto funcional para referirse al conjunto de dinamos profundos que nos están impulsando hacia una compleja interdependencia y homogeneización de los modos de vida. Con todo, se escora hacia la interpretación más benévola de una globalización que, según él, tiende a consolidar libertades y fortalecer los derechos humanos, mostrando como jalones la instauración de tribunales internacionales de

justicia, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana, o la consolidación de movimientos u organizaciones internacionales comprometidas con la defensa de derechos cuya mayor visibilidad, y probablemente mayor eficacia, es consecuencia de internet. A pesar de altibajos, los diferentes procesos de globalización tienden «a consolidar los caminos de la liberación individual y a facilitar la protección de los derechos sociales» (p. 106).

Sin perder la esperanza tampoco debemos obviar la constante erosión del imperio de la ley que está produciendo un determinado tipo de globalización. En ello se fija también Juan Ramón de Páramo Argüelles desde la perspectiva de la «Autonomía política y derechos en la sociedad global». No sólo es que las normas estatales sean impotentes para enfrentarse a las acciones globales sino que la actividad de las grandes corporaciones transnacionales ha ocasionado «la deslocalización y desagregación de responsabilidades jurídicas debido a la falta de transparencia y anonimato de sus actores», lo cual supone un «ataque frontal al Estado de derecho y a la configuración de la autonomía política» (p. 114). Decisiones que nos afectan a todos son tomadas al margen de los parlamentos nacionales por no se sabe muy bien qué organizaciones ni en defensa de qué intereses encubiertos. Lo expone el profesor De Páramo con una frase afortunada: las decisiones políticas emigran del espacio tradicional de la democracia. Acaso el último reducto sea el de la política social.

Es difícil ver cómo recuperar una ciudadanía activa que pueda recobrar la confianza en el control de su propio destino, desenvolverse en el ámbito global y contrapesar a esa nueva clase social globalizada que tanto se beneficia de la heterogeneidad normativa o de la ausencia clara de regulación; tampoco es sencillo hacer frente al localismo o, según dice De Páramo, regionalismo muchas veces etnicista y sin dudas anti-liberal.

Otro fenómeno endémico pero que ha incrementado exponencialmente la globalización es el de la corrupción, en sus formas comunes de soborno y extorsión. De ello se ocupa quien mejor ha investigado estas cuestiones, el profesor Jorge Malem Seña. En el artículo titulado «Comercio internacional, corrupción y derechos humanos» precisa el concepto, sus rasgos típicos, los participantes y sus efectos políticos, económicos, jurídicos y sociales. Los actos de corrupción son «aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber institucional o de incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extra institucional, cualquiera que sea su naturaleza» (p. 144). Especialmente afectan a la vigencia de los derechos humanos: así cuando se desvían cuantiosas partidas presupuestarias destinadas a financiar grandes obras de infraestructura, utilizando materiales de ínfima calidad, infringiendo los requisitos de seguridad pertinentes o falseando controles, de manera que indirectamente la corrupción atenta contra el derecho a la vida cuando, por ejemplo, se arruinen los edificios y causen víctimas; o los ataques a la salud ocasionados por emanaciones tóxicas de productos enterrados sin control en países subdesarrollados cuyas empresas aceptan sobornos de multinacionales; la deforestación salvaje destruye el medio ambiente sano que es interés fundamental de la humanidad preservar en el presente y para las generaciones venideras.

Muchas son las dificultades para atajar la corrupción, a veces falta un adecuado diseño institucional, una continuada voluntad política de erradicarla y firmeza moral. Hay varias medidas propuestas internacionalmente, la armonización legislativa es imprescindible, como lo son también fomentar la

transparencia, modificar la cultura empresarial del beneficio irrestricto, acabar con paraísos fiscales, modernizar al estado y mejorar la coordinación de los órganos encargados de perseguir la criminalidad. Aún mejorando estos mecanismos siempre serán insuficientes a no ser que eduquemos a las personas en la honestidad porque la corrupción es básicamente «un asunto moral». Por eso el mejor dique de contención, según Malem, estriba en la «educación moral», en lo que a mi juicio significa reforzar el entramado institucional con la recuperación de la virtud cívica que viene reivindicándose tenazmente desde el republicanismo cívico.

Hay asimismo en este enjundioso libro una colaboración del profesor de Derecho Administrativo de la universidad hispalense, Jesús Jordano Fraga, gran especialista en derecho ambiental que viene trabajando sobre responsabilidad por daños al medio ambiente y publicado varias monografías sobre el tema. Aquí se ocupa de lo que considera «Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible». Comenta varias sentencias recientes del Tribunal Constitucional español y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que van paulatinamente reconociendo la primacía del bien jurídico medio ambiente. Sin embargo la sentencias declarativas de los incumplimientos de los Estados tendrían que implicar la nulidad de los actos jurídicos de autorización y la reposición de la realidad alterada, lo cual es una propuesta valiente por la que aboga el profesor Jordano, de manera que la ejecución de las sentencias sea tarea del Tribunal de Justicia sin resquicios para la discrecionalidad estatal o de la Comisión europea.

En conjunto podemos afirmar que los autores de este libro logran deshacer ambigüedades e imprecisiones manteniendo firmes exigencias de rigor intelectual y con ello han conseguido afianzar nuestra confianza en las posibilidades de una globalización alternativa que se oriente hacia una realización más plena de los derechos humanos. Sin ninguna complacencia sino con realismo puede compatibilizarse el potencial transformador de la globalización con el potencial emancipador de la ilustración.

Luis Carlos AMEZÚA AMEZÚA
Universidad de Valladolid

DEL REAL ALCÁLÁ, J. Alberto, *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2007, 455 pp.

Lo primero que hay que comenzar diciendo es que el libro del Profesor J. Alberto del Real, titulado *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, constituye una importantísima aportación al debate sobre la nación, el nacionalismo y las identidades colectivas que, en la actualidad, se prodiga. En este sentido, ya algunos filósofos del Derecho españoles han tratado con anterioridad el tema de los derechos colectivos desde un punto de vista global, como núcleo de algunas de sus investigaciones, o de forma secundaria, éste es el caso de los Profesores Ansuátegui, Añón Roig, García Amado, García Añón, García Inda, López Calera, De Lucas, Peces-Barba, Pérez Luño y Torbisco; o han estudiado el fenómeno del nacionalismo en especial, por ejemplo, los Profesores X. Bastida Freixedo, Calsamiglia, Contreras Peláez, Lacasta Zabalza, Llano Alonso, Peces-Barba y Rodríguez Abascal. Sin embargo, hacía falta una investigación pormenorizada que abordara en profundidad esta cuestión.

Igualmente, es preciso subrayar que la trascendencia de la materia elegida se pone de relieve en la medida en que uno de los puntos principales de la trayectoria de los derechos humanos es la especificación progresiva de sus titulares –la mujer, los niños, los jóvenes, los mayores, los discapacitados, los presos, los clientes, los consumidores, los pacientes, etc.–. Desde tales coordenadas, las minorías nacionales que requieren derechos de autogobierno de forma permanente conforman una de las modalidades de los derechos grupales, pero ésta no es una opinión pacífica, ni en la forma de esgrimir su existencia, como constata el Profesor Del Real, ni en el reconocimiento de titularidad a determinados grupos, básicamente porque pueden plantear dilemas al individualismo moral, como evidencian Donnelly, Fernández García, Laporta, Narveson o Nino. Además, otros argumentos en contra son que el reconocimiento de los derechos colectivos es redundante puesto que implícitamente se reconocen sólo los de los miembros de la colectividad, que son inútiles para alcanzar los fines que quieren conseguir, que los costes o consecuencias no son aceptables y que su reconocimiento acarrearía efectos perversos¹. Pero el gran interrogante, a mi parecer, redundaría en si es posible hablar de derechos humanos. Las posiciones que dan una respuesta negativa intentan demostrar que esa humanidad se expresa exclusivamente en el individuo, evaluándose, muy a menudo, los daños que se podrían producir a los derechos individuales; y los que suscriben su viabilidad subrayan que la interdependencia de sus componentes llega a hacer que el grupo tenga identidad propia.

Pues bien, esta discusión entre los autores más radicales y los más moderados se abre en el entorno de una gama muy variada de tesis integradas en diversos modelos. Para llevar a cabo la investigación, el Profesor Del Real

¹ Cfr. GARCÍA INDA, A., *Materiales para una reflexión de los derechos colectivos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2001, pp. 124-141.

emplea los modelos de los intelectuales más representativos desde el siglo XVIII al primer tercio del XX, en concreto, desde 1762 hasta 1936, exponiendo sus postulados de forma clara y exhaustiva, a la vez que se establecen comparaciones entre los argumentos aducidos, llegando a conclusiones de gran valor al final de cada Capítulo. Con este objetivo, se intenta, y se consigue, superar el excesivo casuismo y reduccionismo que es típico de esta clase de reflexiones.

Primeramente, la idea que subyace a lo largo de todo el libro es la relevancia que adquiere cada una de las bases en las que se apoyan los modelos analizados, es decir, la relevancia de la Historia, la Sociedad civil y el Estado, las cuales se identifican con cada una de las épocas sirviendo para legitimar o invalidar las diferentes controversias. Y es, precisamente, esta distinción el criterio que estructura la obra, compuesta de cuatro Capítulos divididos en dos grandes partes: En la primera, se hace una introducción; y en la segunda, se efectúa una reconstrucción teórica de los modelos que se consideran más destacados. Por lo que se refiere a los Capítulos, el primero trata cuáles son los tres grandes debates intelectuales sobre el aspecto nacional durante el periodo citado y, a partir del segundo, se detallan los contenidos de los tipos denominados modelo *histórico-narrativo* (Capítulo segundo), modelo *societario* (Capítulo tercero) y modelo *estatal* (Capítulo cuarto), en dependencia del elemento fundamentador que sea preponderante.

Por otro lado, tal estructura tiene que ver también con los periodos de la historia que se han elegido como objeto de estudio y que se extienden a lo largo de ciento setenta y cinco años. El inicio del debate intelectual se sitúa en la obra de J. J. Rousseau, *El contrato social*, y el final en el pensamiento de F. Meinecke. Entre los dos extremos, existe un itinerario en Europa que es calificado de clásico por ser el que más se ha seguido y el que, aún hoy día, sigue vigente. Otro aspecto que creo que no se ha de pasar por alto es la articulación de los contenidos en función de la categoría metodológica, debiendo resaltarse que los modelos examinados cuyo ideal lógico consiste en alcanzar conceptos que poseen significado histórico son, aparte de clásicos, generales y amplios. Se trata, por tanto, de paradigmas explicativos que, metodológicamente, se sintetizan en: a) El método *narrativo*, que se aplica en el campo de la Teoría o Filosofía de la historia; y b) el método de los *tipos*, aplicado en el ámbito de la Teoría o la Filosofía social y en el de la Teoría del Estado.

Así pues, el tratamiento en puridad de la nación, la nacionalidad y las identidades nacionales se desarrolla a partir del Capítulo II, el cual analiza el debate de la cuestión desde la Teoría de la historia junto a la función legitimadora de una nación a través del elemento histórico, la función integradora de las lagunas de la historia de la nación y la función jurídico-política que defiende la tesis de los derechos históricos como derechos naturales del sujeto colectivo, materializada en la noción de *Volksgeist* o espíritu del pueblo.

De esta manera, se incide en que la perspectiva histórico-narrativa es la que inaugura el debate a efectos de la creación de los arquetipos clásicos, siendo la Revolución francesa el hecho originador de la primera gran discusión, la cual proclamó nación a Francia en 1789, destacando las aportaciones de la filosofía ilustrada, la teoría de la soberanía popular de J. J. Rousseau y la de Sieyès sobre el Tercer-Estado, e incluyéndose al nuevo sujeto colectivo en la Constitución de 1791. O en el caso de España, el comienzo se fija en el establecimiento de la nación española gracias a los liberales que la insertaron en la Constitución de 1812; en Alemania, ese estadio se sitúa bajo el ambien-

te intelectual filosófico-identitario creado por Herder y la ontología de lo alemán explorada por Fichte, la cual culminaría en la construcción de Hegel sobre la filosofía estatista-nacional y en la posición de Bismarck; y en Italia, se destaca la postura mantenida por Mazzini y Garibaldi. Pues bien, en todos los autores que, de un modo u otro, esgrimen este modelo se pone de manifiesto que la dimensión de la nación como un trabajo de elaboración intelectual indica que, para poder hacer historia de ella, se ha de emplear el método narrativo. Método que se centra en tres grandes tareas: la tarea de construir una nueva nación por medio de su legitimación histórica; la tarea de reconstruir una vieja nación mediante la relegitimación en la historia; y la tarea de deconstruir cualquiera de esas dos labores gracias a su impugnación histórica.

En el Capítulo III se examina el modelo *societario*, el cual se desarrolla, sobre todo, a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y se encauza hacia los vínculos sociales que definen una nación siendo susceptibles de crearla y fundamentarla. En este sentido, el Profesor Del Real delimita la primera controversia dentro del tipo social nacional de la Alemania de Bismarck y reflexiona sobre las filosofías sociales de Mancini, J. S. Mill, Lord Acton, Renan y Tönnies. Cada una reivindica una posición distinta, por ejemplo, se afirma que las de J. S. Mill, Lord Acton y Renan sustentan un liberalismo individualista que considera los vínculos sociales libres como el criterio definidor de lo nacional. Y que las tesis de Mancini y Tönnies tienen un carácter colectivista que se adecua al iusnaturalismo historicista, reconocedor de que hay elementos predeterminados que encierran en sí la fuerza legitimadora suficiente para poder crear una nación.

Desde las dos filosofías, el autor esquematiza el modelo societario con arreglo a cuatro grandes tipologías, a saber: *a)* La tipología sobre el principio de las nacionalidades simbolizada por las visiones étnica (Mancini) y liberal (J. S. Mill); *b)* la tipología de Lord Acton en la que se desglosa el tipo liberal-francés de nación frente al liberal-inglés; *c)* la tipología de Renan en la que aparece el tipo de nación obligatoria frente a la voluntaria, y *d)* la tipología de Tönnies en la que se explicita el tipo de nación contractualista frente al organicista. No obstante, la indagación no se queda ahí, sino que, por añadidura, se extraen las diversas vinculaciones que imperan. La visión liberal de la nación –se dice– acuña los prototipos de nación voluntaria, es decir, aquellos en los que la nación o su pertenencia se presentan como un hecho, o derecho, de libre elección que tiene como iniciador a Rousseau.

De otra parte, el Profesor Del Real hace hincapié en que, en este modelo, la metodología seguida es la de los tipos y no la de la narración. La forma que se emplea es la de la observación de cuestiones peculiares, proporcionando la construcción de arquetipos conceptuales desde los que se hace posible pensar y explicar lo relativo a la nación.

El Capítulo IV se ocupa de lo que ocurre durante el primer tercio del siglo XX y aborda la temática desde el Estado, enfatizándose que el precedente más significativo del nexo conceptual con lo nacional descansa en la categoría del *Gesellschaft* representada por Tönnies. La idea tönnesiana, que hunde sus raíces en Hobbes, evoluciona a partir de una crítica anticapitalista y antipositivista sobre el Estado moderno. En este marco se distinguen varias fases: La primera es la recepción periférica de lo nacional en la teoría del Estado (*Nationalstaat*), en la que las tipologías de la nación forman parte, indirectamente, de su teorización general. Aquí la constatación más loable consiste en que, merced a Gerber, Laband y Jellinek, se desenvuelve una

tradición formalista que desemboca en la teoría jurídico-formal kelseniana del Estado-nación. De modo, pues, que las dos vías en las que se ha configurado la nación en el Estado son la perspectiva social y la perspectiva jurídico-formal de este último; a la vez que existen dos orientaciones en el seno de su teoría social, ellas son la de la nación (cultural) subjetiva (que es la versión liberal de la nación cultural) contraria a la de la nación (cultural) objetiva (que constituye la versión obligatoria de nación).

Realmente, lo que se juzga es que, en la recepción dentro de la teoría jurídico-formal del Estado, que sería el paso posterior, hay una contraposición entre el pueblo jurídico (el pueblo como población del Estado) y el político (el pueblo como nación). Al final, y tras este largo recorrido, el acogimiento definitivo y nuclear se asegura que está condensado en los prototipos del estatismo nacional de Meinecke (1907-1936), muy condicionados por la expansión que adquiere el proceso de construcción nacional alemán, si bien los tipos doctrinales *Staatsnation* y *Kulturnation* se trazan en la teoría del Estado desde la visión social y general.

En este caso, como no podía ser de otra manera según lo expresado en la parte introductoria, el Profesor Del Real también realiza una conexión con la metodología empleada desde el modelo estatal. Por lo tanto, se buscan los elementos que son típicos en los fenómenos del Estado y las relaciones enlazadas, directamente, con la Teoría general del Estado. Campo en el que tiene un peso particular la teoría de Jellinek sobre los conceptos fundamentales, como tipos empíricos que son contruidos o inducidos gracias a la comparación, frente a los ideales de M. Weber, que son deducidos.

En suma, se llega a una serie de conclusiones, a saber: a) El *Volksgeist* o *Espíritu del pueblo* (el «aguijón hegeliano», como lo llama el autor) pervive en las teorías de Tönnies, Jellinek y Meinecke acerca del tema *nacional*, descansando en todas ellas el elemento sustancial en la *Kulturnation*, o sea, en la comunidad nacional de cultura que es su efecto; b) se constata que lo referente a lo estatal se impone como óptica más popular del tema nacional y que se encuentra hoy sobredimensionada; c) se verifica el triunfo actual del Estado nacional de impronta cultural frente a la derrota de la doctrina del *Staatsnation* que simbolizaría la visión estatista jurídico-formal, y d) se prueba la persistencia de los modelos intelectuales clásicos, sobre todo el estatista, frente a los tipos contemporáneos sintetizados en un panorama intelectual doctrinario que se compendia en la comprensión ideológica del asunto nacional desde la Historia de las ideas, la Filosofía política y la metodología causal-idealista (E. Kedourie, H. Kohn, C. Hayes, K. R. Minogue o I. Berlin), y en un enfoque estructural (en su dimensión sociocultural, socioeconómica, socioidentitaria –o del sentido de la pertenencia–), desde las teorías sociológicas de la estructura social, la antropología social y la metodología empírico-social (E. Gellner, K. Deutsch, B. Anderson, E. Hobsbawm, I. Wallerstein, E. Balibar, T. Nairn, M. Hroch, A. D. Smith, W. Connor, P. Brass, J. Plamenatz, J. Breully o J. Hutchinson). Fuera de estos aspectos, pero como gran colofón, se da cuenta de la impronta conservadora de Meinecke como constructor de la teoría sobre la nación, las nacionalidades y las identidades colectivas que coetáneamente son más acogidas en nuestras sociedades.

En definitiva, volviendo a mis primeras palabras, el libro recensionado merece la pena ser leído y estimarse como una excelente aportación a los derechos humanos, ya que su núcleo temático sigue estando vigente hoy día, siendo uno de los ámbitos que más problemas plantean en muchas de nuestras sociedades. Por consiguiente, es recomendable que, para sustentar o afrontar

tesis de esta índole, conozcamos los argumentos y los fundamentos esgrimidos que han tenido, y tienen, un mayor arraigo. Matizando más, en los tiempos que corren se aspira a la independencia y a la autodeterminación, los más radicales, o sólo se desea alguna autonomía política y el respeto al entorno cultural, los más moderados. Desde la primera óptica, la defensa se hace desde una teoría de los derechos de las minorías que se identifica con la justificación de las demandas aducidas. A título ilustrativo, Kymlicka critica las concepciones liberales universalistas porque no respetan a los grupos, y asevera que la igualdad precisa valorar la pertenencia a los colectivos nacionales. De ahí que los derechos individuales y el derecho a la ciudadanía no resuelvan los inconvenientes que se desprenden del multiculturalismo, quedando los derechos de las minorías desprotegidos. Principalmente, advierte que se debe distinguir el *patriotismo*, significativo del «sentimiento de lealtad a un Estado», de la *identidad nacional*, o «sentimiento de pertenencia a un grupo nacional».

Desde el segundo ángulo, lo que se quiere argüir es que haya instrumentos para satisfacer las diversas peticiones del reconocimiento de la estatalidad. Por ejemplo, MacCormick corrobora esta postura en la que el nacionalismo goza de entidad en el grado que la posee para los sujetos. En esta dimensión, sería una opción de los individuos requerida como un elemento de su identidad. Las argumentaciones se hacen en el plano de la igualdad de trato, teniendo en cuenta que la mayoría debe actuar respetando a las minorías².

Pero no sería justo terminar sin antes hacer hincapié en que, aparte de la actualidad del tema, la profundidad, precisión y nitidez con los que se lleva a cabo tan compleja investigación son encomiables, siendo muy atinadas las relaciones y conclusiones que se deducen. La posible objeción que, a mi juicio, se podría hacer es la no inclusión de un aparato crítico, pero ello queda rebatido desde un primer momento porque el Profesor Del Real deja claro que no pretende dar su opinión, como se infiere de las palabras de Talleyrand que emplea como encabezamiento de su trabajo —«Les ruego a ustedes, se percaten de que ni condeno ni apruebo: expongo»—, ni tiene como objetivo elaborar un enjuiciamiento de cada una de las teorías, sino que lo que desea es describirlas de forma exhaustiva y establecer vínculos y puentes de unión. Ahora bien, lo que sí se descubre, de forma vedada, es la convicción de que el discurso de estos derechos ha de verse reconocido como espacios de participación, sin transgredir los de naturaleza individual. Existe un pasaje dentro del Capítulo III que así lo reivindica al reconocer que, de todas las visiones seguidas, es la liberal la que brinda una mayor adecuación a la filosofía de la sociedad democrática y al Estado de Derecho, si bien hay partes que son problemáticas, por ejemplo, todo lo atinente al principio de unidad como algo predeterminado que puede eliminar las libertades individuales y las políticas (p. 300).

En consecuencia, tras la lectura del libro, parece obvia la necesidad de seguir proponiendo nuevas respuestas que superen los conflictos surgidos

² CALSAMIGLIA, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 110 ss.; KYMLICKA, W., «Las fuentes del nacionalismo: un comentario sobre Taylor», trad. de T. Fernández Aúz y B. Aguilar, en McKim, R. y McMahan, J. (comps.), *La moralidad del nacionalismo*, vol. I (*Orígenes, psicología y dilemas de parcialidad de los sentimientos nacionales*), Barcelona, Gedisa, 2003, p. 106; MACCORMICK, N.; *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía jurídica y política*, trad. de M. D. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 197 ss.

hasta ahora dentro del fomento de la tolerancia activa, característica de las sociedades libres y que se remite no sólo a la convivencia pacífica de formas de vida y de pensamiento que son diferentes, sino también a la asunción recíproca de las posiciones ajenas como si fueran propias. Ninguna de ellas debe ser excluyente ni debe creer que es mejor ni superior, aunque es posible que se justifique la elección de unas como mejores que otras, porque no cabe duda de que sin la tolerancia recíproca de las diferencias no es generable ni perdurable la democracia pluralista en la que sería factible incluir el tema de la nación, el nacionalismo y las identidades colectivas. Asimilada esta idea, los derechos humanos se deberían formular para que quedara la puerta abierta a diferentes condiciones de vida y proyectos sociales. De esta noción se colige una conclusión integradora que vincula un contenido normativo básico, es decir, la igualdad de derechos, con el reconocimiento y protección a la diferencia y a la existencia de ciertos derechos colectivos, aunque en última instancia se pueda aducir que sus titulares son los individuos³. No obstante, ésta es sólo una de las posibles propuestas que se pueden postular, quedando la puerta abierta para soluciones innovadoras o para la recreación de las ya existentes.

M.^a Isabel GARRIDO GÓMEZ
Universidad de Alcalá

³ Si bien en otro orden, cfr. la respuesta del universalismo moderado de HÖFFE, O., *Derecho intercultural*; trad. de R. Sevilla, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 134-140 y 184; o la mucho más radical de YOUNG, I. M., «Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship», en Philips, A. (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 402 ss.

FABRA, Pere, *Habermas: Lenguaje, razón y verdad. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, 397 pp.

Habermas, convertido ya en legendario patriarca de los ideales de la Ilustración, ha conseguido en nuestros días lo que pocos pensadores apenas intentan: elaborar un sistema filosófico completo y coherente, sobreponiéndose a las intempestivas nietzscheanas y a los juicios posmodernos. El pensador alemán, a sus ochenta años, sigue fiel al espíritu de la Ilustración, y ha luchado contra todos los críticos de ésta, incluidos aquellos como Adorno y Horkheimer, con los que mantiene un común tronco marxista.

El libro que comentamos rastrea las bases lingüísticas de la filosofía de Habermas, es decir, los cimientos analíticos sobre los que construye su filosofía teórica y práctica. La obra muestra cómo el autor recoge el giro lingüístico, asumiendo la filosofía analítica y adoptándola como base de un edificio que pretende comunicar fluidamente la epistemología y la moral. Precisamente, la robustez de la filosofía de Habermas radica en la fundamentación adecuada de su pensamiento, elaborada a través de capas superpuestas de filosofía analítica, teórica y práctica.

Como buen marxista, y como abanderado del pensamiento ilustrado, considera que toda su filosofía debe desembocar en una ladera práctica. En esto sigue a la más brillante tradición germánica que llega hasta la Escuela de Frankfurt, y que tiene en Habermas un genial continuador en nuestros días, precisamente por enlazar con Kant y con Hegel. Con Habermas, por tanto, se vuelve a Königsberg y se rehabilita la razón práctica, pero su discurso también se beneficia de una solidez articulada sobre la filosofía del lenguaje del siglo xx, de la que algunos predecesores frankfurtianos habían adolecido.

La tesis que se defiende en este libro de Pere Fabra –Licenciado en Filosofía y Doctor en Derecho– es la reivindicación de la filosofía del lenguaje como fundamento del pensamiento de Habermas, mediante una exposición y un examen crítico, a la luz de la consistencia global de las afirmaciones en el sistema de pensamiento del autor. Para Habermas, examinar las bases de la filosofía analítica permite comprobar qué columnas del edificio epistemológico no tienen suficiente solidez, y, por ello, subrayar las aporías y discontinuidades que dichas carencias imponen a las tesis de la razón práctica.

La presentación de una temática tan compleja se beneficia de una exposición nítida, que empieza con una presentación del proyecto de Habermas, que Pere Fabra traza –y así lo recalca en varias ocasiones– sólo para exponer con más claridad su tesis, y no como una síntesis del pensamiento habermasiano extrapolable a otros contextos. Después de este primer capítulo, en el que se informa con amplitud de miras de la filosofía del autor alemán –más incluso de la que el propio autor humildemente reconoce– se examina en el segundo la plasmación del proyecto de articulación de las bases filosófico-lingüísticas que dotan de solidez a la teoría de la acción comunicativa.

Una vez expuesta la importancia de la filosofía del lenguaje en el pensamiento de Habermas, en los capítulos siguientes, el autor presenta detalladamente los problemas de fusión de la tradición analítica wittgensteiniana con el intencionalismo, que en buena manera se opone a ella. Precisamente, por operar a la vez en un plano lingüístico-epistémico y epistémico-moral, el cognitivismo del filósofo tiene numerosas dificultades, que han criticado sin piedad sus muchos detractores. Pere Fabra en los capítulos IV a VI se mues-

tra bastante expositivo, y concluye alabando la intención del autor y lamentando las dificultades para ensamblar todo el sistema. En efecto, muchas veces las críticas que recibe Habermas son acertadas (como las de Wellmer y Cristina Lafont), y las respuestas que el pensador alemán esboza acaban excesivamente en puntos *quaestio facti*, meros reparos que no tratan el problema de raíz.

Pere Fabra se muestra muy receptivo con las críticas, por ejemplo de Cristina Lafont, y las expone y examina con mucho cuidado. Tanto uno como otro se muestran comprensivos con las reelaboraciones de Habermas, pero no por ello dejan de recriminar sus errores, propios de quienes intentan integrar –¿demasiadas?– tradiciones en un proyecto único. Desde el punto estrictamente analítico, Habermas intenta resolver a la vez problemas de semántica y de pragmática, y en buena medida esta confusión afecta al tan poliédrico concepto de entendimiento (*Verständigung*), base de la acción comunicativa.

Sólo lo expuesto hasta aquí bastaría para reconocer las virtudes del libro. Sin embargo, la tesis novedosa y constructiva del libro no es la argumentación de la necesidad del estudio de la filosofía analítica como base del pensamiento de Habermas, ni tan sólo la revisión –y plausibilidad– de las críticas del mismo, pues la idea de fondo es que Fabra considera que el propio Habermas, auxiliado por la pragmática normativa de Robert Brandom puede llegar a sobreponerse a los escrúpulos excesivamente semánticos que aún subyacen en su teoría, y abocarse definitivamente a la pragmática, hecho que puede conducirle finalmente a la razón práctica, última estación del discurso habermasiano.

Gracias a la ayuda prestada por Brandom, Habermas podría desvincular significado y validez, y reconstruir un cognitivismo más escorado hacia la pragmática que, libre de ciertos esquemas característicos de la tradición continental, posibilitaría un *giro pragmático* hacia la filosofía jurídica, moral y política.

Al fin y al cabo, el interés de Habermas no es el lenguaje en sí, sino las condiciones de validez del lenguaje en el marco de la acción comunicativa, una meta eminentemente práctica. Habermas, por otra parte, debe demasiado a Kant, y en ciertos momentos le cuesta renunciar a algunas de las ideas más importantes de éste. Las condiciones de posibilidad de un diálogo en la democracia, tal vez pidan un divorcio entre el significado y la verdad, pues ésta –según Habermas– sólo puede hallarse mediante un diálogo válido. La vía pragmática ayuda, sin duda, a reconsiderar los usos del lenguaje, y a renunciar al conocimiento de la verdad de cuño platónico, para lograr una verdad consensual. También muestra excesivo apego a la tradición filosófica al intentar una división estricta entre semántica y pragmática. Por contra, el pensamiento de Brandom abre la posibilidad de una pragmática de carácter normativo, que tal vez mejora y clarifica la exposición habermasiana, que se reconstruye en el capítulo IX.

En este último, Fabra se pregunta cómo puede extenderse la teoría lingüística de la racionalidad comunicativa a los problemas epistemológicos de la verdad y de la corrección normativa, que se entienden kantianamente como dos formas de validez del discurso, referidas, respectivamente, al mundo objetivo y al mundo social. De esta forma podemos llegar a la ética, a la política y al derecho, y preguntarnos por las condiciones de posibilidad de la corrección normativa, y por los problemas de verdad y de justificación.

Fabra expone cómo Habermas se ve obligado a *deseπισtemologizar* la verdad porque es todavía víctima de unas categorías clásicas que, pese a

haber renunciado a ellas en su programa filosófico, siguen pesando en su manera de comprender el mundo. Las últimas páginas son una defensa de la interpretación epistémica de la corrección normativa, en la que se intenta mejorar y completar *habermasianamente* el proyecto de Habermas.

Estas son algunas de las ideas importantes que contiene el libro, que hemos hilvanado, aun conscientes de que quedan muchos temas y muchas conexiones que no hemos mentado. Al fin y al cabo estas líneas sólo pretenden avivar el deseo del lector para aproximarse al libro de Pere Fabra, cuyo propósito es tan ambicioso como bien pensado y expuesto.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universidad Pompeu Fabra

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel,
La teoría del derecho en el paradigma constitucional, Fundación
Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, 216 pp.

El «Coloquio jurídico europeo» ha publicado las ponencias que en su día impartió el profesor Luigi Ferrajoli en la sede del Colegio de Registradores de Madrid, así como también las contraponencias, que corrieron a cargo de los catedráticos José Juan Moreso y Manuel Atienza.

En su debate salen a colación dos de los temas más relevantes en el pensamiento jurídico contemporáneo, por no decir –directamente– los dos temas más novedosos y descolantes en la actualidad. El primero sería el tránsito a la teoría del derecho constitucional, como nuevo paradigma jurídico-político. El segundo, el abandono del positivismo, para situarse en un punto indefinido –dicho en palabras de M. Atienza– «más allá del positivismo», sin entrar directamente en el iusnaturalismo.

Sin duda, el derecho constitucional es, en el tránsito entre los siglos xx y xxi, lo que fue el derecho civil en el xix. Estamos ya situados en el paradigma constitucional, cuyas vertientes son muy distintas en cada país, pero que paulatinamente va incorporando su influencia en todos los órdenes jurídicos. Cada vez más, el derecho constitucional abandona el carácter programático y busca una plasmación positiva de los preceptos que se contienen en las Cartas Magnas. De aquí, precisamente, surge el gran problema de articulación entre un constitucionalismo positivizante y de un positivismo que quiere abandonar las doctrinas de Kelsen y Hart en busca de los rasgos morales que se encuentran en las Constituciones, y que el positivismo clásico (el «paleo-positivismo» que comenta Atienza) no puede identificar.

Estos ejes que acabamos de comentar permiten entender mejor el diálogo entre Ferrajoli, Moreso y Atienza. El primero está entregado a la construcción de una teoría del derecho que no puede ser calificada cómodamente como «positivista», aunque el profesor italiano se arroge ese título; J. J. Moreso, defensor del «positivismo incluyente», intenta reconducir la construcción semántico-formal de Ferrajoli hacia un neoconstitucionalismo que adopte la identificación de reglas y principios, de suerte que puedan aprehenderse en su justo valor los preceptos; y M. Atienza quiere abandonar el positivismo jurídico, presentado como forma *demodé* que no puede explicar adecuadamente todos los aspectos de la teoría del derecho.

La estructura del coloquio se dispone de la siguiente forma: los dos trabajos de Ferrajoli son contestados, respectivamente, por Moreso y Atienza, y, finalmente, el profesor italiano tiene derecho a la contrarréplica para concluir el acto.

El primer trabajo de Ferrajoli es una presentación de su propia teoría del derecho, articulada en tres grandes niveles semánticos, en estrecho paralelismo con la tripartición de Morris: la dogmática jurídica, entendida como «la interpretación empírica que resulta del análisis de las normas jurídicas», la sociología del derecho, que es «la interpretación empírica que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas» y la filosofía política, que es «la interpretación axiológica expresada por la valoración y la proyección del derecho».

En este sentido, para Ferrajoli, la teoría del derecho engloba todas las disciplinas que se dedican a la reflexión jurídica, bien sea desde el prisma sociológico, filosófico o desde el análisis mismo de las normas jurídicas. La

concepción de Ferrajoli –de forma clara en *Principia iuris*– pone especial énfasis en la supremacía epistemológica de la teoría del derecho como explicación de todos los fenómenos semánticos relacionados con él: el Estado, la política empírica, la «ciencia política»...

De ahí que no sea especialmente complicado el tránsito que Ferrajoli hace en el segundo texto hacia una teoría de la democracia constitucional, basada en la protección de los derechos fundamentales. Dado que a Ferrajoli le interesa fundamentalmente el problema de las garantías, critica a quienes defienden una concepción puramente formal de la democracia. Para él, la democracia, si no quiere caer en el puro formalismo y procedimentalismo, debe pensar los límites de la soberanía. En este sentido, Ferrajoli matiza la rivalidad teórica del paradigma de la soberanía y la del derecho –*expuestos en Derechos y Garantías. La ley del más débil*– mediante la valoración de la «soberanía popular», escorada hacia el significado que tiene en la democracia constitucional. Esta «soberanía popular» es lo que permite que las garantías constitucionales de los derechos fundamentales sean, a su vez, garantías de la democracia misma como expresión de la «soberanía popular».

Suele decirse, sigue Ferrajoli, que una de las máximas garantías de una Constitución es su rigidez. El profesor italiano contraargumenta explicando que la rigidez es un rasgo de una Constitución, que no es intrínsecamente garante, si no se utiliza para proteger a las generaciones futuras. El autor se refiere a las garantías constitucionales negativas, que consisten en la prohibición de derogar, así como también a las garantías positivas, que constituyen la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen. Según Ferrajoli, si se sigue este itinerario teórico, se puede construir una teoría del derecho en el actual paradigma constitucional, que defienda los derechos fundamentales y las libertades públicas, limitando al máximo el arbitrio de la ley, y las lagunas y vaguedades técnicas en la elaboración de las normas jurídicas. Asimismo, Ferrajoli, para concluir, recuerda que aquellos derechos que no tienen ningún garante no pueden ser considerados como tales.

José Juan Moreso, en su comentario, detalla algunas aporías que observa en el discurso de Ferrajoli, fundamentalmente referidas a la cuestión de la validez, en relación con la vigencia y la justicia. El sistema de Ferrajoli es, a los ojos del profesor catalán, excesivamente cerrado en sí mismo, y propone, para articular algunas soluciones a los problemas de teoría del derecho, un recurso a la filosofía moral y política.

La intervención del profesor Moreso es una invitación a Ferrajoli para que adopte ciertas ideas del «positivismo incluyente». Resulta curiosa la lectura conjunta de ambos filósofos: Ferrajoli quiere que su sistema sea «positivista» en un sentido estricto –entendiéndolo con Hart– mientras que Moreso –a la sazón positivista «hartiano»– intenta reconducirlo hacia la moral. Para éste, la identificación del derecho sólo puede hacerse en estrecha conexión con la moral. Los argumentos aducidos por Moreso están muy cerca de Waluchow –y también de Dworkin– y pasan por atribuir a Ferrajoli un escepticismo en materia moral, que priva a su teoría de una apertura hacia la ética y la política.

Manuel Atienza se muestra, quizás, aún más crítico en su comentario del segundo trabajo. Para el profesor de Alicante, existen, siguiendo de cerca las críticas de Moreso, dos tipos de aproximación al constitucionalismo: la primera, la del positivismo –digamos– «excluyente», representada, entre otros por Ferrajoli, y la del positivismo «incluyente» o directamente no positivista, como la de Alexy, Habermas, Dworkin o C. S. Nino. Para Atienza resulta

claro que para el historicismo de Ferrajoli no es suficiente para dar solidez a su propuesta jurídica. La apertura hacia la moralidad es lo que propugna Atienza, citando el artículo conjunto que escribió con Juan Ruiz Manero: «Dejemos atrás el positivismo jurídico» en *El positivismo, jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Atienza, modo grosso, concluye con una crítica al positivismo jurídico y con una invitación para que el derecho se abra a la moral. Para Atienza los derechos fundamentales no son reglas, sino principios. El profesor de Alicante cree que la estructura de los derechos fundamentales como si fueran reglas jurídicas es excesivamente rígida y apremiante; la consideración de los derechos fundamentales como principios permite articular un planteamiento más sólido en cuanto a la ponderación de los mismos, en caso de colisión.

En su contrarréplica, Ferrajoli expone que su teoría del derecho integra la moral en un sistema que tiene mayor capacidad explicativa que otros. Ferrajoli subsume la moral y la política en una teoría general del derecho que se reconoce garantista e historicista. Al final, Ferrajoli establece dos puntos de vista sobre el derecho: el externo, que reconoce el aspecto historicista, mejorable y siempre imperfecto de la coyuntura política que cristaliza en derecho y, por otra parte, el interno, el prisma que permite que el derecho sea una fuente de exigencias legales y de garantías para el ciudadano. La Constitución es una muestra paradigmática de ese doble enfoque: un texto que responde a unas necesidades y a la coyuntura de un momento histórico, pero que a su vez puede convertirse en un arma para defender los derechos y las libertades públicas.

En definitiva, las ponencias y contraponencias expresan el «paradigma» de la discusión actual en el campo de la filosofía jurídica y política. La crisis del positivismo, el neoconstitucionalismo, el debate entre el derecho y la moral, y la articulación de las diferentes propuestas constituyen los grandes temas de estos últimos lustros.

No podemos acabar sin referirnos al texto introductorio de los editores –Ricardo García Manrique y Gerardo Pisarello– que resume con claridad las ideas centrales del libro. Su lectura ayuda al público menos familiarizado con los autores a contextualizar las paredes maestras de la discusión. En suma, una excelente publicación.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universidad Pompeu Fabra

GALIANA SAURA, Ángeles, *La Ley: entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 358 pp.

¿Por qué no se aplican algunas normas?, ¿cómo influye el proceso de elaboración en la calidad de las normas?, ¿cómo racionalizar el sistema legislativo?, ¿cómo hacer normas más eficaces, más efectivas? En definitiva, ¿cómo hacer mejores leyes? Estas son algunas de las principales preguntas que Ángeles Galiana aborda en las 358 páginas de su nuevo libro, *La Ley: entre la razón y la experimentación*, publicado por la editorial valenciana Tirant lo Blanch este año en su colección de monografías.

La Ley: entre la razón y la experimentación está dividido en cuatro grandes capítulos: «La Metodica de la Legislación como disciplina científica»; «La factibilidad normativa»; «Valoración normativa del proyecto legislativo: eficacia, efectividad, eficiencia» y «La evaluación normativa». A efectos de contenido, se puede considerar el estudio en dos partes: una primera, que abarca el primer capítulo, dedicada a determinar el ámbito de estudio y su problemática, y una segunda, que incluye a los tres capítulos restantes, donde se discuten diversos métodos para mejorar la calidad de las leyes.

En el primer bloque, Galiana ofrece un marco conceptual para su investigación y trata de describir y acotar el objeto de la misma. La Ciencia Jurídica y la Teoría del Derecho se han ocupado, sobre todo, del Derecho desde el momento de su promulgación. El proceso de creación de las normas ha sido tradicionalmente coto de la filosofía y la ciencia política¹. Cómo es sabido, la Ciencia de la Legislación se dedica al análisis de la forma y el contenido de las normas, del proceso que va desde las demandas sociales hasta la puesta en acción de la norma. El objetivo, claro, es facilitar criterios y directrices que permitan hacer mejores leyes.

La preocupación por la calidad de las leyes data de antiguo y, como nos cuenta Virgilio Zapatero, ha sido tema de trabajo de autores tan relevantes como Austin, Bentham, Montesquieu, Rousseau, Beccaría, etc.² Sin embargo, la disciplina aparece como tal por primera vez en un libro homónimo de Gaetano Filangieri, en 1784³. No en vano Galiana extrae buena parte de su bibliografía de la escuela jurídica italiana. Tras unos años en el olvido, el interés por los estudios de la legislación resurge, según Zapatero, a partir de los años 70, especialmente con los trabajos de Peter Noll y diversas iniciativas institucionales en toda Europa⁴. Estas aproximaciones se centran fundamentalmente en la mejora técnica de las leyes, lo que Bentham llamó nomografía⁵. En este

¹ Esta idea aparece ya en la clasificación de J. Austin entre Ciencia de la Legislación y Jurisprudencia. Según este autor, la ciencia de la legislación es una disciplina normativa cuyo objeto es el «deber ser» de la norma, tarea que corresponde a filósofos y políticos. Véase Austin, J. *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Madrid, CEC, 1981.

² ZAPATERO, V., «De la jurisprudencia a la legislación» *DOXA*, núm. 15-16, vol. II, 1994, p. 771.

³ FILANGIERI, G., *La Scienza della Legislazione*, Milán, 1784. Edición española de 1788, traducción de Jaime Rubio.

⁴ ZAPATERO, V., De la jurisprudencia, *cit.* pp. 774-775. Zapatero cita en particular la obra de NOLL, P. *Gesetzsgelunglehre*, Hamburgo, Rowohlt, 1973.

⁵ Jeremy Bentham tituló *Nomography* un ensayo sobre el arte de escribir las leyes. BENTHAM, J., «Nomography, or the Art of Inditing Laws», en Brwring, J. (ed.)

sentido, la teoría ha llegado a la práctica y hoy existen multitud de guías y reglas en las Administraciones con competencias en legislación sobre cómo elaborar las leyes para asegurar su calidad⁶.

El enfoque de Ángeles Galiana va más allá de la técnica legislativa y se centra en la rama conocida como Metódica. De hecho, dedica buena parte del primer capítulo de este libro a determinar el ámbito de esta disciplina y su importancia para el estudio de las normas. La Metódica completa el estudio técnico de la elaboración de las leyes aportando una visión dinámica que comprende el estudio del proceso legislativo interno. Es decir, incluye el análisis de los fines de las normas, sus efectos o los intereses a los que responden. El problema de la legislación se convierte así, según Galiana, sobre todo en un problema político.

Estas notas iniciales, que sustentan todo su análisis, parten de la construcción que la autora hace de la crisis de legislación⁷. Galiana entiende la crisis de legislación como una «degradación de los niveles de calidad de la producción normativa como consecuencia, básicamente, del incremento masivo de normas y de la actuación cada vez más acelerada del legislador»⁸. Esta degradación formal y material de la norma afecta a los bienes jurídicos y se traduce en inaplicación o aplicación deficiente, arbitrariedad o pérdida de seguridad jurídica. El ejemplo que cité al comienzo es ilustrativo de este tipo de problemas, un caso claro de derecho penal simbólico que introduce inestabilidad en el sistema legal.

A juicio de la autora, las causas de pérdida de calidad de las normas no sólo debe buscarse en las condiciones técnicas de la propia norma, en el lenguaje o la lógica, sino que sobre todo es el resultado de un particular sistema político, el del Estado Social y de Derecho. Una sociedad cada vez más compleja y un Estado cada vez más intervencionista urgen más y más rápida regulación. La norma depende de la voluntad política y refleja las tensiones de la política. Por ello, es imprescindible completar el análisis técnico de la legislación con un análisis del proceso de toma de decisiones políticas en que esta se basa: «El problema legislativo no es exclusivamente una cuestión técnica sino, y básicamente, una cuestión política, que se plantea en el momento en que surge la idea de elaborar una nueva norma, y que abarca fundamentalmente todo el proceso decisional»⁹.

The Works of Jeremy Bentham, Edimburgo, William Tait, vol. III, 1843, pp. 231-238. Versión en español: *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁶ Un buen ejemplo es la «Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión: dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en las instituciones comunitarias», Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2003. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/techleg/index.htm> (sitio visitado en agosto de 2008). En España podemos citar el reciente Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las «Directrices de técnica normativa», Madrid, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2005. Disponible en www.boe.es/boe/dias/2005-07-29/pdfs/A26878-26890.pdf, sitio visitado en agosto de 2008.

⁷ La crisis de la ley, del Derecho o de la legislación ha sido un tema muy debatido en los últimos tiempos y alude a la serie de factores de cambio político, jurídico y social que afectan a la concepción clásica de la ley. Véase por ejemplo HIERRO, L., «El imperio de la ley y la crisis de la ley», *DOXA*, núm. 19, 1996, pp. 287 ss.

⁸ GALIANA, A., *La Ley: entre la razón*, cit., p. 19.

⁹ *Ibidem*, p. 27.

La autora no entra a discutir en profundidad las implicaciones para la teoría del derecho de este planteamiento. A ello dedicó en buena parte su primer libro, *La legislación en el Estado de derecho*¹⁰, donde analizó en detalle las causas de la crisis de la legislación y los cambios que supone a su juicio para la concepción de la ley y del Derecho. A este respecto, cabe señalar que se trata de una cuestión controvertida, la existencia o el alcance de la llamada crisis de la ley no es pacífica. Algunos autores, como Liborio Hierro, han sostenido que la crisis de la ley no afecta a la noción de ley ni a valores presupuestos como el de igualdad. «No creo en la crisis de la ley o creo que la ley siempre ha estado en crisis, lo que para el caso es lo mismo», escribe el profesor Hierro, «(...) si esto es cierto, resulta difícil encontrar algo nuevo en lo que hoy se ha puesto de moda como “crisis de la ley”...»¹¹ Según este autor «(...) bajo el rótulo “crisis de la ley” se encierra más bien la crisis de un cierto concepto de ley que la crisis de la institución misma de la legislación»¹².

Más allá de la relevancia de este debate para alguna de las ideas que sostiene Galiana, sobre todo en su citado primer libro, parece que no afecta, en lo sustancial, al principal postulado de la Metodica y punto de partida del libro aquí comentado. Discutir el alcance o la relevancia teórica de la llamada crisis de la ley no implica negar la deficiencia de las normas, ni reconocer la posibilidad de mejorarlas mediante métodos de optimización y racionalización. El objetivo aquí no es elaborar una teoría de la legislación, sino analizar y perfeccionar el proceso de toma de decisiones legislativas.

La Metodica, en este punto, parte de las teorías sobre la toma de decisiones de las ciencias sociales, incluyendo las teorías de la negociación o las teorías de juegos. Un estudio así planteado requiere una aproximación multidisciplinar y Galiana hace mucho énfasis en ello. Siguiendo en buena medida a Atienza¹³, la profesora Galiana sostiene que es necesario que distintas disciplinas se impliquen en el estudio de la creación del derecho y contribuyan a mejorar su racionalidad. La obra, por tanto, se plantea como un proyecto de optimización de las decisiones legislativas como respuesta a la crisis de la ley.

La vocación práctica de la obra queda reflejada ya desde el primer capítulo, donde la autora introduce propuestas concretas que permitirían, a su juicio, mejorar la calidad de las normas. Partiendo de su análisis de la crisis de legislación, Galiana justifica la necesidad de incrementar la capacidad técnica de la Administración, dotando a los Ministerios, verdaderos responsables de la elaboración de las leyes, de expertos en nomografía¹⁴. La autora propone incluso un Instituto de Legística que centralice la revisión de los proyectos normativos, al modo del *Office of Parliamentary Counsel* que existe en el Reino Unido desde 1869¹⁵.

Una segunda cuestión que se deriva de la creación del derecho como proceso decisional, y a la que Galiana dedica la segunda parte de su primer capí-

¹⁰ GALIANA, A., *La legislación en el Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.

¹¹ HIERRO, L., «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley», *DOXA* núm. 26, 2003, p. 450.

¹² *Ibidem*, p. 471.

¹³ Véase por ejemplo ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.

¹⁴ GALIANA, A., *La Ley: entre la razón*, cit., pp. 68-70.

¹⁵ *Ibidem*, p. 69.

tulo, es la de la racionalidad de la decisión legislativa. Como señala Gema Marcilla, la inquietud por la legislación racional no es nueva, sino que se remonta al iusnaturalismo racionalista del siglo xvii y su proyecto de codificación de leyes ideales¹⁶. Sin embargo, la revolución antiformalista en la teoría del derecho que ha llevado al desarrollo de las teorías de la argumentación no ha tenido impacto en los estudios sobre la legislación¹⁷. A este respecto Manuel Atienza es quien más ha insistido entre nosotros en la necesidad de ampliar las teorías de la argumentación para abarcar también el proceso legislativo. De la misma manera que las ciencias jurídicas se han ocupado de cómo aportar racionalidad a las decisiones jurisdiccionales, a los actos de aplicación de las leyes, es posible, sostiene este autor, desarrollar modos de racionalizar las decisiones del legislador¹⁸.

Galiana sigue el programa planteado por Manuel Atienza y considera que «La racionalidad legislativa tendrá como objeto y por función mejorar los fundamentos de la decisión legislativa»¹⁹. La autora tampoco en este punto se adentra en las cuestiones teóricas que suscita la racionalidad del derecho sino que se limita a señalar la utilidad de los planteamientos más desarrollados en este ámbito. Para Ángeles Galiana el problema de la legislación no es tanto formal como material. Desde su punto de vista, la dificultad principal es que las normas no cumplen los objetivos fijados, no satisfacer las necesidades a las que tratan de responder. Esta configuración de la ley como instrumento orientado hacia unos fines es una cuestión de racionalidad práctica, que además entronca con una formulación más amplia de la idea de validez, propia de los Estados constitucionales. En consecuencia, la racionalidad legislativa supone una combinación de la racionalidad formal o procedimental, propia del Estado de derecho, con una racionalidad práctica o teleológica. Para Galiana, la mejor propuesta teórica que combina estas dos necesidades es lo que llama la «racionalidad discursiva», que sigue los planteamientos de Alexy y Habermas²⁰.

Sobre estas cuestiones se asienta la estructura teórica del análisis de Galiana. El proceso de creación normativa puede ser entendido como un conjunto de decisiones de carácter político y puede ser racionalizado con ayuda de diferentes mecanismos que se derivan, en última instancia, de la aplicación de las teorías discursivas de la argumentación. Planteada la tarea y su finalidad y expuesto el marco teórico, la autora se centra en los mecanismos que facilitan la toma de las mejores decisiones legislativas. A ello dedica el resto del libro.

El segundo bloque de la obra comprende, como ya dije, los tres capítulos restantes y se dedica a exponer los métodos necesarios para optimizar o

¹⁶ MARCILLA, G., «Sobre “Contribución a una teoría de la legislación” de Manuel Atienza», *ISONOMÍA* núm. 11 1999, p. 178. Véase también, de la misma autora, «Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional», *Anuario de filosofía del derecho XXII*, 2004, pp. 337-352.

¹⁷ Sobre las teorías de la argumentación jurídica véase ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1991.

¹⁸ ATIENZA, M., *Contribución, cit, passim*.

¹⁹ GALIANA, A., *La Ley: entre la razón, cit.*, p. 109.

²⁰ GALIANA, A., *La Ley: entre la razón, cit.*, pp. 120-154. En particular, Galiana sigue las teorías expuestas en ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, CEC, 1989 y HABERMAS, J. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

racionalizar la creación normativa, es decir, para mejorar la calidad de las leyes. Estos métodos se concretan en diversos tipos de análisis o estudios de las normas, sus efectos y su aplicación. En palabras de la autora: «Considero que sí es posible, y además oportuno y garantizador de una mayor seguridad jurídica, el hecho que se intente racionalizar todo el proceso de toma de decisiones legislativas mediante la ayuda de diferentes mecanismos, como pueden ser los análisis de factibilidad, de eficiencia, de efectividad y de eficacia, y los sistemas de evaluación legislativa»²¹.

Antes de elaborar la norma debe realizarse una labor jurídica que permita clarificar la tarea discursiva de los políticos y facilitar la decisión. Lo que Galiana llama análisis de factibilidad comprende un estudio de la relación entre los medios concretos que la norma ordena y los fines u objetivos que trata de conseguir, es decir, una proyección sobre la capacidad de resultar operativa de cada una de las opciones legislativas. Estos estudios permiten saber si se dan las condiciones para que la norma sea efectiva. Incluye un juicio de oportunidad, que permita saber si la opción normativa es la mejor o si hay alternativas no jurídicas; un estudio de viabilidad económica, social y jurídica para determinar si se dan las condiciones y estructuras necesarias para aplicar la norma; un estudio de la legislación existente, que dirá si hace falta una nueva norma o basta con lo que hay, cómo se integrará la nueva norma, etc.

Además del análisis de factibilidad, tiene especial relevancia para la autora lo que ella denomina valoración normativa y que se refiere al análisis de eficacia, efectividad y eficiencia de un proyecto normativo. Una vez que se ha decidido regular mediante una determinada norma jurídica un determinado problema social es necesario saber si dicha norma podrá realizarse, si será obedecida, si cumplirá sus objetivos, el coste que tendrá, etc. Para elaborar este tipo de estudios Galiana ofrece una serie de directrices y criterios orientadores que conforman todo un programa de análisis. El objetivo específico es anticipar posibles defectos que dificulten o impidan la aplicación de la norma para poder corregirlos.

Por último, la profesora Galiana propone la evaluación normativa como medio para conocer el impacto social de la ley. En este caso el objeto de estudio no es la propia norma sino el proceso de aplicación. También aquí ofrece una serie de directrices para guiar el análisis y en particular propone el uso de leyes experimentales como medio adecuado para conocer el impacto de las normas. Se trata de leyes de duración y ámbito de aplicación limitados que permiten conocer cómo se comportarán los diferentes factores involucrados en la aplicación de la norma y el efecto de la misma en la sociedad.

En definitiva, *La Ley: entre la razón y la experimentación* es un libro con una marcada vocación práctica. En él Galiana no sólo intenta ofrecer un marco teórico para justificar la necesidad de mejorar la calidad de las leyes, sino que pretende sobre todo explicar cómo puede llevarse a la práctica ese proyecto teórico. Incrementar la calidad formal y material de las leyes a partir de la aplicación de técnicas de decisión y estudios normativos y de impacto no está reñido con el escrupuloso respeto al procedimiento democrático. La autora no propone una tecnificación «fría» del proceso legislativo. Antes bien, reconoce la imposibilidad de sustituir la voluntad subjetiva de los agen-

²¹ GALIANA, A., *La Ley: entre la razón*, cit. p. 108.

tes políticos. Únicamente se trata de contribuir a ese proceso decisorio para que el resultado sea más óptimo, más factible y más eficiente.

Los lectores que se acerquen a esta obra, por tanto, encontrarán sobre todo una bien trazada guía para elaborar buenas leyes. Aunque resulta reiterativo en ocasiones y denso en otras, reflejo de la tesis doctoral del que parte, el libro transmite bien la complejidad del proceso legislativo y la multitud de factores y decisiones que se entrelazan en él. El análisis de Galiana permite reconocer toda esa complejidad y a partir de ella ver cómo una aproximación multidisciplinar concretada en distintos tipos de estudios y propuestas puede, sin duda, mejorar las leyes.

El libro además se inscribe dentro de una recuperación académica e institucional de los temas legislativos. Ya comenté anteriormente que este relativamente reciente interés se centra sobre todo en aspectos técnicos y que ya hay iniciativas de las diversas Administraciones al respecto. Sin embargo, también hay ejemplos prácticos de investigaciones como las que propone Galiana en el ámbito, por ejemplo, de la Unión Europea, donde para asegurar la calidad material de las normas se exigen estudios de impacto legislativo previos²². Con ello se pone de manifiesto que trabajos como el presente tienen una gran actualidad y son fundamentales para entender la evolución de los procesos de elaboración de normas en toda Europa.

Elías Díaz en su clásico libro *Filosofía y sociología del Derecho*²³ ya reivindicaba una concepción del derecho más amplia, que incorporara no sólo el momento de aplicación de las normas sino también el de su creación. Una concepción, además, que incluyera una perspectiva de legitimidad, ética. La aproximación «metódica» al estudio de la legislación que propone Galiana en este libro parte de ese espíritu. Aunque la autora no se propone elaborar una teoría de la legislación que «complete» la teoría del derecho, sí que parte de la necesidad de reelaborar la noción de ley partiendo desde su creación. Su preocupación se centra en las deficiencias materiales de las normas y, en último extremo, en cómo satisfacer los requisitos de validez, entendida como eficacia, en un Estado constitucional como el nuestro. A través de esta obra se puede avanzar desde esa razón, como reza el título, para llegar a una mejor experimentación.

Javier TRUCHERO DÍAZ
Universidad Autónoma de Madrid

²² Información sobre los estudios de impacto legislativo, su contenido y elaboración puede encontrarse en el sitio web del *Impact Assessment Board*: http://ec.europa.eu/governance/impact/iab_en.htm, sitio visitado en agosto de 2008.

²³ DÍAZ, E., *Filosofía y sociología del Derecho*, Madrid, Taurus, 1971.

GARCÍA INDA, Andrés y MARCUELLO SERVÓS, Carmen (coordinadores), *Conceptos para pensar el siglo XXI, Los libros de la Catarata*. Madrid, 2008, 342 pp.

El cambio de siglo supone en sí mismo un cambio de perspectiva y de nuestra posición en el tiempo y la Historia: es nueva la percepción cronológica de formar parte de algo que comienza y cuya evolución se desconoce por mucho que suponga una continuación del pasado y lo arrastre. Con afán didáctico y mentalidad cartesiana tendemos a ordenar cuantos sucesos han ido jalonando la vida de la Humanidad. Es posible que la Historia sea más una concatenación a veces caótica, a veces azarosa de hechos y acontecimientos de lo que los manuales de Historia reflejan, magma al que ponemos e imponemos orden de cara a una explicación razonable y asunción compartida de lo que se plantea como la evolución lógica.

Ese ejercicio que por naturaleza ha de hacerse a posteriori (aunque cada vez se trate de un posteriori más breve) siempre ha sido compatible con el esfuerzo por entender nuestro mundo que responde a la necesidad de comprendernos a nosotros mismos. El objetivo de algunas disciplinas: ciencias empíricas, experimentales, sociales y humanidades consiste, como es sabido, en procurar explicar la realidad sin inmiscuirse en ella, sin alterarla, sin valorarla. Ése insustituible enfoque no es el nuestro, o al menos no siempre. Desde luego no es el que prima en *Conceptos para pensar el siglo XXI* de A. García Inda y C. Marcuello Servós (Coords.). Este trabajo de título ambicioso pretende y consigue aportar una visión compleja y pluridisciplinar que arroje luz sobre los principales conceptos del presente inmediato y cuando menos futuro próximo. No se trata de un repertorio exhaustivo de conceptos y teorías jurídicas, sociales, políticas y económicas sino más bien de la consideración o reconsideración de algunas nociones, categorías ya de nuestro pensamiento en una huida del pensamiento único, unívoco y uniforme.

Diez de los once artículos que componen el libro incluyen casos prácticos, cuestiones para el debate y la discusión o lecturas diversas para propiciar y facilitar la reflexión iniciada antes con la lectura del capítulo. Recorre el libro un espíritu crítico nada conformista con el statu quo ése es su denominador común y uno de sus principales méritos enriquecido por la variedad de las opiniones vertidas y no sólo por provenir de disciplinas diferentes sino por crearse la complejidad del presente y de las sociedades contemporáneas. Pesimistas unos, optimistas otros, todos los autores ofrecen junto a su diagnóstico propuestas para la mejora de la situación abordada, algunos depositan sus esperanzas en la educación, otros en cambio tienen fe en la moral, eso les diferencia pero no les aleja ya que unos y otros creen en la posibilidad de mejorar o reencauzar unas relaciones que, por injustas merecen ser repensadas.

En «Los Derechos de Robinson (Algunas reflexiones en torno a derechos y responsabilidades)» Andrés García Inda se ocupa de sopesar cuánto hay de retórica y cuánto de realidad detrás de la expresión derechos humanos. Asistimos a la inflación de su discurso, a la reducción de su concepto y a su conversión en un problema meramente técnico ante la denominada por Hinkelammert «inversión ideológica de los derechos humanos». Todo ello bajo la atenta mirada y supervisión de las leyes presupuestarias y sin el desvelo ético por la dignidad humana acaba por conferir a esta herramienta de justicia un sesgo finalista más que instrumental. Frente a tal situación que parece obede-

cer a una estratégica hipérbole el autor propugna un mayor espacio en la teoría jurídico-política y en la práctica social para la responsabilidad lo cual supone poner en primer plano una serie de condiciones que consigan más nueces que ruido. Así, a su juicio, con ser fundamental la presencia del Estado y el Derecho no es suficiente, sin la convicción de que los derechos humanos son «posibilidades, no propiedades, no son naturaleza, sino cultura» y de que nuestra forma de estar es, quiérase o no, estar con otros no podrá alcanzarse a través de los derechos humanos toda la potencialidad que encierran. A falta de una responsabilidad moral ante nosotros mismos y los demás valedora del pleno sentido de la idea de igualdad será más difícil que posible que esta creación jurídica llamada derechos humanos sea un contrapeso a la vulnerabilidad y fragilidad humana.

Fiel a su rigor y bajo la premisa de que no puede ser comprendida como algo estático e inmutable Raúl Susín Betrán aborda un repaso histórico de la idea de «Ciudadanía». Su origen como una idea clásica, mitificada desde Aristóteles hasta hoy identificando ciudadano con sujeto partícipe de la función deliberativa o judicial decae en el largo paréntesis medieval hasta la época bautizada como Modernidad en que comienza a reivindicarse para la Razón el sitio que antes lo fue para la fe. Se produce entonces el tránsito de súbdito a ciudadano empapado del pesimismo antropológico de Hobbes y del pragmatismo maquiavélico pero no será hasta Locke cuando encontremos un «modelo de ciudadanía libre, racional y portadora de unos derechos naturales que va a servir de referencia para la democracia liberal individualista que se positivizará en las declaraciones fruto de los procesos revolucionarios americano y francés de finales del siglo XVIII». Gracias a Rousseau y Kant el modelo se enriquece con sus aportaciones de igualdad material y formal amén del resto de sus contribuciones. El resultado es un complejo y elaborado concepto de ciudadanía que responde a la ideología liberal-burguesa de marcado carácter individualista que no escapará a las agudas críticas de Marx. Tocqueville y J. S. Mill son otros de los autores en los que repara Susín dada la solidez y trascendencia de su pensamiento en la idea de ciudadanía. Del primero destaca su preocupación por resolver la siempre difícil relación entre libertad e igualdad y del segundo toma su superación de las versiones más economicistas del liberalismo decimonónico.

La visibilización de las contradicciones e injusticias amparadas por el modelo social y económico que había propugnado el concepto de ciudadanía consagrado provocó denuncias y reacciones contra tales deficiencias. Una de las principales revisiones fue la de T. H. Marshall cuya *Ciudadanía y clase social* ha sido considerada por buena parte de la doctrina como un faro gracias a su inclusión de una ciudadanía social capaz de integrar y corregir buena parte de las deficiencias provocadas por un modelo esencialmente individualista. Así a las clásicas dimensiones civil y política habría de añadirse la social que, sin vuelta atrás, permitiría, ahora sí, que pudiera hablarse de una ciudadanía sustantiva. El énfasis en la igualdad a costa de subsanar algunos de los efectos del mercado le canjeó a Marshall importantes críticas por parte de los defensores de la inhibición del Estado.

Después todo ha estado relacionado, fundamentado y justificado a base de cifras, datos y estadísticas legitimadoras de las más variadas teorías, aunque por encima de ellas parece claro y comúnmente asumido que la pobreza no deja de aumentar y que los ataques a la ciudadanía a partir del 11-S la han debilitado de manera tan notable que la balanza entre libertad y seguridad ha eclipsado el resto de los debates acercándose incluso a una derivación del

Estado de Bienestar en Estado Penal. Una sociedad con cultura punitiva que arroja los gélidos ataques neoliberales ha arrinconado el ideal humanista de ciudadanía hasta el punto de despertar en numerosas voces autorizadas la reivindicación de la utopía como motor para nuevos y valientes ensayos en pos de una ciudadanía cuyos fines sean acordes con unos principios más éticos, más decentes si se prefiere emplear la terminología de Margalit.

El sugerente trabajo de J. M. Rodríguez Fernández desentraña los modelos clásicos de empresa así como sus respectivas consecuencias y derivaciones sociopolíticas. La diferencia de enfoques entre Europa continental y el mundo anglosajón también se percibe en este campo, lo cual ha venido siendo así desde el XIX cuando el pensamiento jurídico avaló una u otra visión del mundo empresarial. En esencia la dicotomía es ésta: Ihering, secundado después en Estados Unidos por Nohfeld defendió que la corporación es una asociación privada entre sus accionistas creada y protegida por la ley como una «ficción» frente a ello otro alemán Gierke arguye una «teoría orgánica» en virtud de la cual la corporación se configura como una persona legal distinta y separada de sus accionistas, una entidad responsable de sus actuaciones y por tanto con derechos y obligaciones propios en cuanto tal. Será el francés Hauriou quien tomará el relevo para Europa de este punto de vista. La diferencia entre ambas posiciones siguió vigente y evidente durante todo el siglo XX. Autores como Hayek y Friedman la pusieron en la década de los sesenta en primer plano, tajantes sostuvieron que la única responsabilidad social de las compañías consistía en aumentar sin límites sus beneficios. Por el contrario Bowen, Galbraith o Samuelson entre otros vincularon la legítima creación de riqueza con los intereses generales aunando la perspectiva meramente cuantitativa con la cualitativa.

Los ochenta y los noventa no permanecieron ajenos a la discusión entre ambas líneas de pensamiento: o una empresa para maximizar los beneficios de sus propietarios o una empresa sabedora de que tal maximización de beneficios no redundaría necesariamente en el bienestar del conjunto de la ciudadanía. He ahí el quid de la cuestión: tras sendos modelos económicos laten sendos modelos sociales y por tanto éticos. Los primeros han elegido «sacralizar el orden espontáneo» (en palabras de Rodríguez Fernández) explicando las bofetadas que la «mano invisible» es capaz de dar como parte del desenvolvimiento lógico de la institución natural que es el mercado. Lejos de esa mirada en el enfoque Stakeholder o perspectiva pluralista la empresa no es una entidad abstracta sino una institución social con personalidad jurídica propia. Es, en suma, un modelo de gobierno que concibe la empresa como un espacio de cooperación y legitimación social.

El desafío tal y como lo plantea el autor del artículo es evidente: compaginar el impulso desregulador neoliberal y la cohesión social en un momento en que la actitud de un Estado retraído ha propiciado un impacto creciente de las políticas empresariales sobre la ciudadanía. El reto es el equilibrio ético.

La disección que del Estado Constitucional hace F. Palacios se caracteriza sobre todo por su agudo sentido de la crítica urgido por la convicción de la necesidad de correcciones sustantivas. Volcado en un análisis cualitativo de la calidad democrática propone once elementos constitutivos del Estado Constitucional como parámetros objetivos capaces de medir una «eficacia suficiente» del mismo. Sus premisas básicas son dos, primero que el Estado Constitucional no es sólo cosa de dos: Estado y ciudadano, sino que ha de ser un juego «a tres bandas»: Estado, ciudadano y grupos y segundo que para que exista un verdadero Estado Constitucional democrático no es suficiente

con la convocatoria periódica de elecciones con un deficiente espacio deliberativo. *Sensu contrario* es Estado democrático no sólo el privado de tales elecciones sino también el que carece de otros elementos esenciales que han de acompañar al mismo. No nos movemos pues en una escala cromática simple de blanco o negro sino que más bien puede apreciarse toda una gama de grises en función de la escala de calidad.

Esta es la relación de los once elementos en cuestión en alguno de los cuales nos detendremos siquiera brevemente:

1. Soberanía popular

El elemento más clásico incorporado por la práctica totalidad de las Constituciones en alguna de estas variantes: soberanía unipersonal, soberanía compartida, soberanía nacional censitaria o soberanía popular propiamente dicha, esto es sufragio universal en unas condiciones mínimas para su ejercicio.

2. Marco esencial de Derechos y Libertades

Recogidos habitualmente en generaciones, civiles, políticos, sociales y en los últimos tiempos también derechos de cuarta generación: derechos colectivos o de la solidaridad recogidos en algunos textos y espacios jurídicos internacionales.

3. Estado garantista

Habida cuenta que aunque el poder judicial es la institución garantista por antonomasia también los otros dos poderes han de ser valorados desde esta perspectiva.

4. División, control y responsabilidad de poder

5. Democracia participativa

La pregunta clave es ¿podemos hablar de Estado Constitucional con unos niveles casi inexistentes de participación? Y la alternativa, según el autor, no pasa por crear sociedades asamblearias pero sí por incentivar la participación hasta institucionalizarla como puede verse en el nuevo constitucionalismo iberoamericano donde se articula tal participación en el ámbito orgánico: consejos, colectivo: consultas periódicas e institucional: posible revocación de mandatos.

6. Sociedad plural

El Estado ha de salvaguardar el derecho a la diferencia y ello no puede lograrse por omisión, a través de un mero dejar hacer. La cara activa del Estado plural ha de reflejarse en el pluralismo político en torno a un sistema de partidos políticos plural y los pluralismos sociales o capacidad de articulaciones comunitarias que supere el binomio básico de partidos y sindicatos.

7. Estado consensual básico y sociedad disensual suficiente

Junto a la capacidad e impulso de acuerdos básicos el Estado constitucional ha de ser capaz de potenciar la capacidad para el disenso y el debate. No debe pasarse por alto que si el consenso se alcanza únicamente entre algunas fuerzas mayoritarias en detrimento de las minoritarias puede reforzar oligopolios políticos y sociales que pueden conferir a tales acuerdos tintes perversos, según el autor.

8. Principio de mayoría efectivo y respeto de las minorías

Dos consideraciones en esta ocasión. Una, diferencia de los grupos de interés, aquellos que por definición tratan de influir en las instituciones sin recurrir al chantaje económico o la coacción, los de presión adulteran el principio esencial de mayoría; dos, las mayorías han de respetar espacios institucionales, electorales y territoriales básicos para las minorías.

9. Administración pública transparente y régimen de opinión pública

La deliberación ha de ser un valor central en la democracia, sin información no es posible la confrontación. Pero no cualquier tratamiento de la información es aceptable, el Estado ha de afrontar una faceta activa y otra pasiva, la una se refiere al acceso a los medios por parte de grupos políticos y sociales plurales mientras que la otra alude a la clásica libertad de información y comunicación.

10. Cultura de la paz y promoción *Ius*-humanista de la legalidad internacional

La sociedad internacional no es una sociedad democrática precisamente. Ese importante déficit ha de compensarse con un proceder estatal ejemplar en tres ámbitos. Palacios indica expresamente el acatamiento de la legalidad internacional, una actitud en pro de una comunidad internacional promotora de los derechos humanos y un ajuste normativo interno que aborde el *ius ante bellum*, la ayuda al desarrollo y una estrategia respecto a terceros Estados con bajos índices de I.D.H.

11. Principio de reversibilidad. Estado Constitucional deliberativo vs. Estado Constitucional elitista

A mayor operatividad de los diez elementos anteriores mayor calidad democrática. El Estado constitucional en el que hoy vivimos sería, para el autor, una opción legítima pero elitista al restringir deliberadamente el potencial de algunos de los diez elementos apuntados.

En «Igualdad (y diferencia)» M.^a José Bernuz repasa las derivaciones de la polisémica expresión en medio de un contexto en que la globalización lo cala todo y en el que como revulsivo a la igualación se reivindica la diferencia e identidad. La acción combinada de naturaleza y cultura exige la intervención del Derecho para nivelar sus efectos desiguales. Es el de igualdad un concepto histórico, valorativo e ideológico cuya principal incógnita es si encierra un ideal regulativo aceptado por todos con todas sus consecuencias o no. Algo podemos entrever a través del análisis de sus principales manifestaciones jurídicas. La igualdad formal que en nuestra Constitución aparece recogida en su artículo 14 incluye tanto la igualdad ante la ley como la igualdad en la aplicación de la ley lo cual, como precisa el T.C. no comporta necesariamente una igualdad material entendida como igualdad económica real y efectiva.

Nadie duda que esa vertiente de la igualdad sea uno de los pilares básicos del Estado de Derecho pero ¿hay quién dude que no es suficiente? Si de lo que se trata es de garantizar un cierto nivel de justicia social no, no es suficiente. De ahí que la igualdad material se perfila como un complemento irrenunciable de lo anterior, la una sin la otra es mitad estéril. El T.C. concededor de que ambas son partes de un todo permite acudir al recurso de amparo con

base en el artículo 14 pese a estar incluido en el 9.2 de la Constitución. La búsqueda de igualdad a través del Derecho puede articularse para que tenga lugar en el origen, igualdad en el punto de partida o en el resultado, igualdad en el punto de llegada. Ambas requieren intervenciones positivas por parte de los poderes públicos, las segundas que se despliegan, en su caso, ante la insuficiencia de las primeras apuestan por garantizar niveles mínimos de bienestar, son las llamadas medidas de discriminación inversa cuyo más conocido ejemplo es la conocida como política de cuotas. Pero ni siquiera el efecto sumatorio de ambas puede suplir la fuente de igualdad de mayor potencialidad que, para Bernuz, no es otra que una política educativa que fomente el valor de la igualdad.

Todo el artículo de Chaime Marcuello obedece a una reflexión sobre la mejora de nuestra sociedad. Plasma sus preocupaciones éticas en torno a dos drásticas aserciones: primera la ausencia en nuestro país de una concepción de lo público como responsabilidad colectiva y segunda la reducción de lo público a lo estatal. Responsabiliza de la primera al pasado, al abundante autoritarismo que nuestra historia refleja y no menos al presente, a una democracia estructurada en torno a lo que él califica como «una partitocracia orientada al sectarismo». El diagnóstico no es demasiado esperanzador máxime porque ni el espacio público ni el ejercicio responsable de la ciudadanía pueden improvisarse ni construirse en abstracto. Marcuello recupera a Subirats en su intento de huir del dilema simplificador planteado entre Estado y mercado, al reclamar su triangulación con la inserción en el mismo de la sociedad. Pero no cualquier sociedad sino sólo la que abandone su apatía y obsesión consumista al asumir que los demás somos todos.

La instrumentalización del término participación junto a su escasa presencia en una sociedad democrática hace ya treinta años justifican el desvelo de Luis Aranguren por generar una verdadera cultura participativa. Una participación débil es sinónimo de democracia de baja intensidad, en cambio una ciudadanía organizada en términos de anticipación y acciones de sensibilización apuntala muchas de las cuestiones fundamentales de la política: desarrollo sostenible, medio ambiente, migraciones, exclusión social, violencia doméstica ... Sin la complicidad de todos la democracia se degrada y sin embargo asistimos, a juicio del autor, a una «verdadera ausencia de políticas de incentivación para la participación ciudadana.» Los datos le avalan el 78% de los españoles no participa de forma activa pero al tiempo crece esponencialmente la cultura de la queja y la apatía moral propiciadoras de una participación delegada. Añádase el imparable proceso de empresarización de las organizaciones solidarias que para Aranguren acaba por ahuyentar la participación real amén de la «colonización del voluntariado por parte de los poderes públicos», una causa más del debilitamiento de la participación toda vez que la acción colectiva ve mermado su encargo.

El panorama es tan poco alentador que el autor propone un replanteamiento de la cultura participativa alrededor de cuatro ejes básicos:

- Eje espacio-temporal: dada la complejidad de la sociedad contemporánea definida por el fin de los espacios puros se hace preciso tejer conjuntamente una trama vital desde la interdependencia de distintos actores en los nuevos y diferentes espacios. También los cambios respecto al tiempo alteran las consideraciones clásicas, lo que cuenta es la anticipación permanente porque todo es visto desde la lente del riesgo.

- Eje axiológico: hoy el gran valor es la seguridad que ha pasado a ocupar el lugar vacante por la libertad. En ese contexto es misión de la participación ser escuela de valores, el fomento de los hábitos democráticos o el desarrollo del capital social serían algunos de ellos.
- Eje comunitario-organizativo: los partidos políticos, sindicatos y asociaciones a la vieja usanza no parecen ser los modelos más aptos para lograr la cooperación en el siglo XXI al no poder aportar la lógica de la red irrenunciable en el XXI para la supervivencia de los procesos participativos.
- Eje educativo: la participación es parte de una construcción colectiva marcada por un proceso de acción-reflexión-acción que desemboca en una concienciación que confiere sentido al proceso.

En el mismo contexto otra realidad: «Economía y mercado» qué son, cómo funcionan y cuáles son sus limitaciones son los interrogantes que centran las consideraciones del trabajo de Carmen Marcuello y Gonzalo Mateos. El punto de partida es una concepción de la economía como «estudio del modo de relacionarse las personas con las cosas y otras personas» dada la escasez de recursos. Por ello la Economía se cataloga como una ciencia social que será adjetivada como positiva cuando se limita a aportar explicaciones objetivas de la realidad o normativa en el caso de que ofrezca propuestas para la acción a partir de sus análisis previos.

No cabe duda de que el de mercado es uno de los conceptos económicos más importantes, sino el más. En líneas generales las economías del siglo XX han desarrollado dos marcos teóricos respecto al peso del mismo y el de las instituciones públicas respecto a la toma de decisiones: la economía de mercado frente a la planificada, que si bien es cierto que ninguna de las dos se han dado en estado puro la verdad es que son perfectamente diferenciables según sea la huella de Keynes en una u otra o, en otras palabras y como es bien sabido el grado de intervención del mercado por parte de las autoridades gubernativas. La otra cara es la del libre mercado que basado en el egoísmo innato del ser humano cuyo actuar será guiado por la búsqueda del beneficio personal acabará encontrando la mejor solución entre las posibles tras interaccionar con el egoísmo de los otros.

Como muestras del difícil equilibrio entre uno y otro modelo teórico los autores plantean tres paradigmáticos casos, el de la regulación del mercado a través de la creación de viviendas de protección oficial, especular sobre quién es el especulador o especuladores; el monopolio y el abuso de posición dominante con el ejemplo de Microsoft y las externalidades a propósito del protocolo de Kyoto. La conclusión fundamentada en ellos: el mercado por sí sólo sin correcciones no tiene en cuenta posibles consecuencias de importancia vital sino a corto a medio y largo plazo: genera un urbanismo descontrolado, acaba por pervertir las ventajas de la competencia y no palía los males de la contaminación porque no le resulta rentable. Así las cosas, a juicio de los autores «sería ingenuo pensar que un mercado totalmente libre es la panacea que resuelve todos los problemas».

De los tres valores del republicanismo democrático la libertad y la igualdad han sido tratados con más o menos acierto pero siempre han suscitado el interés de teóricos y políticos. La fraternidad, en cambio, quedó durante mucho tiempo eclipsada por ellos. O al menos así es como lo ve Imanol Zubero en un artículo en que pretende recuperar el sentido fuerte de la Solidaridad. En un mundo cada día más pequeño por efecto de la globalización y los avances tecnológicos el alcance y sentido de los otros es mayor cada vez

porque cada vez están más cerca y son más parecidos que el día anterior. El que siempre fuera fundamento de la solidaridad: «el reconocimiento del otro como parte de un nosotros» cobra por ello a cada momento que pasa más trascendencia. Ese ideal universalista aparece ya expuesto a la perfección en las *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita* de Kant, obra un tanto postergada por el éxito de otra del mismo año (1784) *¿Qué es la Ilustración?* En la que ahora nos interesa, la primera, Kant aboga por la «instauración de una sociedad civil que administre universalmente el derecho», un *Estado cosmopolita universal*. Sin embargo, tan loable y alto propósito durmió el sueño de los justos pese a su influencia en la *Déclaration des droits del homme et du citoyen* dada la bendición alcanzada por la escisión conceptual entre hombre y ciudadano: todos serían hombres pero sólo algunos obtendrían la dicha del ciudadano.

El etnocentrismo europeo con unas poderosas fuentes de identidad gracias a la nación y al trabajo descabalgó cualquier intento de Humanidad inclusiva necesario para la construcción de un nosotros pleno. Lo dispuesto por la Ilustración no ha sido desmontado después. Dice Zuberó que vivimos en un «apartheid planetario» (brillante expresión si no fuera por lo descarnada), un «cierre de Occidente sobre sí mismo» (en palabras de Ferrajoli) difícilmente prescriptible. La grandiosa construcción filosófica que nos legitima y ampara no es sino la materialización política de la indiferencia moral. «Lo normal no es ser solidarios» pues tal actitud sería el sinónimo suicida del fin del bienestar personal tan largamente ansiado en la historia de Europa. Si ser solidarios significa ceder mejor no serlo. Así lo muestra la historia de la solidaridad: la primera etapa fue fundamentalmente obrera; la segunda la del Estado de Bienestar, ambos modelos han hecho aguas si en el balance computa el hombre y no el ciudadano. Muy probablemente eso tenga que ver con la «desconexión creciente y selectiva» a la que la globalización nos aboca.

Lo rotundo e inapelable de la teoría no es suficiente para cambiar la práctica. Puede que en momentos de debilidad o discurso público se acepte como cierto el mandamiento de Simone Weil por el que «hay obligación hacia todo el ser humano por el mero hecho de serlo», pero no es unánimemente asumido y a lo que parece ni tan siquiera de forma mayoritaria. Pocos están dispuestos a perder o sacrificar lo que tienen por una potencial e insegura filantropía universal. No, no es esta época de sueños.

En «La sociedad internacional: entre la hegemonía y el cosmopolitismo» J. A. Sanahuja analiza con precisión la estructura y poder del sistema internacional, en un panorama marcado por la globalización, el debilitamiento del Estado nación y la pugna entre las dos principales cosmovisiones que en Occidente vienen marcando las líneas de actuación de la política internacional tras el 11-S.

En su «historiar el presente», según expresión de Garton-Ash una convicción planea por todo el trabajo: «no todo es atribuible al 11-S». La caída del muro de Berlín inició un periodo de transición en el sistema internacional caracterizado por «un proceso, aún incierto, de redistribución del poder y la riqueza a escala global», el equilibrio mundial basado hasta entonces en un esquema bipolar (bloque del Este/bloque del Oeste) se sustenta después en un proyecto unipolar, la hegemonía mundial de USA no iba a admitir que ningún país ocupara el vacío dejado por la URSS. La 1.ª guerra del golfo saldada con la derrota de Irak fue un claro mensaje de alerta en ese sentido.

Paralelamente y dada la fragmentación política del mundo en Estados-nación un «nuevo regionalismo» ha ido en auge como respuesta a las dificul-

tades crecientes del modelo estatal clásico para satisfacer las cinco funciones tradicionalmente asumidas por él: gobernanza, seguridad interna y externa, eficiencia económica, cohesión social e identidades individuales y colectivas. La Unión Europea es referencia obligada de ello.

Las distintas concepciones sobre el poder están detrás de las dos grandes cosmovisiones, para quienes sostienen que el sistema internacional es unipolar el poder militar es decisivo, en cambio ésta es tan sólo una de sus dimensiones para los defensores de la naturaleza multipolar del mundo. Tras una u otra premisa se alinean las potencias internacionales y está presente aunque no siempre explícitamente en sus respectivas políticas exteriores. Sanahuja alude a los dos enfoques que sintetizan hoy la relevante cuestión del poder. La conocida distinción de Joseph Nye entre poder «duro» y poder «blando» o «suave» más importante cada vez debido al proceso de «difusión del poder», para ese autor el poder actual tiene en todo caso tres dimensiones. La militar, la económica y en el nivel inferior la de las relaciones transnacionales. Y la aportación de Susan Strange quien distingue entre «poder relacional» por el que un actor logra un comportamiento en los demás y «poder estructural» el que explica cómo y por qué se ejerce ese poder. La profesora británica identifica además cuatro fuentes primarias del poder: seguridad, producción, finanzas y conocimiento, referido éste no tanto a la tecnología cuanto la capacidad de establecer las creencias, los valores y las visiones del mundo. A partir de dicha construcción el poder de USA con un 47% de la población mundial y la mitad aproximada del gasto militar mundial es el poder militar más importante mientras que la UE y algunos países asiáticos se hallan en una posición cercana en la dimensión económica. Sea como fuere ha de tenerse presente que la globalización está suponiendo un proceso de «estructuración» y jerarquización de la sociedad internacional y de sus actores, proceso que, por sí mismo, «desterritorializa» y «reterritorializa» los espacios sociales, políticos y económicos del poder sin que el resultado coincida con las fronteras y las jurisdicciones estatales.

Pero lo que late tras el debate entre USA y UE sobre las reglas rectoras del sistema internacional es, dice Sanahuja, una «reedición de la pugna histórica entre las visiones hobbesianas y grocianas o kantianas del orden internacional». Dos concepciones antitéticas del hombre y por tanto del mundo. La una el «realismo político» heredera de Maquiavelo y Hobbes se ha visto revitalizada por la justificación teórica de autores como Kagan y políticos como Bush (hijo). Para ellos sin hegemonía no hay orden, la hegemonía es necesaria, sin ella el sistema internacional es anárquico de ahí que tiendan a ver el mundo en «ciclos imperiales» o «hegemónicos». En otras palabras el orden internacional será hegemónico o no será. Lo más acorde con su punto de vista e intereses es lo que Donnelly denomina «institucionalizar la unipolaridad». Para esa mentalidad el 11-S supuso en sí mismo una «ventana de oportunidad» para «fundar un nuevo orden internacional». La guerra pasa a ser el «acto constituyente de un nuevo orden mundial» hecho a la medida de una «República imperial» que crea y desenvuelve una nueva doctrina de seguridad nacional en la que cobra sentido el ataque anticipatorio o preventivo. Visto así qué poco convincentes resultan las explicaciones oficiales de las guerras de Afganistán e Irak. Kissinger no ha dudado en considerarla como una doctrina revolucionaria en la medida en que supone la destrucción de los fundamentos del actual sistema internacional. Sanahuja va más allá al pronosticar el retorno a un mundo prehobbesiano de triunfar la «doctrina Bush» y es que, cualquier Estado podría en cualquier momento y por cualquier

causa desplegar toda su fuerza generando la violencia precisa para hacer prevalecer sus intereses. En esta novísima etapa se ha desempolvado la idea de «imperio» un imperio no territorial esta vez cuya «misión civilizatoria» pasa por garantizar la estabilidad conteniendo a los nuevos «bárbaros». Pero junto a esa línea de pensamiento las hay menos «optimistas» para la causa imperial, Garton Ash, por ejemplo, utiliza la imagen del «titán cansado» para referirse al fin cierto del siglo norteamericano.

Hasta ahí la primera de las concepciones apuntadas, la segunda la «escuela cosmopolita neokantiana» es la antítesis de la neorrealista en la medida en que «la ausencia de una autoridad política centralizada» ya no significa «la existencia de un estado hobbesiano de anarquía». De algún modo este enfoque puede verse impulsado porque la globalización ha contribuido a reforzar el carácter societario del sistema internacional al tiempo que «va diluyendo el carácter nacional de las relaciones sociales». En ese contexto la idea clásica de soberanía resulta cada vez menos adecuada para el tratamiento y la resolución de ciertas crisis. Para Sanahuja son cuatro los desafíos con que se encuentra la sociedad internacional en ese marco de la globalización: la jurisdicción, la participación, los incentivos y definitivamente la ética y la moral. Todo ello contribuye a la creciente disfuncionalidad del Estado y en consecuencia del concepto de seguridad nacional cuyo logro pasa necesariamente por la cooperación transnacional. Se asume desde aquí que el Estado es una «realidad contingente» que en estas circunstancias requiere una continua adaptación al multilateralismo y regionalismo actuales. Esta concepción habría dejado de ser una quimera gracias a ejemplos como el de la Unión Europea que habría convertido en realidad esta nueva gobernanza democrática cosmopolita.

Este libro cierra los conceptos con los que pensar el siglo XXI con un artículo conciso y apropiado sobre la «Paz, la violencia y los conflictos» en el que su autora, Carmen Magallón, incorpora distinciones a menudo obviadas. La precisión en el uso de estos conceptos no es en absoluto trivial: la sustancial diferencia entre conflicto y violencia y las distintas conceptualizaciones de la paz entendida en sentido negativo como ausencia de guerra pero en el positivo como inexistencia de violencia estructural y cultural resultan paradójicas obligadas antes de abordar la preocupación mayor el fomento de la cultura de la paz con dinámicas de paz. Amparándose en el informe del antiguo secretario de Naciones Unidas Boutros Ghali *Una agenda para la paz* (1992) la autora repasa los trabajos necesarios para la consecución de la paz: el establecimiento de la paz (peace-making), el mantenimiento de la paz (peace-keeping), la construcción de la paz (peace-building) nada de lo cual será posible si además no se eliminan las causas últimas de los conflictos: la injusticia, la opresión y la desesperación económica. Tarea harto difícil si se tiene en cuenta que la paz no es considerada como un derecho humano y que las resistencias a hacerlo no disminuyen aun a pesar de que la Carta de Naciones Unidas y otros organismos internacionales constituyen un firme respaldo al mismo. Lo cual confiere más valor, si cabe, al llamamiento de Carmen Magallón en pro de una investigación rigurosa y permanente para la paz.

M.^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

GORDILLO FERRÉ, José Luis, *Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría*, Trotta, Madrid, 2008, 205 pp.

La guerra y su reverso alternativo, la paz, ha sido una de las mayores preocupaciones de la reflexión iusfilosófica y filosófico-política contemporánea. Rousseau, Kant, Hegel y los dos grandes clásicos de la filosofía del derecho del siglo xx, Kelsen y Schmitt, entre otros, hicieron de la cuestión de la guerra y la paz uno de los objetos centrales de su reflexión. El pensamiento iusfilosófico y filosófico-político sobre la guerra y la paz elaborado en cada período histórico ha respondido a la experiencia de la guerra predominante en ese período. Así, las ideas contemporáneas sobre la guerra y la paz han girado sucesivamente en torno a las guerras de gabinete del sistema europeo de estados modernos, a las guerras napoleónicas, a las guerras totales mundiales y a la guerra nuclear de «autoexterminio» entre las dos grandes superpotencias de la segunda posguerra mundial.

Finalizada la guerra fría, el riesgo de holocausto nuclear universal ha sido sustituido como eje de la especulación iusfilosófica y filosófico-política por las denominadas «nuevas guerras», expresión dentro de la cual cabe incluir dos grandes tipos de conflictos bélicos: por un lado, las guerras asimétricas impulsadas por Estados Unidos y sus aliados occidentales contra estados debilitados o en crisis, por lo general sometidos con anterioridad al ataque militar a un aislamiento internacional más o menos severo según los casos (guerra del Golfo de 1991, intervención de la OTAN en Yugoslavia –1999–, intervención militar en Afganistán –2001–, guerra del Golfo de 2003); por otro lado, una larga serie de conflictos civiles armados con múltiples facciones en el seno de estados en vías de desintegración, conflictos que vienen acompañados muy a menudo de prácticas genocidas (conflictos en el Cáucaso, conflictos de Liberia y Sierra Leona, guerras civiles yugoslavas, Somalia, Ruanda, Zaire/Congo). La reflexión iusfilosófica y filosófico-política sobre estas «nuevas guerras», en especial, sobre las guerras asimétricas emprendidas por las potencias occidentales, ha contado con las aportaciones de autores de la talla de Norberto Bobbio, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli, John Rawls, Michael Walzer o Danilo Zolo.

Nostalgia de otro futuro, el libro objeto de la presente reseña, se inscribe en la tradición del pensamiento contemporáneo sobre la guerra y la paz en su fase posterior al final de la guerra fría acabada de referir. En efecto: la aportación de José Luis Gordillo, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona, obedece a la inquietud suscitada en el autor por el fenómeno de las «nuevas guerras», más en concreto, por las ya mencionadas guerras asimétricas.

El libro consta de veintiséis textos ya publicados previamente en su mayor parte, revisados y mejorados. Esos textos sólo son comprensibles a la luz de la doble apuesta, metodológica y ético-política, que parece animar al autor de la obra, por lo cual convendrá primero aclarar este punto antes de pasar a informar con mayor detalle acerca de los contenidos de *Nostalgia de otro futuro*.

En cuanto a la apuesta metodológica que realiza el autor, ésta puede ser caracterizada como una apuesta por una filosofía del derecho y una filosofía política asentadas en el análisis desde la perspectiva de las ciencias sociales de fenómenos contemporáneos jurídicamente relevantes. La reflexión desplegada por el profesor Gordillo en su obra no pretende ser una manifesta-

ción de «autorreflexión» de la tradición filosófica sobre la cuestión de la guerra y la paz, una «metafilosofía» de la especulación filosófica contemporánea sobre esa cuestión. Tampoco es su pretensión, por tanto, entablar una discusión exclusivamente académico-doctrinal con los autores que se ocupan hoy en día de dicha cuestión. Su objetivo, desde un punto de vista metodológico, es otro: abordar las probables implicaciones y posibles respuestas morales, políticas, jurídicas y sociales de un específico fenómeno social, las guerras asimétricas de la posguerra fría. Lo cual exige partir de un conocimiento fiable de ese fenómeno, conocimiento que únicamente pueden proporcionar las ciencias sociales no obstante sus indudables imperfecciones. De ahí las constantes alusiones realizadas en *Nostalgia de otro futuro* a los resultados de la investigación politológica y sociológica sobre los motivos y las consecuencias fácticas de las guerras de estas últimas dos décadas.

La apuesta metodológica del profesor Gordillo viene acompañada de una apuesta ético-política, la apuesta ético-política por el movimiento pacifista mundial de estos últimos treinta años. Esta segunda apuesta, a diferencia de la primera, es una apuesta explícita, confesada y subrayada con toda claridad en la presentación del autor a su libro. La postura ético-política que guía toda su reflexión nace del compromiso, teórico y práctico, con el movimiento pacifista ciudadano que, desde la protesta contra los «euromisiles» allá por los primeros ochenta, se ha opuesto a la persistencia de la idea según la cual la guerra con base en los modernos medios de destrucción masiva, convencionales o no, puede ser considerada un recurso legítimo para intentar zanjar controversias o defender intereses. En coherencia con esta postura, el autor presupone a lo largo de su obra el repudio moral y político sin concesiones de las iniciativas militares de las grandes potencias y de todo lo que está implicado por éstas o a su servicio –la conscripción militar (cuando existía en España), los ejércitos profesionalizados, las políticas de excepción amparadas o impulsadas por el intervencionismo militar occidental...–.

Sobre la base de estas dos apuestas del autor, metodológica una, ético-política otra, los textos que integran *Nostalgia de otro futuro* están distribuidos en cinco partes, tituladas, respectivamente, «Guerras por el petróleo», «Guerra contra los derechos», «La guerra de los Balcanes», «Notas antimilitaristas» y «Por un ecopacifismo revolucionario».

La parte titulada «Guerras por el petróleo» es la más extensa de todas. Incluye ocho textos que versan sobre las intervenciones militares lideradas por Estados Unidos en Irak (1991 y 2003) y Afganistán (2001), así como sobre la respuesta del movimiento pacifista a las mismas. En mi opinión, tres son las tesis centrales sostenidas por el autor en esos textos: en primer lugar, las causas de las intervenciones militares encabezadas por los ejércitos norteamericanos no se deben rastrear, desde luego, en un presunto deseo de preservar una abstracta e incolora estabilidad de la comunidad internacional o en una desproporcionada política de fuerza encaminada a erradicar el terrorismo internacional, sino en la pretensión de asegurar el control en manos norteamericanas de los recursos energéticos mundiales básicos, control vital para la preservación de la economía de mercado capitalista bajo el liderazgo de los Estados Unidos; en segundo lugar, la confianza puesta durante la presidencia de George W. Bush en el recurso a la fuerza militar o a la amenaza de su empleo como instrumento legítimo para imponer los propios intereses y puntos de vista contribuirá poderosamente, si persiste, a extender dentro de la sociedad internacional la tentación de buscar respuestas militares a los conflictos sin duda alguna cada vez más dramáticos que enfrentarán en el

futuro a los miembros de la sociedad internacional, con el resultado de hacer del planeta un verdadero polvorín; en tercer lugar, el renacimiento del movimiento por la paz resurgido con fuerza por un breve tiempo a raíz de la invasión y ocupación de Irak constituiría el obstáculo cívico más serio a tal deriva deletérea.

Los siguientes tres textos, agrupados bajo el título «Guerra contra los derechos», informan sobre las políticas de excepción liberticidas adoptadas por los Estados Unidos y la Unión Europea en la primera década del siglo XXI, políticas unidas a la invocación de la fantasmal «Guerra contra el terrorismo». En ellos, el autor reflexiona sobre el sentido político último de estas políticas inspirándose en el punto de vista del sociólogo del derecho belga Jean-Claude Paye. La atención del autor recae especialmente en la doctrina y práctica jurídicas del «derecho penal del enemigo» y en el intento de legalización parcial de la tortura emprendido por los juristas de la Administración Bush durante su primer mandato.

La tercera parte de *Nostalgia de otro futuro* retrocede al tiempo de las intervenciones militares occidentales «humanitarias» previo a los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuyo punto culminante se alcanzó con los bombardeos masivos de Serbia y Montenegro efectuados por la OTAN (primavera de 1999). Como es sabido, estas intervenciones militares se justificaron con argumentos relativos a su necesidad para evitar catástrofes humanitarias debidas a la desintegración de estados «fallidos» o para detener genocidios. Al profesor Gordillo no le interesa tanto la especulación sobre la posibilidad de justificación ética del uso de la fuerza para proteger colectivos vulnerables en hipotéticos casos de laboratorio como analizar la credibilidad de las «razones humanitarias» efectivamente aducidas con fines de legitimación de intervenciones militares reales. El autor concentra la mayor parte de sus esfuerzos en desgranar las falacias inherentes a los muchos tópicos vinculados a la «guerra humanitaria» de primavera de 1999 y desvelar la realidad de la misma. Así, el profesor Gordillo pone de manifiesto el contrasentido que supone en el contexto de la guerra moderna recurrir a las fuerzas militares características del mundo contemporáneo para salvaguardar los derechos básicos de las personas, demostrado por las mismas estrategias desplegadas por los mandos militares de la OTAN; la estrategia política seguida y los objetivos geopolíticos perseguidos por el *establishment* político-militar estadounidense con la intervención militar, incompatibles con la finalidad humanitaria publicitada; la instrumentación de los medios de comunicación de masas para difundir insistentemente informaciones falsas o muy tergiversadas; la zigzagueante política balcánica de Estados Unidos y la Unión Europea anterior a la intervención; la utilización del discurso «humanitarista» por los dirigentes políticos al servicio de la relegitimación de los ejércitos, el rearme de alta tecnología y el recurso a la violencia militar; el silencio posterior al fin de los bombardeos, sólo interrumpido por la ocasional aparición periodística de gravísimos hechos –como el uso por las fuerzas de la OTAN de uranio empobrecido generador de cáncer–, silencio sintomático de la escasa empatía real con las poblaciones balcánicas.

Por último, la cuarta y quinta partes reúnen un conjunto de textos breves que tratan de asuntos de índole diversa, relacionados con el tema general de referencia del libro: desde la posición jurídico-constitucional del monarca español como jefe de las fuerzas armadas hasta las bases ideales de un ecopacifismo sensato, pasando por la objeción de conciencia, el militarismo de ETA o los posibles modelos de defensa no militaristas.

La opción metodológica y el impulso ético-político que inspiran todos y cada uno de los textos incluidos en la obra del profesor Gordillo resumidos de manera muy sucinta en las precedentes líneas indican, a mi juicio, el camino correcto a seguir por la filosofía del derecho y la filosofía política a la hora de tratar un problema tan vital para el futuro de la humanidad como lo es el problema de la guerra y la paz: conocer a fondo a partir de las aportaciones de las ciencias sociales las causas de los conflictos armados y denunciar sin cejar la ilegitimidad del recurso a la fuerza en las relaciones entre los pueblos es un trabajo intelectual necesario si queremos evitar que las futuras generaciones de seres humanos sientan la *nostalgia de otro futuro nuestro que pudo ser su presente*.

Ramón CAMPDERRICH BRAVO
Universidad de Barcelona

HIERRO, Liborio L.; LAPORTA, Francisco J., y RUIZ MIGUEL, Alfonso (editores), *Revisión de Elías Díaz. Sus libros y sus críticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 463 pp.

En el año 1986, la revista *Anthropos* dedicaba su número 62 a la filosofía jurídica, ética y política de Elías Díaz. En aquella publicación monográfica se hacía de forma exhaustiva un recorrido personal e intelectual por la figura del iusfilósofo, que comenzaba con un editorial cuyas primeras palabras advertían de que «*presentar la obra y el trabajo de Elías Díaz es un quehacer relativamente sencillo y estimulador. Su presencia en la vida intelectual española reciente se caracteriza por la calidad y propuestas axiológicas en el análisis de la cultura y de la realidad social de una fundamentación democrática del estado en todos sus ámbitos y dimensiones*». Tras este revelador inicio, a través de sus páginas se recogía una sustanciosa autobiografía intelectual, datos propiamente biográficos y bibliográficos, más una serie de notas o comentarios sobre algunos de los temas característicos de su obra escritos por algunos colegas y amigos: Esperanza Guisán, Francisco J. Laporta, Ernesto Garzón Valdés y Gregorio Peces-Barba, para acabar con referencias al análisis temático realizado por otros autores sobre algunos de sus libros más significativos.

Unos años después, en 1994, la revista *Doxa* también hacía su particular contribución al autor y a su obra con la edición de dos volúmenes (15 y 16), en los que colaboraba un número considerable de profesores universitarios, tanto del ámbito español como internacional, mediante sus aportaciones sobre diversos temas relacionados con la filosofía del derecho.

Recientemente y con motivo de su jubilación –o dicho de forma perifrástica, «*cuando un profesor universitario de prestigio es alcanzado por la edad*», tal y como sugieren los editores–, Elías Díaz ha sido de nuevo homenajeado en papel, esta vez a través de la publicación de un libro editado por los profesores Liborio Hierro, Francisco J. Laporta y Alfonso Ruiz Miguel, quienes han llevado a buen término una idea que, según ellos mismos cuentan en el apartado previo titulado «*Aviso para lectores no avisados*», surgió del propio Elías Díaz: convertir el libro en una serie de exposiciones, réplicas y críticas de los temas característicos de su producción escrita, muy en consonancia con su forma de ser, siempre entusiasta y muy dado no sólo al diálogo constructivo, sino a la discusión continua sobre cuestiones que albergan la «incomodidad» de poder calificarse de irreductibles o sempiternas; así cabría entender sus reflexiones sobre la legalidad y legitimidad democráticas, la justificación del poder, la obediencia al Derecho, el pluralismo político o la confrontación de la ciencia con la ideología, entre otros temas recurrentes.

Precisamente, no se puede dudar de que Elías Díaz reúne todas las cualidades que demanda ese perfil de intelectual que se encuentra a gusto moviéndose entre tensiones y conflictos irresolubles, utopías inalcanzables, planteamientos dialécticos, razonamientos complejos; esto es, siempre huyendo de esquemas preconcebidos, convencionales u ortodoxos que eliminan la sana y estimulante capacidad de debate. Uno no tiene más que darle una rápida ojeada a las páginas de este libro para darse cuenta de que la estructura del mismo es un fiel reflejo de su propia forma de entender la filosofía moral, política y jurídica: cada capítulo aborda uno de sus trece libros publicados entre 1966 y 2003; de hecho, tales capítulos se encabezan con el nombre de

la obra en cuestión, sigue un amplio comentario sobre la misma realizado por otro autor, a lo que posteriormente se añaden varias reseñas –su número oscila entre dos y cuatro por capítulo–, algunas de ellas escritas tras la publicación del original y otras agregadas expresamente para la ocasión.

No me parece que sea este el lugar más oportuno para exponer con la suficiente profundidad cada una de las aportaciones sobre diversos aspectos de la obra del autor, por motivos de espacio. Probablemente, lo más sensato sea adentrarse directamente en el texto y bucear por los vericuetos de la filosofía moral, política y jurídica que van apareciendo al pasar una tras otra las páginas elaboradas por sus críticos. No obstante, haré un breve repaso a modo de resumen de los temas principales que son allí tratados.

En el primer capítulo (*Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1966, pp. 45 ss.), Raúl Morodo recuerda el primer libro de Elías Díaz, secuestrado por la Dirección General de Información y denunciado por el Ministerio Fiscal por un presunto delito de propaganda ilegal. Como llegó a decir su propio autor: «un libro sobre el Estado de Derecho secuestrado e inculcado en un supuesto Estado de Derecho». Morodo se refiere a que su posición crítica abrió las puertas a un constitucionalismo de nuevo cuño que cobraría realidad años más tarde. Sobre este libro hacen sus comentarios Manuel Azcárate, Juan Ramón Capella y Manuel de la Rocha Rubí.

El segundo capítulo (*Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político*, 1968, pp. 69 ss.) se abre con la aportación de Pedro Cerezo Galán, quien hace una comparativa entre el contenido de esta obra y otros trabajos posteriores del autor sobre el rector de la Universidad de Salamanca. Se añaden con posterioridad las reflexiones de Aurora de Albornoz, Julio R. Aramberri, Manuel Ballesteros y Pedro de Vega.

En relación al capítulo tercero (*Sociología y Filosofía del Derecho*, 1971, pp. 111 ss.), son Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero quienes se plantean algunos interrogantes en torno a la relativa importancia de la ciencia jurídica en esta obra que, sin duda, se ha convertido en un clásico de los estudios españoles en teoría y filosofía jurídica. A ello se unen las palabras de Emilio Lamo de Espinosa, Juan Antonio Ortega Díaz Ambrona y Gregorio Robles Morchón.

Sobre el capítulo cuarto (*La filosofía social del krausismo español*, 1973, pp. 137 ss.), José Luis Abellán apela a la recuperación de los valores del krausismo a través de este libro para ser aplicados en la práctica política. Otras valoraciones al respecto son adheridas por Antonio Heredia Soriano, Mariano Maresca y Enrique Miret Magdalena.

Respecto al capítulo quinto (*Notas para una historia del pensamiento español (1939-1973)*, 1974, pp. 155 ss.), cabe recoger la observación de Salvador Giner sobre el carácter precursor de esta obra en este tipo de estudios, sin desconocer el planteamiento en exceso «centralista» de la misma. También hacen su aportación desde diferentes perspectivas José Carlos Mainer, José María Ruiz Gallardón, Francisco Tomás y Valiente y Antonio Tovar.

El análisis principal del capítulo sexto (*Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, 1978, pp. 173 ss.) es llevado a cabo por Virgilio Zapatero, que plantea algunas cuestiones relacionadas con la regla de las mayorías o el papel de la izquierda en el orden democrático, entre otras. El texto continúa con varias observaciones críticas de Ramón García Cotarelo, José María Laso Prieto y Pedro Peña.

Adentrándonos en el capítulo séptimo (*Socialismo en España: el partido y el Estado*, 1982, pp. 205 ss.), es Alfonso Guerra el que destaca la importan-

cia que para la práctica socialista representa la obra de Elías Díaz, al situar el debate sobre el marxismo en el lugar que le corresponde. Josep Aguiló Reglá, Joaquín García Morillo, José Antonio Gómez Yáñez y Ludolfo Paramio aportan otros argumentos para la discusión.

Más adelante, en el capítulo octavo (*De la maldad estatal y la soberanía popular*, 1984, pp. 229 ss.), bajo la forma de epístola, Nicolás López Calera invita a Elías Díaz a reflexionar sobre las ideas de Estado, Poder y Derecho en términos de globalización. Algunos matices y sugerencias son expuestos por Victoria Camps, Carlos Díaz y José Antonio Estévez Araújo.

Las referencias a cuestiones de nuestra historia política reciente aparecen en el capítulo noveno (*La transición a la democracia. Claves ideológicas 1976-1987*, pp. 261 ss.), en el que Luis García San Miguel recordaba los tiempos de la transición española hacia la democracia, e introducía la importancia que Elías Díaz otorga a la sociedad civil en ese proceso. El capítulo lo completan Ricardo García Manrique, Renato Treves y Ángel Valencia Sainz.

Una buena muestra de su pensamiento queda patente en el capítulo décimo (*Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, 1990, pp. 291 ss.), al discernir Javier Muguerza sobre la función del intelectual en política y la defensa de cierta concepción anarquista *versus* un modelo democrático socialista. La controversia continúa con los textos de Adela Cortina, Esperanza Guisán y Ángeles Ródenas Calatayud.

Un emotivo capítulo once (*Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, 1994, pp. 335 ss.) elabora Gregorio Peces-Barba, al indicar los rasgos más relevantes de Elías Díaz como profesor, a quien también reconoce como maestro. Además, hace un recorrido por todos aquellos intelectuales que representan un pensamiento democrático y racional frente al irracionalismo de la dictadura franquista. Otras apreciaciones son hechas con posterioridad por Mario Losano, Javier de Lucas y José Manuel Rodríguez Uribes.

Su delimitación conceptual de la filosofía jurídica aparece en el capítulo doce (*Curso de Filosofía del Derecho*, 1998; pp. 371 ss.), a partir de la exposición de José Delgado Pinto sobre el «positivismo moderado» que sustenta Elías Díaz en esta obra destinada fundamentalmente a la docencia universitaria. Contribuyen a tal discusión con sus razones Eusebio Fernández y Julián Sahuquillo.

A modo quizás de corolario, en el capítulo trece (*Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, 2003, pp. 413 ss.), es Ernesto Garzón Valdés quien recupera el tema de las relaciones entre moral, política y derecho en el Estado social y democrático, en concreto respecto a la obediencia a las normas jurídicas, la regla de las mayorías y los derechos humanos. Aportan también su punto de vista sobre estas cuestiones Joaquín Almoguera, Rafael de Asís, Fernando Bañuls y Antonio García Santesmases.

En las páginas finales, los editores han añadido con buen tino una relación completa de los trabajos del autor, separando libros y una selección de ensayos y artículos, todos ellos ordenados de forma cronológica, para así facilitar la consulta del lector más exigente.

La producción literaria de Elías Díaz puede trazarse, tal y como se indica en la *Introducción*, a partir de tres ejes básicos que aparecen durante toda su obra, en muchas ocasiones mezclados y siempre simultáneos, que son el de historiador del pensamiento español, teórico de la política y filósofo del derecho. Esta distinción es calificada por los propios editores de «convencional», pues resulta imposible aislar en su obra elementos «puros» que mermen su capacidad de entrelazar los problemas filosóficos, políticos y jurídicos desde

una perspectiva realista «totalizadora» y sintética. El análisis de problemas sociales o de ciertos temas comprometidos exige un planteamiento interdisciplinar e incluso global que en ocasiones resulta difícil de calibrar, y sin ambages nos encontramos ante uno de los mejores ejemplos a seguir.

Desde una propuesta original, práctica y enriquecedora, el pensamiento del autor es diseccionado con minuciosidad y sumo esmero en este compendio colectivo de trabajos perfectamente estructurado, de agradable y sugerente lectura para todos los que nos dedicamos a alguna de estas tres perspectivas señaladas, o quizás, casi sin quererlo y por influencia directa o indirecta del propio autor, a todas ellas. Somos muchos los que nos sentimos deudores y todavía aprendices de los libros aquí recordados y revisados. Enhorabuena, pues, «maestro» Elías.

Mario RUIZ SANZ
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

MIKUNDA FRANCO, Emilio, *Los derechos humanos como historiografía y filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: simetrías y distorsiones frente a G. Radbruch*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008 (con prólogo de Antonio E. Pérez-Luño).

I. G. Oestreich es un historiador e historiógrafo alemán que jugó un papel relevante en la «desnazificación» de las estructuras administrativas y universitarias, especializado a partir de 1945 en la historiografía de los derechos humanos, y con diversas e importantes publicaciones en ese campo. Este libro del prof. Mikunda recoge parte de su tesis doctoral¹, realizada con brillante resultado académico en Fráncfort del Meno (Alemania), publicada en alemán² en el país teutón originariamente en 2002 y luego en España en 2005, formando parte de un trabajo más amplio de investigación, nuevamente ampliado ahora en esta temprana segunda edición, reveladora por sí misma del interés y originalidad de la obra.

Como destaca Pérez Luño en su ponderado prólogo a esta segunda edición, este trabajo de investigación consiste en una reconstrucción historiográfica del perfil intelectual de Oestreich, siendo su punto nuclear subrayar la actitud decididamente humanista del autor alemán, pues, a su juicio, «no sería lícito omitir el mérito intelectual y cívico que correspondió a Oestreich» por haber planteado «en sus claros y precisos libros sobre la historiografía de los derechos humanos una temática que en la Alemania de la posguerra implicaba adoptar una postura inequívocamente comprometida con la afirmación de las libertades». Destaca Pérez Luño que Oestreich fue «un claro exponente de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos, en los que ve la consagración de unas exigencias previas al Derecho positivo que corresponden al hombre por su propia naturaleza, ajeno a la postulación dogmática de un orden de valores absolutos, eternos e inmutables, como atinadamente destaca Mikunda». Pero la clave de la actitud histórica de Oestreich, dice Pérez Luño, se halla «constituida por su fidelidad a los valores del humanismo universalista y cosmopolita que informa la idea de los derechos humanos», con el que choca el «nacionalismo particularista que Oestreich vivió y asumió en su juventud».

II. Y es que, aunque Pérez Luño lo plantee con tanta delicadeza y elegancia, la tesis esencial de este libro, y su gran aportación a la historiografía y Filosofía del Derecho, es demostrar que Oestreich tiene un «pasado oscuro», pues hasta 1945 simpatizó abiertamente con el régimen nazi, dato mayormente desconocido en la propia Alemania hasta que apareció la publicación de Mikunda hace algunos años.

¹ Título de la tesis: «*La Concepción de los Derechos Humanos en Gerhard Oestreich*», UNED, 1988 (texto original inédito en su totalidad, si bien parcialmente publicado en la 1.ª edición de *Los derechos humanos como historiografía y Filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: Simetrías y distorsiones frente a Gustav Radbruch*, Universidad de Sevilla, 2005).

² MIKUNDA FRANCO, E., *Gerhard Oestreich als Historiker der Menschenrechte im Vergleich zu G. Radbruch. Ein rechtsphilosophischer Zugang*, Dokumente und Schriften der Europäischen Akademie Otzenhausen, tomo 103, Verlag für wissenschaftliche Literatur, Münster-Hamburgo-Londres, 2002, 208 pp. Recensionado por FAHLBUSCH, M., en: *Neue Politische Literatur*, 49, 2004, pp. 456 ss.

Para Mikunda ello fue también un descubrimiento sobrevenido. Inicialmente, al tratar de reconstruir la vida de Oestreich, que había fallecido en 1978, el autor se topó con que había una cierta laguna en la historia de Oestreich, años de los que no había prácticamente datos. Por ello, contactó con la viuda de este autor, también historiadora e historiadora, quien le remitió a ciertas cartas de las que se deduciría que Oestreich había sido un autor liberal, y poco simpático para los nazis. Dada la postura desnazificadora activa y de promoción de los derechos de Oestreich tras la Segunda Guerra Mundial, lo anterior encajaba perfectamente y por ello Mikunda aceptó inicialmente ese planteamiento, bien que no sin reservas a falta de una verificación más objetiva. Pero pronto, nuestro sagaz autor se topó con ciertos escritos en los que creyó descubrir pinceladas de nazismo y racismo, anti judaísmo y anti bolchevismo (en fin, dice él mismo, todos los ingredientes del discurso oficial nazi de la época), lo que le llevó a pedir permiso a la viuda citada para tener acceso a los documentos personales del soldado Oestreich, guardados en el archivo militar alemán de Koblenza y otros archivos en poder de los EE.UU. durante la ocupación de Alemania; la viuda, sin embargo, amparándose en la privacidad de terceros, le negó el acceso. Posteriormente, encontró más pasajes de compromiso de Oestreich con el nazismo; reiteró la solicitud de acceso a aquellos documentos personales de Oestreich, pero la viuda de éste persistió en su negativa.

Todo esto llevó a Mikunda a la conclusión siguiente, basada en una inversión de la carga de la prueba: salvo que un día se pudiera demostrar algún tipo de chantaje, extorsión o peligro grave para con dicho autor, Oestreich habría sido presumiblemente un ideólogo del nazismo alemán antes de su reconversión a la democracia y los derechos humanos, conversión verificada tras 1945, pero jamás antes de dicho año. Tras la caída del muro berlinés en 1989, pudo Mikunda por fin acceder a dichos datos, que confirmaron a la postre la implicación de Oestreich con el nazismo alemán, a quien nuestro autor vincula documentalmentemente a las SA (dependientes de las SS) hitlerianas, a la Federación de docentes nacionalsocialistas alemanes, y a otras asociaciones civiles pronazis, e incluso posteriormente averigua que Oestreich también publicaba en periódicos de propaganda nazi supervisados por las SS.

Mikunda analiza en concreto y en detalle diversos textos del autor en los que, durante los años 1933-1945, hace afirmaciones racistas en trabajos por él firmados y publicados, «afirmaciones que casi literalmente coinciden con tesis hitlerianas extraídas de *Mi lucha*». A ello se suma el descubrimiento de un nuevo texto como prueba de cargo contra Oestreich, de muy difícil acceso, entre la primera y la segunda edición. Concluye Mikunda que Oestreich no fue siquiera un «consumado oportunista» con respecto al nazismo, sino el arquetipo de ciudadano «perfectamente adaptado» a las presiones y exigencias del régimen nazi.

III. Más allá de este particular caso, de singular relevancia indudablemente, nuestro autor lo que denuncia también es la «manipulación de la historia por parte de los propios historiadores e historiadores alemanes». Así lo hace en su trabajo *«Deutsche Geschichte Schreiben: Interdisziplinärer Wert deutscher Historiker und Verfassungshistoriker in Spanien für die Forschung bei den Geisteswissenschaften der Gegenwart»*, que personalmente presentó en el Congreso Mundial de Historiadores sobre Alemania (Weimar, noviembre de 2005) y que se incluye en su versión española ahora en la segunda edición como *addenda*.

En realidad, aunque descubrir y conocer este tipo de casos es siempre algo sangrante hasta sin ser en absoluto expertos en el tema, creo que puede decirse que si hurgáramos un poco en el pasado de muchos de los juristas que vivieron como adultos durante el nazismo, averiguaríamos que la mayoría de ellos tuvieron, como mínimo, algún coqueteo con el nazismo, pues en realidad este fue aceptado por una abrumadora mayoría social. Por eso, yo mismo cuando, estudiando la vida de Smend comprobé que, al no querer colaborar con el nazismo, a dicho autor le obligaron a dejar la cátedra en Berlín e irse a «provincias» en 1935, aceptando una cátedra en Gottinga y que, además, entre 1933 y 1945, sólo había publicado estudios sobre temas de Historia del Derecho (típico refugio para no abordar cuestiones políticas), y que en definitiva, como mínimo, no había contribuido en absoluto, ni activa ni pasivamente, a la aceptación del nazismo, consideré que esto ya era «mucho en aquella época».

En el otro extremo de la actitud smendiana no sólo están autores como Schmitt, sino también otros muchos profesores colaboradores del nazismo que luego retornaron a sus cátedras haciendo borrón y cuenta nueva de su pasado y sin que nadie hasta hoy se lo reprochara ni recordara siquiera, pues sólo se excluyó en la posguerra realmente a quienes se habían significado *mucho* con el nazismo, como el citado Schmitt. Así, por ejemplo, hay algún constitucionalista alemán, discípulo de Smend, que ha elaborado trabajos de relevancia que han tenido considerable eco en Alemania y España, pero que sucumbió al nazismo y en 1933-1934 publicó un deleznable trabajo legitimando aquel régimen de terror totalitario, dato prácticamente desconocido que nosotros descubrimos con sorpresa al ahondar en la vida de Smend³. Y eso por no hablar de la muy tardía confesión del ochentino Günter Grass –que había fustigado moralmente a los que trataban de ocultar su pasado nazi– de que había colaborado en su juventud con las SS nazis.

Y es que si el simple coqueteo con el nazismo es de forma indudable algo moralmente reprochable, no puede tampoco dejar de valorarse el contexto, las circunstancias tan extraordinarias, en que vivieron aquellos profesores de una materia tan sensible a lo político como el Derecho público. Esos hombres estaban instalados en un sistema de terror de Estado regido por un «si no estás conmigo, estás contra mí» llevado al extremo más absoluto, y si bien es verdad que en muchos casos era posible no «mojarse» a favor del régimen nazi sin consecuencias negativas, no cabe duda que la experiencia humana más elemental en situaciones mucho menos duras enseña que el hombre, aun teniendo unos altos principios morales, tiende a contentar al poder, sobre todo cuando ese poder inspira un temor más o menos fuerte (por él mismo y/o por su familia o allegados), y más cuando el sujeto en cuestión puede ser objeto, o así lo teme él, de persecución por sus ideas, rasgos raciales, familia, etcétera, que es algo que ocurre en muchos casos, pero también a veces se hace lo propio simplemente por ambición.

Si sigue sorprendiendo que uno de los pueblos de mayor estatura intelectual, como era el alemán de 1933, adoptara de manera absolutamente generalizada una actitud tan complaciente, servil y de avestruz ante las progresivas barbaridades nazis (Bertold Brecht ha popularizado una expresión plástica-

³ Sobre todo ello, *vid.* nuestro trabajo «Estudio introductorio. Rudolf Smend: Un constitucionalista lúcido en las Repúblicas de Weimar y Bonn», *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, UNAM, México, 2005, pp. XI-LX.

mente insuperable de lo anterior: «... y yo no hacía nada»⁴), que esto también lo hicieran los intelectuales más destacados en muchos casos no puede dejar de asombrarnos tampoco, pero en realidad el intelectual es un hombre con tantos o más temores que el ciudadano de a pie, seguramente por su posición más destacada, siquiera en el ámbito público y cultural. Es expresión de la baja que fácilmente alcanza la condición humana en situaciones de presión, quizás de forma muy comprensible en muchos casos con relación al nazismo, pues ni jurídicamente ni moralmente se puede exigir como comportamiento ordinario a nadie que sea un héroe o un mártir. Esto lo comparte también Mikunda, pero insiste en que su tarea es «reflejar los hechos y los datos de la forma más objetiva y fiel posible», y esto es lo que hace en su estudio, sin ánimo de zaherir a nadie pero sí de contar todo tal y como fue en la realidad, por dura que sea.

IV. Mikunda destaca que Oestreich podría ser una especie de S. Pablo, que primero persiguió a los cristianos y luego fue el más fervoroso de ellos: Oestreich habría sido un nazi hasta la caída del régimen y se habría «convertido a la democracia» a partir de 1945, y no antes. Subyace, pese a todo, un fuerte reproche (indirecto, si se quiere) a esa conducta, máxime cuando sus amigos y su viuda hasta la actualidad lo han ocultado y ello resulta evidente. No obstante, el autor no llega a profundizar, seguramente por no disponer de datos hasta ahora, en si la actitud de Oestreich pudo venir motivada más por un temor por su esposa u otros familiares o allegados que por él mismo (lo que explicaría mejor la actitud de su viuda), o en si su activismo doctrinal nazi fue inducido o *motu proprio*, ni tampoco en si su «conversión» fue más o menos oportunista o realmente sincera, como parece pensar Pérez Luño (no consta si como «wishful thinking») cuando destaca su «mérito intelectual y cívico» por su actitud en la posguerra y cuando considera que «su propia experiencia vital e intelectual hicieron comprender a Oestreich que dicho nacionalismo entraña un desvalor moral frente a la valoración ética positiva que merecen otras actitudes para las que la comprobación de diferencias fácticas no legitima la discriminación, sino que las lleva a postular, en el plano del “deber ser”, la paridad de trato en función del dato común de la racionalidad, la dignidad o las necesidades de todos los hombres» o cuando destaca Luño que la obra pretende explicar la evolución de las «actitudes doctrinales» de Oestreich «en las coordenadas del difícil y convulso tiempo que le tocó vivir».

V. Sea como fuere, para abordar toda esta temática, el libro se estructura formalmente en cinco capítulos, unas conclusiones y unos *addendae*.

El primer capítulo es una biografía completa del autor, con referencia también a su contexto social, familiar, histórico y formativo y con su evolución o conversión crucial ya comentada a partir de 1945.

⁴ «Primero vinieron por los comunistas y no dije nada porque yo no era comunista/Luego vinieron por los judíos y no dije nada porque yo no era judío/Luego vinieron por los sindicalistas y no dije nada porque yo no era sindicalista/Luego vinieron por los católicos y no dije nada porque yo era protestante/Luego vinieron por mí, pero para entonces ya no quedaba nadie que dijera nada». Parece ser que el autor de estas expresiones fue un pastor protestante, Niemöller, pero quien las popularizó fue Bertold Brecht.

El segundo capítulo analiza de manera sistemática los distintos trabajos elaborados por Oestreich a lo largo de su vida, especialmente en el campo de los derechos humanos, y la evolución doctrinal, en especial a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial (pasa de un «iusnaturalismo acérrimo» a un iusnaturalismo *sui generis*, de cuño sincrético-comparatista a caballo entre la tradición y la modernidad europeo-occidental), que es objeto de un estudio exhaustivo y detallado.

En el tercer capítulo se ocupa el autor de las aportaciones iusfilosóficas específicas del autor respecto de la literatura historiográfica de los derechos humanos (metodología, concepciones iusfilosóficas, acotación de los «derechos humanos» y los «derechos fundamentales»).

El capítulo cuarto se hace eco de la ubicación de Oestreich como pensador e historiógrafo en el seno de la actual polémica iusfilosófica española en torno a figuras y corrientes del pensamiento iusfilosófico contemporáneo, relacionándolo con pensadores e iusfilósofos españoles actuales.

Es también de mucho interés el capítulo quinto, en el que el autor lleva a cabo un complejo contraste entre la vida y la obra de Oestreich y la de Radbruch, ambos creyentes⁵, destacando especialmente cómo el primero asumió el nazismo mientras el segundo lo rechazó de forma activa, aunque finalmente Oestreich concluye también repudiando ese totalitarismo.

VI. Finalmente, el trabajo remata con unas conclusiones debidamente ordenadas y sistematizadas. A ellas se suman cuatro *addenda* y una bibliografía exhaustiva (más de 50 páginas) con todas las obras de Oestreich; las obras complementarias de carácter general; y por último, una sistematización en 20 áreas temáticas de todos los libros y trabajos citados por Oestreich en sus obras historiográficas.

Las *addenda* contienen lo siguiente: 1) Literatura publicada sobre Oestreich y su temática historiográfica desde su fallecimiento en 1978; 2) un trabajo clásico de Oestreich, «La idea de los derechos humanos en su desarrollo histórico»; 3) un estudio de Mikunda sobre la perversión de los conceptos «Derecho natural» e «Historia» en el nazismo prebélico de Oestreich (1933-1945), así como la traducción de «Las Leyes racistas de Núremberg», y de un trabajo de Oestreich, oculto hasta hace poco y ausente de su bibliografía oficial: «Ejército, pueblo y Estado en la Historia de Alemania: la historia del soldado alemán como reflejo de la vida alemana en siglos pasados», que tras un concienzudo examen el autor no duda en calificar de «prueba

⁵ Como destacara FAHLBUSCH en la recensión al libro de MIKUNDA, hay un fuerte contraste entre RADBRUCH y OESTREICH: este último fue protestante, aunque luego se mostró muy crítico con su Iglesia por su actitud frente al nazismo, que contrastaba fuertemente con la que mantuvo la Iglesia católica; mientras, Radbruch era católico, había sido ministro socialdemócrata de justicia en la República de Weimar, fue privado de su cátedra en la Universidad de Heidelberg ya en 1933 al haberse pronunciado en varios escritos contra el «terror de Estado» que se estaba instaurando y había sido un convencido positivista militante hasta el advenimiento del nazismo, pero con posterioridad llegará a consagrar la conocida fórmula de Radbruch, según la cual el Derecho manifestamente injusto no es Derecho, que tanta relevancia práctica ha adquirido posteriormente con relación a la *transitional justice* (persecución de delitos cometidos en un régimen dictatorial anterior, una vez instaurada la democracia en un país).

irrefutable dimanante de su propia mano respecto de su pertenencia al nazismo acivo y proselitista».

En resumen, este libro, resultado de una larga y procelosa investigación (jurídica, histórica y bibliográfica) de rigor y exhaustividad modélicos, no sólo es indispensable para los iusfilósofos interesados en Oestreich y su obra, sino para todos los juristas e historiadores que deseen conocer los convulsos tiempos del nazismo y luego de la posguerra y la desnazificación, y cómo los vivieron los iuspublicistas de la época, así como para observar cómo el nazismo sigue siendo en gran medida, también en la historiografía, un tema parcialmente tabú en Alemania, habiéndose corrido un tupido velo comunitario para no descubrir a todos los que, sin juzgarlos individualmente ni dejar de valorar el clima de terror colectivo sin precedentes en que les tocó vivir, objetivamente colaboraron con aquel régimen de perversión del Derecho.

Joaquín BRAGE CAMAZANO
Universidad Complutense de Madrid

SUSÍN, Raúl, y SAN MARTÍN, Daniel (coords.), *De identidades: reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida*, Tirant lo Blanch/Universidad de La Rioja, Valencia, 2008, 398 pp.

Inmersos en lo que ha dado en llamarse la *modernidad líquida* –o *posmodernidad*–, el libro *De identidades* –en el que Raúl Susín Betrán y David San Martín Segura coordinan una decena de aportaciones procedentes de las jornadas desarrolladas en la Universidad de La Rioja en 2006– supone un modo de constatar la volubilidad de nuestros tiempos en torno a un concepto clave. Y es que las sustancias manejables en esta *posmodernidad* han alcanzado un grado tal de *liquidez* que el contenido de palabras como *identidad* es asumible por lógicas tan diversas como las que proponen los autores convocados en este libro. En cierto modo, la heterogeneidad ofrecida por estos filósofos, sociólogos y juristas encierra en sí misma la paradójica integridad de nuestra época, una época en la que la inversión política en el individuo –como entidad abstracta– ha sido de tal calibre que éste corre el riesgo de ser despojado de todo tipo de coyuntura, quedando desnudo y solo entre miles de millones de otros individuos, en una eterna búsqueda (des)esperanzada de identidades provisionales. La paradoja de nuestra época radica, por tanto, en la sostenibilidad que proponen las contradicciones constantes en las que se mueve el sujeto actual, una dialéctica que le mantiene vivo y al borde de un ataque de nervios.

De este modo el libro *De identidades* está compuesto por una serie de aportaciones tan diferentes entre sí como clarividentes en su totalidad, ya que dan cuenta de una realidad que ya no se piensa como una homogeneidad tributaria de una sola razón, sino como una complejidad sin resolver y, según algunos, sin resolución posible.

No hay, por tanto, un criterio unánime sobre la sustancia que da solidez al concepto *identidad*. Quizás sólo pueda hablarse de la *liquidez* que recorre el término, de modo que el individuo no acaba de saberse nacional, ciudadano, migrante, proletario, víctima, etc.... Los autores aquí reunidos congelan muchos de esos momentos efímeros para calibrar su relevancia, para ponderar la relativa centralidad de cada elemento y, en definitiva, para buscarle cierta solidez sustancial al concepto, ya que éste sería el modo clásico –razonable– de extrapolar enseñanzas básicas para la acción social en alguno de los muchos ámbitos posibles.

Así el libro se estructura en tres grandes bloques: En el primero de ellos, bajo el epígrafe «significados sociopolíticos de la identidad», los coordinadores proponen un campo en el que desenmarañar conceptos convergentes, en el que dar cierto equilibrio a las dimensiones individual y colectiva del ser humano, en el que poder describir –con cierta vocación sintética– la complejidad desalentadora que acompaña al término *identidad* en los *tiempos líquidos*.

En el segundo bloque propuesto se plantea un ámbito para formas localizables de la identidad, para momentos tangibles de aquella liquidez en los que poder conformar cierta firmeza sobre la que pisar y activar los mecanismos políticos y sociales correspondientes.

Un tercer bloque presenta elementos mucho más palpables: materiales de trabajo, casos específicos para repensarlo todo, como el itinerario hacia la propia identidad a través de la asociación «gays y lesbianas de aquí» (GYLDA) y otras polémicas identitarias mostradas en el cine, el arte que

mejor ha retratado la sociedad actual en su marco de movimientos, en su fluidez de fotogramas.

Así, en la primera de las aportaciones, Ernesto Garzón Valdés aborda el asunto a través de la diferenciación entre identidad individual y colectiva, conflicto para el que propone una vía resolutoria mediante la apelación a la tolerancia como *ratio* fundamental.

La aportación de Garzón Valdés propone, en primer lugar, un muestrario de opiniones de distintos autores sobre la relación y tensión entre el individuo y la colectividad circundante, rescatando la opinión de Wieseltier para recordar que, en ocasiones, la invocación de la comunidad es un modo de «idolatría de los orígenes» (p. 40). Así el autor deslegitima lealtades decimonónicas o «culturas parroquiales» como medio para alcanzar el desarrollo de una identidad individual plena (p. 44).

Desde estos presupuestos Garzón Valdés aborda la relación entre el origen étnico o la confesión religiosa y la formación de colectividades, fundamento de una concepción ideal del multiculturalismo actual. El autor pone a prueba esta concepción ideal contrastándola con una serie de casos concretos para, en los desajustes, calibrar la magnitud de lo tolerable. Así, a través de casos conocidos como la lealtad castrense de musulmanes en un ejército de cruces cristianas o el velo islámico en las escuelas, el autor analiza los dilemas prácticos que, amparados en un cierto multiculturalismo ideal, vienen generándose en nuestra sociedad actual. Trata, por tanto, Garzón Valdés, de discernir los puntos de apoyo culturales, colectivos, de los puntos de apoyo morales en la confección de argumentos en pro y en contra, ya que ésta es una confusión constante, según el autor, promovida por quienes segmentan la sociedad fomentando la salvación y conservación de todo vestigio cultural como parte del ideal multicultural.

Es en este contexto en el que Garzón Valdés se sirve del concepto «tolerancia sensata» (p. 66) para distanciarse del «relativismo cultural» que, por extensión, asume como legítimas las morales anejas a cada cultura. Se trata, dice el autor, de encontrar unas «razones puente» (p. 69), razones de tolerancia como las propuestas en la génesis de los derechos humanos: la autodefensa y la consideración por el semejante. En el desarrollo de estos principios, en su expresión jurídica, radica el límite de las diferencias culturales en opinión de Garzón Valdés.

En la segunda aportación García Inda nos advierte, por su parte, del desajuste formal que se genera al dotar de derechos a un colectivo –como sujeto realmente existente–, «habida cuenta del carácter individual del derecho subjetivo desde el punto de vista de su lógica formal» (p. 77). El autor vincula este conflicto a la polémica que en el plano teórico enfrenta al liberalismo con el comunitarismo, resolviendo que sólo podrá obtenerse una síntesis reconciliadora aceptando la «doble verdad». Esta «duplicidad valorativa» –en palabras de Thiebaut (p. 79)– debe sustanciarse en la solidaridad que, de una parte, se deduce de la visión holista de la sociedad que hizo la modernidad, así como de la tolerancia que exige la tradición liberal a través del reconocimiento del individuo.

García Inda advierte igualmente que con la crisis del Estado-nación se quiebra la homogeneidad creada; el individuo y el Estado dejan de ser las únicas referencias subjetivas y florecen ámbitos culturales distintos, florece la diversidad de medios en los que ratificar una identidad concreta, de modo que –*mutatis mutandi*– el derecho, como sistema social, asume esta nueva

complejidad a través de los derechos colectivos, de titularidad múltiple, sintéticos, etc.

Andrés García Inda cierra su aportación con dos epígrafes dedicados a «cuestiones de concepto» y «cuestiones de justificación», respectivamente, renegando de quienes se rinden a la complejidad y no aceptan ningún tipo de conformación ficticia de creaciones de sentido, incluidas las entidades colectivas. En el último epígrafe recorre tres tesis fundamentales que ponen en tela de juicio la justificación de los derechos colectivos (la de la *futilidad*, del *riesgo* y de la *perversidad*), concluyendo que no pueden darse respuestas generales, sino que deben analizarse los intereses y necesidades del caso, gestionando los derechos colectivos de modo que contribuyan al desarrollo más pleno de los derechos individuales.

Diego Bermejo Pérez, por su parte, localiza la sociedad actual en las coordenadas que marcan la pluralidad y la complejidad, de modo que las identidades desarrolladas no pueden sino estar vinculadas a esas mismas coordenadas. Sin embargo, las interpretaciones que se realizan sobre la pluralidad de las identidades resultan en ocasiones un tanto timoratas, apocadas ante la *exigencia de la posmodernidad*. Así el autor reconoce tres «modelos teóricos para pensar la pluralidad» (p. 104): el *pluralismo relativo*, el *pluralismo absoluto* y el *pluralismo radical*. Los dos primeros –si bien con diferencias sensibles– se desarrollan desde planteamientos «extrinsecistas» (p. 104) que deducen al individuo de una preconcepción cultural, por muy plural que ésta sea. El último –el *pluralismo radical*– se desarrolla sobre una base «intrinsecista, es decir, internaliza la pluralidad» (p. 105), de modo que un individuo puede gestionar, contrastar y reciclar constantemente su propia identidad personal. En opinión de Bermejo Pérez, nuestra sociedad carga aún con la inercia del «paradigma unitarista» (p. 105), con el prejuicio de la modernidad, podríamos decir, aquella que creyó poder explicarlo todo (y así devino totalitarista) a golpe de razón.

La *posmodernidad* se ha implantado con la fuerza de su ausencia de verdades originarias y, por tanto, debemos pensarnos a nosotros mismos en esa lógica. Bermejo asume así el modelo de la *identidad transversal* como el significante más apropiado para las identidades en estos tiempos, asumiendo el comunitarismo como una «contingencia necesaria pero no suficiente» (p. 105). De hecho, Bermejo advierte de la necesidad de repensar el mismo concepto de *cultura* en tanto que éste ya no puede basarse sobre las viejas claves cartesianas y mucho menos puede reducirse a los engendros románticos decimonónicos. Cualquiera que sea el *monoculturalismo –universalista o pluralista–* ambos se basan en un concepto *monista esencialista* que, a estas alturas de la *posmodernidad*, debe ser superado por una «pluralidad genuina»: la *pluralidad radical*, «interior a toda forma cultural» (p. 110).

Bermejo descarta en esta lógica las fórmulas que han tratado de dar cuenta de cierta pluralidad cultural, como la *interculturalidad*, el *multiculturalismo* o el *regionalismo universalista*. A todas ellas se les puede achacar alarmantes faltas de precisión definitoria en un mundo tan fluido como el que marca la *posmodernidad*, además de apriorismos propios de (pre)concepciones hoy en día poco útiles. Rescata el autor, continuando la línea ya esbozada, la *pluralidad transversal* como modo de entender realmente el cruzamiento *inter e intra-cultural*, concepto existencialista que deja atrás las viejas ataduras esencialistas.

Sobre estas bases el autor vislumbra una posibilidad para la ética posmoderna, una ética de la pluralidad que resume de este modo: «antifundamenta-

lismo autocrítico hacia dentro y reconocimiento de la diferencia hacia fuera» (p. 128). Sólo queda por apuntar hacia dónde nos llevaría una adaptación interior tan *disciplinadamente libre* a la fluidez de la *posmodernidad*, preguntarnos cuál es el alcance de esa ética sobre la que escribe Bermejo Pérez y si ésta es una opción realmente libre o una inducción conveniente más.

En cierto modo, Castor Bartolomé Ruiz, quien firma la siguiente aportación, ofrece algo de luz a estas cuestiones que quedan en el aire. El autor trata de poner en relación el proceso de constitución de identidades con una cierta dinámica social global. Propone, por tanto, una interpretación de la reconstrucción identitaria en la *posmodernidad* en clave sociológica, en función de los intereses de control. Ejemplo paradigmático de este vínculo lo encontramos, según apunta el autor, en el modelo político colonialista y su promoción de la razón iluminista como esencia humana sustanciada en la cultura occidental. De esta idea se infirió durante décadas la legitimación necesaria para muchas de las intervenciones del Estado-nación occidental en el resto del mundo, lo que pone de manifiesto la vinculación entre la constitución de un tipo de identidad y su instrumentalidad social y política.

Esta concepción esencialista del ser humano entra en crisis, como decía en la anterior aportación Bermejo Pérez. Sin embargo, dice Bartolomé Ruiz, esta crisis no debería implicar necesariamente un nihilismo tal que prescindiera de cierto «auto-reconocimiento del sujeto [...] una cierta naturaleza humana». (p. 151). Tal vez así, sugiere el autor, se incrustarían ciertas cuñas resistentes a lo que puede suponerse una fórmula de control; y es que las nuevas formas de dominación «producen, principalmente, modos de subjetivación [...]. Los sujetos que se identifican con tales referencias simbólicas interiorizan como propias las demandas del sistema y con ello se sujetan de forma *libre* y flexible a las exigencias de sus instituciones» (p. 158). Es decir, frente a la propuesta del profesor Bermejo de una ética posmoderna adaptable con cierta inmediatez a la *liquidez* de nuestros tiempos, el profesor Bartolomé sigue apostando por un cierto anclaje iluminista que denuncie aquella adaptabilidad del sujeto en términos de estrategia política; y tal vez, podemos apuntar, lo que hace sospechosa a esa ética posmoderna es que viene siendo ampliamente promocionada desde los principales centros de poder, que ignoran la idea de que «el sujeto no puede ser reducido a una esencia pero tampoco puede ser diluido en su existencia» (p. 172).

Así, retomando a Marx, Bartolomé Ruiz reivindica la vinculación existente entre la creación de sentido por parte del sujeto (incluido el sentido reflexivo) y las condiciones materiales de existencia. Si bien no se trata de una vinculación determinista y unidireccional (como propone parte de la ortodoxia), esta concepción sí deja al descubierto la inversión de las sociedades capitalistas «en la fabricación de subjetividades» (p. 178). Finalmente, en un modo de dejar abierta su perspectiva sobre la mutualidad entre el individuo y su entorno, el profesor Bartolomé Ruiz remite a la relación *agónica* entre la sujeción y la emancipación en el sujeto, apuntando las dificultades constantes en cada ser humano por discernir las combinaciones correctas entre adaptación o protesta, cautiverio o autonomía.

La segunda parte del libro lleva por título «Formas de identidad e identificación» y trata de ofrecer versiones más concretas desde los significados conceptuales esbozados en la primera parte. En ese intento el profesor José María Aguirre Oraa expone una forma de identidad que, en su opinión, se infiere al aunar –mediante una «perspectiva nacional abierta, democrática y solidaria» (p. 191)– las tradiciones decimonónicas francesa y alemana en

torno a los conceptos de individuo, nación y pueblo. De este modo, combinando con precisión el esencialismo humanista francés y el historicismo conformador de culturas objetivas alemán, el profesor Aguirre recompone una postura adaptable a la realidad globalizada de nuestros días –al menos formalmente– y que sustancia en una cierta *moral cultural*. Aguirre se resiste a ceder definitivamente a los historiadores los lemas de la modernidad y considera, con Kant, que es labor de la filosofía hacerlos valer en la política. En esta línea el profesor Aguirre ratifica las palabras de Vasak –«la autodeterminación es a los pueblos lo que la libertad a los individuos» (p. 215)– y traslada los peligros de este asunto a la rigidez de los Estados constituidos. Es a través de esta traslación del centro de gravedad a los pueblos –en tanto que entidad realmente existente– como Aguirre Oraa considera que debe desarrollarse la democracia y el progreso, sin necesidad de deber definir el concepto de pueblo en clave folclórica, sino como comunidad solidaria y abierta, retomando los viejos lemas iluministas de una hermandad universal. El único modo –la utopía, según Aguirre– de no anquilosarse ante las nuevas exigencias globales. Un modo seguro –según algunos autores posmodernistas– de anquilosarse por completo.

En la siguiente aportación, Oriol Barranco Font se ocupa de la identidad obrera y de las metamorfosis sociales que han puesto en crisis la forma clásica de aquella identidad; crisis, por otro lado, que no empaña algunos presupuestos básicos en opinión del autor: los obreros no sólo continúan existiendo –frente a interpretaciones relativistas–, sino que además el de los trabajadores sigue siendo el grupo social mayoritario en las potencias democráticas occidentales (concretamente en España). Partiendo de estas bases, el autor aborda la terminología empleada en este asunto para dar cuenta de la complejidad sobrevenida: diferencia así «cultura proletaria» de «identidad proletaria» (p. 235), término este último para el que se hace necesario el carácter de membresía, cuya aplicabilidad se ha hecho más compleja con las transformaciones sociales de las últimas décadas. Estas mismas transformaciones son las que, en opinión de Barranco Font, han invalidado la sinonimia entre proletario y asalariado, ya que en la sociedad posmoderna occidental –basculante hacia el sector terciario y en la que se viene conformando un ejército de mandos intermedios– ya no puede aplicarse tan fácilmente la lógica marxiana de propietarios y no propietarios de los medios de producción.

Los cambios en el conjunto de los asalariados, en los modelos de empleo, en la operatividad de la empresa, etc., han generado en estas últimas décadas una grave crisis en la identidad obrera, siendo cada vez más complicado reconocerse como miembro de esta clase. Y en esta trama se urde la actual crisis ideológica de los movimientos obreros, así como la de la operatividad de sus partidos y sindicatos, configurados ya como centros de poder administrativo antes que como catalizadores de una identidad colectiva común. En estas circunstancias el autor concluye apelando a un proceso de «reestructuración» de la clase (p. 269), una reinención de la misma que retome la identificación colectiva perdida.

La aportación de Joaquín Giró Miranda se centra en la construcción de la identidad entre los adolescentes hijos de la inmigración. A la ya de por sí dificultosa configuración de la identidad en la adolescencia, el hijo de inmigrantes debe calibrar opciones disociables a veces incluso hasta el antagonismo: la cultura de sus orígenes, de su familia, y la cultura del lugar en el que vive, de sus amigos. En este cruce de sentidos el adolescente puede sentirse, dice Giró, desorientado. Las confrontaciones clásicas entre padres y amigos,

familia y escuela son cruzadas por confrontaciones de aún mayor calado: conflictos entre culturas que emborronan cualquier posibilidad de referente claro. Ante esta situación el profesor Giró proyecta tres posibilidades de respuesta por parte del sujeto implicado: una defensiva respecto de los orígenes (que puede incluso degenerar en una exacerbación fundamentalista), otra belicosa con respecto a la propia familia (en cuya herencia racial o religiosa el adolescente localiza buena parte de sus dificultades) y, finalmente, la opción virtuosa capaz de armonizar los cruces opuestos. Para que esta tercera opción se convierta en la más constante de todas, los adolescentes, apunta Giró Miranda, necesitan referentes sólidos por parte de la sociedad hasta el punto de configurarse como *verdadera* sociedad multicultural.

María José Bernuz Benítez ofrece una versión de la identidad en clave de los riesgos que caracterizan la nueva ordenación de la sociedad posmoderna. De tal modo la caracterizan que el proceso de individualización que viene produciéndose a todos los niveles resuelve al hombre, según la profesora Bernuz, como un riesgo para el hombre. Frente a la intervención del Estado mediante una estrategia ordenada, la vida económica y social cada vez se descifra más en acciones individuales en las que importa, sobre todo, la propia protección frente a los riesgos generados por otros. Ante este panorama, afirma la autora, nuestra sociedad celebra la *victimización*, ya que la actividad política se dirige, cada vez más en exclusiva, a la reducción de riesgos individuales en lugar de a la localización de problemas colectivos. De este modo, desde este *miedo al otro*, nuestras vidas son orientadas por la autoprotección en detrimento de la lucha colectiva por los derechos comunes. Nuestra identidad, por tanto, se vincula, cada vez con más precisión, a nuestra propia integridad, más allá de otros factores sociales. Es así como, ante la lluvia de sucesos en las noticias, nos sentimos identificados con las víctimas y nunca con la posibilidad de vernos arrastrados socialmente al papel de delincuentes.

La autora concluye su aportación apuntando la insostenibilidad de una identidad fundamentada en el miedo y denuncia la promoción política y económica interesada de esta dinámica.

En la última de las aportaciones, la profesora María José González Ordovás incide en las prácticas políticas tendentes a separar como estrategia social. Así el concepto de *los otros* se configura como una referencia constante que la autora analiza en función de las claves figurativas de Foucault: *convenientia*, *aemulatio*, *analogía* y *simpatia*. Quienes no puedan asimilarse a estas figuras quedan en la marginación, componen el núcleo de *los otros*. Y así, con esta criba siempre presente, la cuestión ya estructural de la inmigración, dice González Ordovás, queda como una eterna coyuntura pendiente siempre de enfocarse desde una visión integral.

Estas cuestiones tienen un reflejo evidente en el paisaje cívico, en la ciudad, en el urbanismo que desarrolló las periferias obreras en las grandes ciudades, una reordenación higiénica de un problema acuciante pero símbolo, en definitiva, de una identificación negativa.

En los últimos años, inmersos en un proceso de individualización intensivo, se proyecta un urbanismo fundamentado en la privación de espacios públicos, en la construcción desmesurada de zonas privadas en las que desarrollar la vida mirando de reojo si alguno de *los otros* pretende allanar nuestra morada, esa en la que viven los nuestros.

El libro se cierra con dos materiales de trabajo: En «la construcción identitaria como forma de emancipación» el colectivo Gylda de Logroño (gays y

lesbianas de aquí) repasa el itinerario que en los últimos años ha conformado un modo de identidad (individual y colectiva). Por último, los coordinadores del libro nos proponen un modo de «pensar la identidad a través del cine», concretamente a través de dos películas: «El hombre elefante», en la que David Lynch expone un modo de *otredad* casi obscena, y «Boy's don't cry», en la que se aborda la complejidad, cada vez más manifiesta, que rodea el asunto de la identidad sexual. Se ofrece también una lista de películas que ayudan a ilustrar otros tantos temas relacionados con *identidades*, lo que da cuenta de la complejidad del asunto, de su susceptibilidad para ser analizado desde muy diferentes puntos de vista y –por volver a la metáfora de Bauman que subtitula el libro– de la *liquidez* en la que se mueven los conceptos con los que tratamos de comprender la sociedad actual. Sirve a este propósito el glosario de términos sobre identidad que ofrecen los coordinadores en las últimas páginas del libro.

Sergio PÉREZ GONZÁLEZ
Universidad de La Rioja

V

NOTICIAS

José Delgado Pinto nombrado doctor *honoris causa* por la Universidad de Oviedo

El Consejo de Gobierno de la Universidad de Oviedo aprobó, a propuesta del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, conceder el grado de Doctor *honoris Causa* al profesor José Delgado Pinto en consideración a los extraordinarios méritos que ha acumulado a lo largo de su carrera en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

El solemne acto de investidura tuvo lugar el 18 de enero de 2008 en el Paraninfo de la Universidad. El profesor Luis Martínez Roldán ofició de padrino y en su *Laudatio* se refirió de diversas formas a la trayectoria académica, pedagógica e investigadora de don José Delgado Pinto, del que destacó su contribución decisiva y valiente en el desarrollo de la Filosofía del Derecho en España, su gran compromiso en la formación de cuantos han reclamado su magisterio, fundamentalmente a través de la dirección de Tesis de Doctorado, así como el rigor de sus escritos sobre muchas de las cuestiones iusfilosóficas más intrincadas y complejas.

El nuevo Doctor *Honoris Causa*, don José Delgado Pinto, intervino a continuación con un discurso *Sobre la utilidad de la Filosofía del Derecho en la formación de los juristas en la coyuntura actual*. En él reivindicó la importancia de la filosofía jurídica como disciplina teórica por excelencia en la formación que puede proporcionar una facultad de Derecho, puesto que «no hay nada más útil como preparación para una práctica social que una buena teoría sobre la misma». Especialmente cuando concurren circunstancias como las actuales: la evolución peculiar del orden jurídico contemporáneo y las modificaciones de la propia filosofía jurídica. Entendida ésta como teoría que proporciona un esquema conceptual abstracto adecuado para comprender y valorar la práctica jurídica, manejar críticamente los diversos modos del razonamiento jurídico y justificar decisiones que valen para contenidos normativos diversos. Si la Filosofía del Derecho está en condiciones de producir este rendimiento, ello se debe al énfasis que los filósofos del derecho ponen en la integración de las más solventes teorías filosóficas de orientación sintético-sistemática, analítica, lingüística, hermenéuticas y críticas. La contribución del profesor Delgado Pinto a una Filosofía del Derecho adecuada para proporcionar una sólida mentalidad jurídica es, sin ninguna duda, decisiva.

Jornadas en homenaje a Gregorio Peces-Barba

Las jornadas en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba se celebraron en la Universidad Carlos III de Madrid del 20 al 22 de mayo de 2008. La iniciativa se tomó desde el Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas» y el Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, y fueron sus respectivos directores, Rafael de Asís Roig y Eusebio Fernández García, quienes, junto con el Rector de la Universidad, Daniel Peña, las presentaron e inauguraron.

A lo largo de sus tres días de duración, diferentes profesores, procedentes de distintas Universidades tanto españolas como extranjeras, reflexionaron sobre las cuestiones que daban título a las jornadas, «Ética, Poder y Derecho», enlazando sus puntos de vista con los que a este respecto ha mantenido y mantiene Gregorio Peces-Barba. Uno de los mayores aciertos del encuentro fue precisamente el diálogo al que dio lugar este formato interactivo. Y es que no se trataba únicamente de ensalzar la figura del homenajeado en sus múltiples facetas, como político, abogado, profesor, maestro, académico, rector o, incluso, amigo, sino de analizar su prolífico trabajo y adoptar una posición frente al mismo. En esta tarea no se dejó ningún cabo suelto. Se abordaron sus tesis más significativas en el área de filosofía jurídica y política, la teoría de la justicia, los derechos humanos y la historia de las ideas. Se atendió también a algunas de las cuestiones que, podría decirse, son características de su pensamiento e identifican su particular recorrido filosófico jurídico. Tal es el caso de la teoría dualista de los derechos (entendidos como derechos fundamentales), el estudio de la ética pública y su relación con la ética privada o el valor de la ilustración; es más que notable la influencia que los ilustrados han ejercido en la posición teórica y en los juicios críticos de Gregorio Peces-Barba.

Finalmente, cerró las jornadas la presentación de los cuatro volúmenes que configuran los «Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba», en los que ha colaborado un ingente número de investigadores y docentes (más de 200) y que llevan por título, respectivamente: «Entre la ética, la política y el Derecho» (V.1), «Teoría de la justicia y derechos fundamentales» (V.2), «Historia y filosofía política, jurídica y social» (V.3) y, por último, «Teoría y Metodología del Derecho» (V.4).

En suma, no cabe duda de que el homenaje fue completo. No faltaron las discusiones teóricas, el debate, la crítica o el elogio, ni faltaron, por supuesto, sinceras y merecidas dosis de calidez y afecto.

María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP
Universidad Carlos III de Madrid

Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Elías Díaz y Ernesto Garzón Valdés son nombrados doctores *honoris causa* por la Universidad de Alicante

El 23 de noviembre de 2007 el Consejo de Gobierno de la Universidad de Alicante aprobó, a propuesta del Departamento de Filosofía del Derecho y de la Facultad de Derecho, el nombramiento como doctores *honoris causa* de los profesores Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Elías Díaz y Ernesto Garzón Valdés.

Con este nombramiento, la Universidad de Alicante ha querido reconocer el mérito de la obra teórica de estos ilustres filósofos del Derecho. Todos ellos han contribuido de manera relevante a que la filosofía del Derecho en lengua española ocupe hoy un lugar importante en la escena internacional y tenga una notable influencia en la cultura jurídica, en general, de los países latinos. Cada uno de ellos ha impreso a esa filosofía del Derecho un rasgo peculiar que podría cifrarse en lo siguiente: Ernesto Garzón Valdés ha remarcado la necesidad de la ética normativa y la exigencia de superar el escepticismo y el relativismo moral; Eugenio Bulygin, la precisión conceptual y el método analítico; Elías Díaz, el compromiso político y moral con la democracia y el Estado de Derecho; y Robert Alexy (quien, aunque no pertenece al mundo latino, ha ejercido en el mismo una influencia incuestionable), la vinculación de la filosofía del Derecho con la razón práctica y el constitucionalismo. Junto a este reconocimiento a sus sólidas trayectorias académicas, la Universidad de Alicante ha querido también mostrar su agradecimiento a la importante contribución de cada uno de ellos al desarrollo del proyecto de la revista *Doxa*, desde su nacimiento hace veinticinco años.

El solemne acto de investidura tuvo lugar el 30 de mayo de 2008 en el Paraninfo de la Universidad. El profesor Manuel Atienza ofició de padrino, con una *laudatio* colectiva en la que recogió aportaciones de los distintos miembros del área de Filosofía del Derecho. A continuación los cuatro nuevos doctores *honoris causa* pronunciaron su discurso, en el que presentaron de manera sintetizada sus concepciones de la filosofía del Derecho. El día anterior, jueves 29 de mayo, aprovechando su presencia en Alicante, tuvo lugar en la Facultad de Derecho un seminario en el que, bajo el título de «Visiones de Filosofía del Derecho», los profesores homenajeados tuvieron

la oportunidad de exponer y discutir con el público sus concepciones de la Filosofía del Derecho de manera más amplia.

Isabel LIFANTE VIDAL
Universidad de Alicante

Investidura de Luigi Ferrajoli como doctor *honoris causa* por la Universidad de Castilla-La Mancha

El 12 de enero del año 2009 se celebró en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo la solemne investidura del profesor Luigi Ferrajoli como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha. El acto académico tuvo lugar en la Iglesia del antiguo convento de la Orden dominica de San Pedro Mártir, hoy sede universitaria, en presencia de cientos de estudiantes y de profesores, coincidiendo con la sesión inaugural de los IX Cursos de Posgrado para alumnos iberoamericanos. La Lección magistral del nuevo Doctor versó sobre *La democracia política y su crisis actual* y fue precedida por una *Laudatio* a cargo de Luis Prieto Sanchís, catedrático de filosofía del Derecho de la propia Facultad. Luigi Ferrajoli, profesor ordinario de filosofía del Derecho de la Universidad de Roma III, suma este galardón académico a los Doctorados Honoris Causa por las Universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora, Nacional de la Plata y Rosario, así como al Premio internacional de investigación Hector Fix-Zamudio, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Gema MARCILLA CÓRDOBA
Universidad de Castilla-La Mancha

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 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.

