

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

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

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

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXVI
2010

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2010

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): 007-10-074-7
NIPO (M.º de Justicia): 051-10-012-X
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN

La Universidad de La Rioja fue la anfitriona de las XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Los días 26 y 27 de marzo de 2009 reunió a una buena parte de los profesores del área para debatir, pensar juntos y avanzar propuestas. Las ponencias invitadas de estas jornadas constituyen el primer apartado del volumen XXVI del *Anuario de Filosofía del Derecho* 2010. El tópico que encabezó las jornadas: *Viejos temas, nuevos problemas*, fue desarrollado a través de cuatro núcleos temáticos. El primero de ellos, «Derechos humanos: algunos retos actuales» ofrece los artículos de P. de Lora y A. Madrid. El núcleo temático «Derecho-política-poder» integra las contribuciones de M. Alemany, E. Bodelón y A. Ruiz Miguel. Le siguen los artículos sobre «Derecho y Ciencia» en el que han escrito A. Cambrón, H. Silveira y A. Pelayo. Finalmente, el primer apartado del *Anuario* está dedicado a las relaciones entre cine y Derecho que son abordadas por B. Rivaya, R. García Manrique, J. A. Gómez, J. L. Pérez Triviño y M. Ruiz.

El segundo de los apartados del *Anuario* integra, como ya es habitual, estudios de Teoría y Filosofía del Derecho y constituye una miscelánea comprensiva de trabajos sobre epistemología jurídica, justificación de las instituciones jurídicas, argumentación y toma de decisiones en el ámbito del derecho, derechos humanos y cuestiones propias de la filosofía política. Hemos incluido en esta sección un artículo de J. Bengoetxea en memoria de la figura y la obra de N. MacCormick.

El presente volumen del *Anuario de Filosofía del Derecho* ofrece al lector en la sección rotulada como Debates, dos interesantes diálogos críticos de muy distinta temática. El primero de ellos discute a propósito de *Una metateoría del positivismo jurídico* y en él J. J. Morero polemiza sobre este libro con su autor R. Jiménez Cano.

El segundo de los debates gira entorno al libro *Laicismo y Constitución* y en él intervienen R. Ramis y A. Ruiz Miguel.

Quince comentarios de libros integran la sección dedicada a Crítica bibliográfica. Un conjunto de reflexiones que dan cuenta de los intereses plurales y diversos de la comunidad de los filósofos del Derecho. 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.

La última de las secciones del *Anuario de Filosofía del Derecho* quiere ser un homenaje a la memoria de aquellos profesores de filosofía del derecho que han fallecido recientemente. Unas palabras sobre Jesús González Amuchástegi, Joaquín Herrera Flores y Joaquín Ruiz Jiménez. Cada uno de ellos nos deja una forma de hacer y pensar que es, a su vez, un estímulo para seguir contribuyendo a hacer de esta área de conocimiento una instancia de referencia creativa, reflexiva y crítica.

Una vez más no quiero terminar esta presentación sin invitar de nuevo a participar activamente en este foro que es el *Anuario de Filosofía del Derecho* con contribuciones capaces de incidir en cuestiones centrales y con repercusión en distintas áreas geográficas y académicas.

MARIA JOSÉ AÑÓN ROIG
Directora del AFD

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN: MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i>)...	5
I. MONOGRÁFICO: XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: «Viejos temas, nuevos problemas» (Universidad de La Rioja, 26 y 27 de marzo de 2009)	
Primera sesión: Derechos humanos. Algunos retos actuales	
– DE LORA, PABLO (Universidad Autónoma de Madrid): <i>La familia humana y otros animales</i>	17
– MADRID PÉREZ, ANTONIO (Universitat de Barcelona): <i>El acceso a los derechos: la experiencia del proyecto dret al Dret</i>	31
Segunda sesión: Derecho, política, poder	
– ALEMANY, MACARIO (Universidad de Alicante): <i>Democracia versus Constitución (¿precompromiso o paternalismo?)</i>	59
– BODELÓN GONZÁLEZ, ENCARNA (Universitat Autònoma de Barcelona): <i>Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?</i>	85
– RUIZ MIGUEL, ALFONSO (Universidad Autónoma de Madrid). <i>Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia</i>	107

Tercera sesión: Derecho y ciencia

- CAMBRÓN, ASCENSIÓN (Universidade da Coruña): *Algunos problemas de la biotecnología y su tratamiento jurídico: ¿Ciencia o doctrina del Derecho?* 149
- SILVEIRA GORSKY, HÉCTOR C. (Universitat de Lleida): *La democratización de la investigación biomédica* 177
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, ÁNGEL (Universidad de Cantabria): *La intervención del Derecho en la actuación sanitaria. El extraño caso del consentimiento informado* 193

Seminario sobre cine y Derecho

- RIVAYA GARCÍA, BENJAMÍN (Universidad de Oviedo): *Algunas preguntas sobre Derecho y Cine* 219
- GARCÍA MANRIQUE, RICARDO (Universitat de Barcelona): *Anatomía de un asesinato: las impurezas naturales del derecho (y cómo aprender derecho con ellas)* 231
- GÓMEZ GARCÍA, JUAN ANTONIO (UNED): *Los estudios de derecho y cine como ámbito de investigación* 241
- PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS (Universitat Pompeu Fabra de Barcelona): *Cine y Derecho. Aplicaciones docentes* 247
- RUIZ SANZ, MARIO (Universitat Rovira i Virgili Tarragona): *¿Es conveniente enseñar derecho a través del cine?* 257

II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

- BENGOETXEA, JOXERRAMÓN (Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea): *Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil MacCormick* 267
- BONORINO RAMÍREZ, PABLO RAÚL (Universidade da Vigo): *¿Puede la epistemología ser árbitro en las disputas sobre políticas legislativas?* 289
- GARCÍA NEUMANN, JAIME: *La crisis mundial de alimentos y los derechos humanos* 305
- GRECO, TOMMASO (Università di Pisa): *Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos* 327
- ISERTE SORIANO, LUIS: *Globalización y multiculturalidad en Amartya Sen* 345
- MARTÍNEZ I SEGUÍ, JOAN ALFRED (Universitat de València): *Política, poder y regionalismo europeo a la luz del federalismo integral de Denis de Rougemont* 391

	Pág.
– NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (Università degli Studi di Genova): <i>Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica</i>	413
– PÉREZ DE LA FUENTE, ÓSCAR (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Dilemas constitucionales y decisiones judiciales</i>	435
– TORNEL GÓMEZ, MIGUEL ÁNGEL: <i>Martin Buber. Dimensiones filosófico-políticas de un pensar dialógico</i>	461

III. DEBATES

Primer debate

– MORESO, JOSÉ JUAN (Universitat Pompeu Fabra de Barcelona): <i>La tarea de la teoría del derecho. Comentarios a Una metateoría del positivismo jurídico</i> , de R. M. Jiménez Cano,	487
– JIMÉNEZ CANO, ROBERTO M. (Universidad Carlos III de Madrid): <i>El carácter de la teoría y de la identificación del Derecho</i> . Respuesta a José Juan Moreso.....	503

Segundo debate

– RAMIS BARCELÓ, RAFAEL (Universitat Pompeu Fabra Barcelona), Sobre el libro de Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls, <i>Laicismo y Constitución</i> , Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 199 pp.)	527
– RUIZ MIGUEL, ALFONSO (Universidad Autónoma de Madrid), <i>Del laicismo al irenismo: precisiones cordiales</i>	531
– RAMIS BARCELÓ, RAFAEL (Universitat Pompeu Fabra Barcelona): <i>Demasiado honor: sobre el irenismo de los aprendices</i>	535

IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

– APARISI MIRALLES, ÁNGELA, <i>Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, Granada</i> , Comares, 2007, 170 pp. (Martha Miranda. Universidad de Navarra)	541
– BIRULÉS BERTRÁN, JOSEFINA; VIVAS LARRUY, MARÍA ÁNGELES, (dir.), <i>Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad</i> , Estudios de Derecho Judicial 131/2007, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2008, 323 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga).....	545

	Pág.
– CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, <i>Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-arratif</i> , Québec, (Canada), Les Presses de l'Université Laval (Collection Dikè), 2008, 141 pp. (Concepción I. Núñez Martínez)	551
– CUENCA GÓMEZ, PATRICIA, <i>El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica</i> , Madrid, Dykinson, 2008, 614 pp. (José Antonio García Sáez. Universitat de València).....	555
– DE LUCAS, JAVIER; SOLANES, ÁNGELES (edits.): <i>La igualdad en los derechos: claves de la integración</i> . Madrid, Dykinson. 2009, 541 pp. (Juan Ramón Fallada García-Valle. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona).....	561
– DIMOULIS, DIMITRI y OTO DUARTE, ÉCIO (coords.). <i>Teoria Do Direito Neoconstitucional ¿Superação ou reconstrução do positivismojurídico?</i> , São Paulo, edit. Método, 2008, 447 pp. (Betzabé Marciani Burgos. (Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú)	569
– FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, ENCARNACIÓN, <i>¿Estados fallidos o Estados en crisis?</i> , Granada, ed. Comares, 2009, 183 pp. (Ana Jiménez Moliner).....	576
– FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, FEDERICO y HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL (eds.), <i>Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?</i> , Frankfurt, Ed. Vittorio Klostermann, 2008, 752 pp. (Daniel J. García López. Universidad de Almería) .	583
– GARCÍA NEUMANN, JAIME, <i>Neoconservadores y choque de civilizaciones: hechos y raíces doctrinales</i> , Comares, 2008, 360 pp. (Anna Colomer Segura. Universitat de València)	591
– HIERRO, LIBORIO, <i>El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho</i> , segunda edición, Madrid, Iustel, 2009, 374 pp. (Silvana Castignone. Università degli Studi di Genova)	600
– LLANO ALONSO, FERNANDO H., <i>El fornalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparativa</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 275 pp. (Manuel Lanusse Alcover)	605
– MENDIZÁBAL VILLALBA, ALFREDO, <i>Pretérito imperfecto. Memorias de un utopista</i> (edición a cargo de Benjamín Rivaya García, Etelvino González López y Rafael Sempau Díaz del Río), Oviedo, Real Instituto de Estudios Asturianos, 2009, 335 pp. (Ricardo García Manrique. Universitat de Barcelona)	614

	Pág.
– OLLERO TASSARA, ANDRÉS, <i>El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos</i> . Pamplona, Thomson - Aranzadi, 2007, 265 pp. (Aurelio de Prada García. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).....	621
– PEÑA, LORENZO, <i>Estudios republicanos</i> . Contribución a la filosofía jurídica y política, Madrid/México, Plaza y Valdés, 2009, 455 pp. (Concepción Fernández Alonso).....	626
– RUIZ SANZ, MARIO, <i>La construcción coherente del Derecho</i> , Madrid, Dykinson, 332 pp. (Pablo Miravet Bergón. Universitat de València).....	633

V. NOTICIAS

– Crónica de las XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, «Viejos temas, nuevos problemas». Universidad de La Rioja, Logroño, 26 y 27 de marzo de 2009 (Raúl Susín Beltrán. Universidad de La Rioja).....	641
--	-----

VI. NECROLÓGICAS

– Jesús González Amuchástegui (1959-2008) (José Calvo González. Universidad de Málaga).....	647
– Joaquín Herrera Flores: derechos humanos, procesos de lucha y el arte del mantenimiento de la motocicleta (David Sánchez Rubio. Universidad de Sevilla)	653
– Joaquín Ruiz Jiménez: un camino hacia la democracia (Elías Díaz. Universidad Autónoma de Madrid).....	661
– Joaquín Ruiz Jiménez: un soñador para un pueblo (Gregorio Peces-Barba. Universidad Carlos III de Madrid).....	663

I

**MONOGRÁFICO:
XXII JORNADAS DE LA SOCIEDAD
ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA
Y POLÍTICA: «VIEJOS TEMAS, NUEVOS
PROBLEMAS»**

**(Universidad de La Rioja, 26 y 27 de marzo
de 2009)**

Primera sesión

**DERECHOS HUMANOS. ALGUNOS RETOS
ACTUALES**

La familia humana y otros animales

Por PABLO DE LORA
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En este artículo se exploran los argumentos especieístas expuestos en un artículo póstumo de Bernard Williams y hasta qué punto la presunta relevancia moral de la pertenencia a la especie humana no nos permite atribuir ningún estatuto moral a los miembros de otras especies que, sin embargo, cuentan con mayores capacidades cognitivas que los seres humanos severamente discapacitados.

Palabras clave: *Especieísmo, argumento de los casos marginales, transgénesis, discapacidad.*

ABSTRACT

In this article I explore the speciesist arguments defended by the late Bernard Williams, and the extent to which his defense allows us to deny moral status to those animals from other species that possess more cognitive capabilities than the cognitively impaired human beings.

Key words: *Speciesism, Argument from the marginal cases, Transgenesis, disability.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL VANO INTENTO DE CUADRAR EL CÍRCULO DE LA MORALIDAD.-3. LO NORMAL DE LA ESPECIE.-4. LO ESPECIAL DE LA ESPECIE (HUMANA).-5. DE NUEVO EL ESPECIEÍSMO (Y LOS MARCIANOS).-6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación por cómo debemos tratarnos entre nosotros –por lo que «nos debemos» unos a otros en la terminología de Scanlon– es la manifestación de una elevada capacidad cognitiva, lo que resumimos normalmente bajo la etiqueta de «agencia moral». Esa capacidad nos permite, y nos ha permitido, extender el círculo de seres que cuentan con estatuto moral no sólo a quienes son «uno de los nuestros», esto es, seres dotados de sentido de la justicia, sino más allá. «Agente moral» y «sujeto de derechos básicos»; o «ser digno de consideración moral», o «ente con estatuto moral» no son términos coextensivos.

Hace ya muchos años, Bernard Williams nos advertía de que cuando lo que nos planteamos es la ampliación de esa preocupación allende las lindes de la propia especie, expresamos nuestra condición humana (los tigres no son franciscanos, no parecen preocuparse mucho por las gacelas¹), y que ese aspecto tan propio de la vida humana sólo puede ser adquirido, cultivado y enseñado «... a partir de la comprensión de nosotros mismos»². En definitiva, quienes postulan ciertas restricciones en nuestro comportamiento con los animales no humanos lo hacen a partir de una doble consideración que puede resultar a primera vista –pero sólo a primera vista– paradójica: que hay algún aspecto en el que los animales no humanos son suficientemente similares a nosotros, característica que les haría merecedores de la condición de paciencia moral, y que nosotros –los agentes morales– no somos como ellos, es decir, que somos capaces de restringir nuestros impulsos mediante el ejercicio de la razón práctica.

Algunos años después, poco antes de morir, Bernard Williams tuvo ocasión de profundizar en esta suerte de «intrínseco antropocentrismo ético» que nos acompaña. En *El prejuicio humano*, publicado póstumamente a partir de una conferencia que dictó en Princeton en el año 2002³, Williams defiende el hecho de que tengamos una consideración especial para nuestros congéneres, que los seres humanos seamos lo más importante, no *sub specie aeternitatis*, sino para nosotros mismos, y que no precisemos de una razón ulterior a la de pertenecer a la misma especie para justificar dicha discriminación moral.

Este «prejuicio humano» resulta, según Williams, estructuralmente diferente a otros prejuicios históricos afortunadamente desterrados o en trance de serlo –el sexismo o el racismo–, y, desde esa perspectiva, es muy desatinada la indicación de la barrera de la especie como la siguiente frontera moral por derribar, o como un muro equivalente al

¹ En esa línea, véase GÓMEZ PIN, 2006, p. 75. No puedo resistirme a acoger la sugerencia del profesor José Ignacio Martínez García de entender que los tigres, por su modo de acercarse con sigilo a sus presas, sí podrían en cambio ser considerados como «jesuitas».

² 1985, p. 118.

³ 2006.

del género, la raza o la etnia. Las mujeres o los miembros de otras razas, en su día, no pretendieron ni pretenden hoy «ser dejados en paz», sino formar parte de una comunidad de iguales, de la «gran familia humana». ¿De qué forma podrían los animales no humanos, o, mejor dicho, los seres humanos encargados de defender sus intereses, aspirar a algo remotamente similar? La pregunta relevante con respecto a los seres humanos discriminados por su raza o sexo, no es «cómo debemos tratarlos». Sin embargo, esa sí parece ser la pregunta pertinente cuando inquirimos acerca de qué consideración moral merecen los animales no humanos⁴.

En lo que sigue me propongo discutir esta defensa del especieísmo que hace Williams, y lo haré a partir del (probablemente mal) llamado «argumento de los casos marginales», el razonamiento estrella en la argumentación de quienes abogan por conferir derechos (algunos al menos), o estatuto moral (alguno al menos), a los animales no humanos (a algunos al menos).

2. EL VANO INTENTO DE CUADRAR EL CÍRCULO DE LA MORALIDAD

¿Existe alguna característica intrínseca moralmente significativa que permita distinguir entre *todos* los seres humanos frente a *todos* los animales no humanos? Este es el desafío de coherencia que se plantea a quienes asumen que los seres humanos, sólo por el hecho de serlo, y sólo ellos, son merecedores de consideración moral plena o de titularidad en derechos básicos, independientemente de sus circunstancias.

El reto se lanza para poner de manifiesto cómo el ser humano más cognitivamente incapacitado que podamos imaginar, tiene prerrogativas con respecto a cómo podemos tratarle a las que ni en sus mejores sueños puede aspirar el más capaz de los grandes simios. Pero el reto se revuelve como un boomerang contra algunas de nuestras intuiciones cuando, una vez asumido que debemos ser coherentes, nos preguntamos si estaríamos dispuestos entonces a sacrificar a un ser humano con síndrome de Down para salvar a un chimpancé si no podemos salvar a ambos⁵.

No voy a hacer un repaso exhaustivo a todos los intentos de cuadrar el círculo de la moralidad (las apelaciones tradicionales a la capacidad lingüística, uso de la primera persona, racionalidad moral, sentido del futuro, forma humana, conciencia de la propia muerte, potencialidad, etc.) o las más recientes y sofisticadas como las de la

⁴ *Ibid.*, pp. 139-141, 148. Sobre la pertinencia o no de la analogía del especieísmo con otras discriminaciones me he ocupado en un trabajo anterior al que me permito remitirme (2007).

⁵ Así, McMAHAN, 2005, pp. 354-355.

estructura emocional que nos hace aptos para el cuidado (*care*) de los demás⁶, o una «base genética» para la agencia moral que está presente en todos los seres humanos, por muy discapacitados que sean, y sólo en ellos⁷ –ninguno de esos intentos logra, a mi juicio, sortear el escollo de los casos marginales⁸–, sino que me detendré en las dos grandes estrategias que disuelven el problema negando la mayor, es decir, reivindicando el especieísmo (como hace Williams): la conocida como «justificación basada en lo que es normal de la especie» (*species norm account*) y la relación especial que supondría pertenecer a la misma

⁶ Una capacidad esta que estaría presente en los grandes simios y en los niños humanos a partir de los dos años; sobre todo ello, véase JAWORSKA, 2007, pp. 479-486, 494, 496-497.

⁷ LIAO, 2008. La discapacidad severa que padecen es, por tanto, debida a anomalías o déficit de otro orden, pero no a esa carencia genética, por lo que hoy sabemos, ausencia que sí se da en todo caso en los animales no humanos. Con el genoma como criterio, podemos entender porqué nos es permitido salvar a un bebé antes que a un adulto humano, cosa que no deberíamos hacer, en cambio, si la opción es entre salvar a una tortuga o a un adulto humano. Esto no se explica sólo, según Liao, porque haya una prerrogativa centrada en el agente, en la madre en este caso, sino porque a quien prefiere salvar, a su hijo, es un sujeto con pleno estatuto moral. Por mucho que la tortuga sea su tortuga, nadie pensaría que le es permitido preferirla frente al extraño. Y esto mismo explica que si se incendia la clínica de reproducción humana asistida y tienes la opción de salvar a tu último embrión congelado o a un niño de cinco años que inhaló tanto humo que morirá irremediabilmente en unos pocos días, puedas preferir lo primero. Y la razón, nuevamente, no radica en la «propiedad», sino en que se trata de un sujeto de derechos *por tener la configuración genética que permite la agencia moral*. Es decir, no valdría en el anterior supuesto que uno se decantara por salvar su *Picasso* valiosísimo y no así al niño de cinco años.

Aparte de lo muy discutible de este último supuesto, de la posibilidad, concretamente, de adscribir «pleno estatuto moral» a un embrión congelado, o incluso a un bebé, el problema de este planteamiento es su anclaje en una base fáctica sumamente especulativa. A día de hoy no sabemos bien cuál es la genética de la agencia moral a la que se alude, y si realmente está presente siempre en todos los seres humanos y sólo en ellos. Como el propio Liao reconoce, es teóricamente posible que haya seres humanos sin dicha configuración –con lo cual es también teóricamente posible que exista en otras especies animales (en esa línea, véase McMAHAN, 2008, pp. 86-91). Lo más *práctico*, concluye Liao, es asumir que virtualmente todos los seres humanos con los que nos topamos la tienen. Pero nuestra inquisición no es sobre lo que sea más práctico, sino más justificado, mejor apoyado en razones, aunque sean las de la razón práctica, eso sí. Cabe, además, preguntarse: lo más práctico ¿para quién? Para los seres humanos severamente discapacitados, sin duda que sí, pero no para los animales no humanos a quienes seguirá siendo negado estatuto moral alguno. Y es que ese es el problema: no tanto que hagamos, por decirlo así, la vista gorda con los seres humanos que no son agentes morales bajo el criterio de la configuración genética (lo hacemos en todo caso con el buen fin de conferirles la máxima protección posible), sino que con ese criterio endebles excluyamos a quienes no pertenecen a nuestra especie para así poder tratarles meramente como un recurso (McMAHAN, 2005, p. 358).

⁸ Así también McMAHAN, 2008, p. 84. Otros intentos de sortear el obstáculo de los casos marginales son también recientes y se dejan encajar en lo literario. Es el caso de Víctor GÓMEZ PIN, para quien lo radicalmente humano se cifra en el «deseo de ver que la muerte toma cuerpo» (2006, p. 298). Apenas veladamente quiere sostenerse con ello la grandeza y legitimidad de las corridas de toros.

especie. Veremos cómo en cada caso el precio a pagar es alto en términos de sacrificio de principios éticos muy plausibles: el individualismo moral y la imparcialidad.

3. LO NORMAL DE LA ESPECIE

Está en la naturaleza humana la capacidad para la agencia moral, eso es lo «normal», y, por lo tanto, el trato que demos a los individuos humanos con severas discapacidades cognitivas ha de estar guiado por el hecho de su pertenencia a una especie donde aquello es lo normal⁹. Nuestra retórica ordinaria cuando nos referimos a esos individuos revela lo pertinente de esta «justificación basada en lo que es normal de la especie»¹⁰: *baby OT* quien, debido a un raro trastorno metabólico, padecía un daño cerebral mayúsculo, es un «ser humano que ha sufrido una desgracia»¹¹. Lo que nos vincula a quienes somos agentes morales con seres humanos que padecen el síndrome de Down, o trastornos aún más graves como el de *baby OT*, es la común posibilidad de que nos acaezca una tragedia semejante¹². ¿Diríamos que un animal no humano ha sufrido una desgracia dada su incapacidad para ser consciente de sí mismo, o de quejarse por haber sido tratado injustamente, o para preocuparse por el resto de los animales, o siquiera para ser consciente del tiempo futuro¹³? ¿Diríamos que un perro tratado mediante ingeniería genética para ser autoconsciente, apreciar la música y debatir sobre filosofía del derecho es afortunado, o más bien un monstruo¹⁴?

Imaginemos que un chimpancé ha sufrido ese proceso y tiene las capacidades de un niño humano normal de unos diez años. Es un «superchimpancé». Posteriormente, se le devuelve al rango normal de capacidades cognitivas de los chimpancés –se revierte de alguna manera la ingeniería genética practicada. ¿No diríamos, en ese caso, que ha sufrido un infortunio? Y si lo decimos ¿no minamos así la justificación basada en lo que es normal de la especie? Supongamos que al superchimpancé no se le ha devuelto a su estado anterior, sino que la alteración genética se ha practicado en la línea germinal y por tanto se ha heredado en sus descendientes. Hasta tal punto que los super-

⁹ Así, entre otras muchas referencias posibles de esta tesis, COHEN, 1991, p. 106.

¹⁰ MCMAHAN, 1996, pp. 10-11.

¹¹ Sobre el caso puede verse <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/7956450.stm> (visitado por última vez el 25 de marzo de 2009). En la noticia se da cuenta de que los padres luchaban contra la decisión de los médicos de retirarle el soporte vital a su hijo apelando a la «creencia en su humanidad».

¹² Parafraseando al Borges del poema *Buenos Aires*, con seres como *baby OT* «... no nos une el amor sino el espanto».

¹³ Para una respuesta negativa, véase, por todos, LEAHY, 1991, pp. 204-205.

¹⁴ MCMAHAN, 1996, p. 12.

chimpancés han llegado a ser más en número que los chimpancés. De acuerdo con la justificación basada en lo que es normal de la especie, esos chimpancés sufren una desgracia por no tener las capacidades cognitivas de los superchimpancés. ¿No es esa una conclusión también absurda que forzaría a abandonar la justificación basada en lo normal de la especie? Una salida podría ser la de apuntar a que los superchimpancés constituyen una «nueva especie» pues esa desviación de la esencia chimpancesca es suficientemente profunda. Pero si eso es así, nos veríamos obligados a colegir que los seres humanos con capacidades cognitivas severamente limitadas son «otra especie», que no son «humanos»¹⁵.

La forma de evitar estas conclusiones tan contraintuitivas es fijar el estándar no ya en la normalidad de la especie, sino en las capacidades potenciales para el individuo congénitamente adquiridas¹⁶. El problema es que algunas incapacidades son intrínsecas del individuo, esto es, que tales potencialidades son congénitamente inexistentes, que de haberse presentado inicialmente –para ser perdidas luego por un evento externo– hablaríamos de un *individuo distinto* del que estamos hablando. ¿Y si nuevamente recurrimos a la especulación de una modificación genética que haga posible, en principio, que todos los seres humanos cognitivamente discapacitados hubieran podido llegar a vivir con capacidades normales? La dificultad que nos sale al paso ahora es que esa alteración cabría extenderse a los miembros de otras especies, que, por esa misma razón, podrían ser concebidos también como «seres humanos desafortunados»¹⁷. En definitiva: «El error de la justificación basada en lo normal de la especie es suponer que lo que cuenta como desarrollo de un individuo está determinado por la naturaleza de su clase»¹⁸. En general, el error del especieísmo radica en el error de abandonar el individualismo moral, en suponer que cómo debemos tratar a un individuo está determinado exclusivamente por su pertenencia a un grupo y no por sus condiciones particulares.

4. LO ESPECIAL DE LA ESPECIE (HUMANA)

¿Quiere todo lo anterior decir que no hay nada de especial, moralmente hablando, en pertenecer a un grupo, a la especie humana, por ejemplo? En nuestro imaginario ético sí damos cabida a la relación que nos une con otros para justificar ciertas prerrogativas. Salvo para utilitaristas muy estrictos, «marcianos», si se me permite, por lo cósmi-

¹⁵ McMAHAN, 1996, pp. 13-14.

¹⁶ Se trata de la «explicación basada en las posibilidades individuales», en la terminología de McMAHAN (1996, pp. 15-16).

¹⁷ McMAHAN, 1996, p. 16.

¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

co del alcance de la imparcialidad por la que abogan, todos pensamos que nos está permitido preferir la salvación de nuestro hijo frente a la muerte cierta de otros muchos individuos si no podemos socorrer a todos. Estas prerrogativas centradas en el agente pueden a su vez justificarse por su valor instrumental –fomentan otros bienes o valores importantes– o bien por su valor intrínseco, pero el problema es su alcance: ¿qué relaciones especiales son admisibles y cuáles no? ¿No hay algo moralmente chirriante en dejar una herencia millonaria a la mascota favorita con la que se ha combatido la soledad durante años? ¿O en que algunos musulmanes excluyan a los no-musulmanes como receptores de sus órganos? ¿Es la pertenencia a la especie como la relación paterno-filial, uno de esos casos diáfanos de prerrogativa que nos resulta valiosa intrínsecamente y que justifica claramente el abandono de la imparcialidad en detrimento de los animales no humanos?

Algo así ha argüido T. M. Scanlon: «el mero hecho de que un ser es de «nacimiento humano» (*human born*) aporta una poderosa razón para adscribirle el mismo estatuto que a otros humanos»¹⁹. Ciertamente, reconoce McMahan, los seres humanos compartimos una *fellow-creatureness* por el hecho del nacimiento que ningún otro animal podría reclamar, y sí en cambio todos los seres humanos severamente discapacitados que siempre son hijos de alguien (que es humano y que es o descende de algún agente moral)²⁰. Eso ha permitido a algunos hablar de la humanidad como una «especial relación especial»: con todos los seres humanos, independientemente de sus circunstancias, compartimos un origen común y un *destino común*, más allá de las obvias ligazones biológicas o zoológicas o de las distancias en capacidades cognitivas²¹. ¿Es cierto? En realidad, si nos remontamos suficientemente en el tiempo todas las especies tienen un mismo ancestro, con lo que todos los animales compartimos finalmente origen. Pero independientemente de este dato bien sabido, y refiriéndonos a la vida y destino comunes: ¿no comparten más algunos seres humanos con los animales no humanos con los que conviven que con los seres humanos severamente discapacitados? Si, como parece, con estos no compartimos nada en realidad –ni valores, ni lenguaje, ni cultura– y en cambio sí los vemos como seres humanos, entonces es falso que sólo reconozcamos como seres humanos a aquellos con quienes compartimos una vida común²². Y si, finalmente, es todo una cuestión no estrictamente fáctica –de hechos biológicos o psicológicos– como señala, por ejemplo, Cora Diamond, sino «imaginativa», ¿por qué no me es dado ver en mi gato una vida humana²³?

¹⁹ 1998, p. 185.

²⁰ 2005, p. 362.

²¹ *Ibid*, pp. 362-363.

²² *Id.*, pp. 363-365.

²³ *Id.*, p. 372.

Pero retornemos a la cuestión del «nacimiento humano», de la humanidad como «una familia». Scanlon parece apuntar a algo que de manera latente o patente aparece reflejado en los textos normativos donde se proclaman nuestros derechos: todos los miembros de la *familia humana* poseen una dignidad inherente e iguales e inalienables derechos, reza el preámbulo de la DUDH; el *nacimiento* determina la personalidad, y por nacido se tendrá al feto que tuviere *figura humana* y viviere veinticuatro horas desprendido del seno materno, disponen los artículos 29 y 30 del código civil.

Cuando se redactó el preámbulo de la DUDH o se establecieron los artículos 29 y 30 del código civil, se tenía una imagen más bien tosca de la raíz biológica profunda de la condición humana. Por supuesto se conocía la existencia de seres nacidos con deformidades horribles, individuos monstruosos fácilmente asimilables a otras especies, como fue paradigmáticamente Joseph Merrick, el «hombre elefante» cuya fascinante vida fue llevada al cine por David Lynch²⁴. De otra parte, el ser humano venía «hibridando» para su conveniencia y mayor beneficio especies vegetales y animales mediante técnicas varias, que han provocado la aparición de «nuevas» especies tan familiares como, por ejemplo, la mula. Pero con el avance en el conocimiento genético que lleva a descubrir la molécula del ADN, esos procedimientos se refinan: del puro apareamiento sexual entre la yegua y el burro, o del esqueje de la planta, saltamos a una forma de transgénesis mucho más sofisticada y eficaz: la microinyección del ADN en el pronúcleo de un óvulo fertilizado. Con el empleo de retrovirus como vector de transferencia del material genético en la célula de otra especie, se logra a comienzos de la década de los setenta del pasado una bacteria transgénica capaz de descomponer los hidrocarburos. Después llegó el conocido como «oncoratón de Harvard» un ratón modificado genéticamente para ser susceptible al desarrollo de ciertos tumores –un estupendo «invento» para la Medicina en su lucha contra el cáncer; el «Glofish» (2004), un pez cebra tropical que, por la previa implantación de un gen fluorescente de una anémona marina, es capaz de brillar bajo la luz ultravioleta²⁵. El último paso en esta evolución de la ingeniería genética para la transgénesis lo constituye la introducción de células troncales humanas en el preembrión de un animal no humano, o la transferencia del núcleo de una célula humana en el óvulo previamente enucleado de un animal no humano (la técnica de la Transferencia Nuclear Somática usada para crear a la oveja Dolly) y la posterior implantación en ambos casos del embrión resultante en el útero del

²⁴ Esa asimilación a lo «animal no humano» tiene otras muchas instancias en la denominación de patologías, por ejemplo. La queiloquisis, uno de los defectos congénitos más frecuentes, es conocida popularmente como «labio leporino».

²⁵ Puede verse el catálogo en <http://www.glofish.com>. En diciembre de 2005 un equipo científico de la Universidad Nacional de Taiwán anunció la creación de cerdos fluorescentes por ingeniería genética. Sobre todo ello, véase LAWRENCE, 2007, pp. 250 y ss.

animal no humano. Estamos hablando, en definitiva, de la creación de quimeras, de organismos con dos o más poblaciones celulares derivadas de embriones separadamente fertilizados, de algo que supone un salto cualitativo de formidables proporciones²⁶.

Los «humanizados» animales resultantes serán, sin duda, excelentes modelos para probar la eficacia y toxicidad de los medicamentos, pero ¿y si resultase que, de alguna forma, en esas quimeras llegan a desarrollarse células sexuales humanas y se produce un apareamiento entre dos de esas quimeras, pongamos, ratones? Un embrión humano estaría intentando desarrollarse atrapado en el interior de un ratón... Esta posibilidad se evita si el trasplante de células troncales humanas se produce en fetos de animal no humano ya desarrollados, tal y como hizo el equipo médico del doctor Jeffrey Platt en la Clínica Mayo en el año 2004 con fetos de cerdo. La sangre de los animales resultantes es en parte porcina y en parte humana, pero también hay células sanguíneas que han logrado fusionarse, que no son ni una cosa ni otra sino una mezcla, un auténtico híbrido²⁷. En esa misma línea se trabaja en el laboratorio dirigido por Irving Weissman de la Universidad de Stanford, en el que se ha logrado generar un ratón con un sistema inmunitario prácticamente humano (el ratón «SCID-hu»), un modelo animal de valor incalculable para la investigación farmacológica. Más recientemente su equipo ha introducido células troncales neuronales humanas en fetos de ratón, creando así ratones con un cerebro en el que el 1 por 100 de sus neuronas son humanas. El siguiente paso es introducir las células troncales neuronales que adolecen de los defectos que causan severas patologías mentales en los seres humanos –tales como el Parkinson o la enfermedad de Lou Gehrig– para así investigar de qué modo esas células se desarrollan y se conectan con las del ratón, y, además utilizar estos animales como una fiable diana de nuevos medicamentos. Weissman está valorando, incluso, la posibilidad de

²⁶ Las quimeras pueden ser, como la descrita, entre seres humanos y animales no humanos o entre animales no humanos, como la original quimera –mitológica– formada por el cuerpo de una cabra, la cabeza de un león y la cola de una serpiente, un animal que asoló el reino de Licia y fue finalmente derrotada por Belerofonte. La primera, que se conozca, quimera real se generó en 1984 en la Colorado State University. Se trata de una mezcla de cabra y oveja, nueva especie que en inglés recibe el nombre de «geep» (la fusión entre «goat» y «sheep») y que en español, tal vez, habría de denominarse «cabeja», u «ovebra» o algo semejante. En España, de acuerdo con la Ley 14/2006, de Reproducción Humana Asistida, la «hibridación», esto es, «La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano» constituye una infracción muy grave (art. 26.c.7.^ª). De la misma manera se establece en la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica (art. 74C.f). Tan sólo –y siguiendo la Recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa, de 24 de septiembre de 1986– se permite la fecundación de ovocitos animales con espermia humano para comprobar la capacidad de fecundación y siempre que se destruya el preembrión nada más producirse la primera división celular del óvulo fecundado (Anexo B). Es el conocido como «test del hamster».

²⁷ Véase WEISS, 2004 y KOPINSKY, 2004, pp. 625-626.

crear ratones con un cerebro 100 por 100 humano. Se trataría de seguir «de cerca» el desarrollo de esa quimera y comprobar si el cerebro evoluciona hacia la «arquitectura» típica y distintivamente humana, para entonces matarlo²⁸.

Así que la ciencia nos está llevando ante una barandilla en la que atisbamos seres humanos gestados y paridos por animales de otras especies, o miembros de esas otras especies con cerebros al 100 por 100 compuestos por neuronas humanas. ¿Son, unos u otros, o ambos, titulares de derechos básicos²⁹? Da la impresión de que estos experimentos reales ponen muy contra las cuerdas las lindes biológicas que han permitido demarcar nítidamente a la humanidad como especie y concretamente el hecho del nacimiento como común origen de todos los seres humanos que ningún otro animal podría reclamar.

Retornemos ahora al más familiar y menos desasosegante terreno de los experimentos «mentales» para proseguir con nuestra indagación acerca de si la pertenencia a la especie humana constituye una de esas relaciones especiales que nos permiten abandonar la imparcialidad, esto es, que dan licencia para la discriminación. McMahan ha sostenido, y creo que con razón, que la pertenencia a la misma especie carece de relevancia moral alguna, a diferencia de la relación paterno-filial. La membrecía a la especie humana se parece, en lo que de vinculación biológica tiene, a la pertenencia a la misma raza. En ambos casos –especie y raza– no hay el elemento de voluntariedad asociativa o la existencia de relaciones próximas o personales necesarias de afecto y cuidado, como en la relación paterno-filial, ni valores compartidos como en el caso de la co-pertenencia cultural (como he señalado antes, los seres humanos cognitivamente deficientes no comparten valores con los agentes morales). Cabría pensar entonces que la pertenencia a la misma especie tiene, sin embargo, valor instrumental pues se fomentan valores como la solidaridad o fraternidad. ¿Es así? ¿No es más bien el desprecio a otras especies lo que se fomenta? Los efectos de la parcialidad a favor de la propia especie no son en absoluto deseables, y no se compensan por lo muy bien que así tratamos a los seres humanos severamente discapacitados³⁰.

²⁸ WEISS, 2004. La Unión Europea, mediante Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998, se ha pronunciado en contra de aquellos procedimientos de hibridación de seres vivos «a base de mezclas de células germinales o totipotentes de personas y animales» (Considerando 38), o que «... modifiquen la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimiento sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos» (art. 6.2.d).

²⁹ De acuerdo con el «esencialismo aristotélico» que describe Martha Nussbaum en «Aristotle on Human Nature and the Foundations of Ethics» es posible nacer de padres humanos y no ser en absoluto humano (citado por MCMAHAN en 1996, p. 11, nota 12). La razón es que la condición humana es «evaluativa» no biológica. Sobre todo ello véase ROLLIN, 2007, p. 646, y BENNETT, 2006, p. 365.

³⁰ MCMAHAN, 2005, p. 361, y 1996, p. 33.

5. DE NUEVO EL ESPECIEÍSMO (Y LOS MARCIANOS)

Como apuntaba al principio, para Bernard Williams no podemos, pese a todo, dejar de ser especieístas. Por dos razones. En primer lugar, por una cuestión, digamos, de orden pragmático. Adoptar un punto de vista moral que trasciende a la especie, es decir, ser exquisitamente imparciales para así conferir derechos y obligaciones impidiendo el sufrimiento de todas las criaturas –en definitiva, distribuyendo recursos de manera desprejuiciada– es sencillamente insostenible, «... un último horror, una pesadilla insoportable»³¹.

La segunda razón tiene que ver con la lealtad, y para explorarla Williams nos propone esta vez pensar en que somos invadidos por unos marcianos inteligentes y muy benevolentes, tanto que se horrorizan de lo muy mal que nos comportamos con los animales no humanos. Como son más inteligentes y poderosos, la pregunta relevante, ahora, no es cómo debemos tratarles a ellos, sino que son más bien ellos quienes se preguntan entre sí tal cosa para saber qué hacer con nosotros: si merecemos o no estatuto moral, si debemos ser empleados como meros recursos. Finalmente nos colonizan tratando de que eliminemos el especieísmo con el que nos comportamos con los animales no humanos. Y habrá, como en la época de la colonización, quienes se aliarán con los invasores –los colaboracionistas– y quienes se aferrarán a la apelación del valor de la cultura e identidad propia –los resistentes–, cultura identitaria que incluye el prejuicio humanista-especieísta.

En otros contextos con los que estamos más familiarizados, las diferencias entre la metrópoli y la colonia se erosionan por efecto de la fusión sexual, del mestizaje³²; se acaba compartiendo una vida en común con los colonizados y, ya sea por ese devenir de los acontecimientos, o por la pura imposición coactiva, se termina poniendo fin a una práctica o costumbre considerada bárbara. ¿Pero y si no podemos *compartir una vida* con los alienígenas porque, aunque están dotados de la capacidad para la agencia moral, aunque cabe que intercambie-mos razones y justificaciones, resulta imposible la «mezcla» (son «inolvidablemente horribles» como señala Williams)? ¿Y si resulta

³¹ 2006, p. 147. En el mismo sentido se ha pronunciado Jeff McMAHAN: «... salvo que podamos diferenciar de manera relevante entre los discapacitados cognitivos y los animales con capacidades similares, también los animales habrían de caer bajo el ámbito de los principios relevantes de la igualdad, pues ellos también se encuentran entre los menos aventajados, aquejados por deficiencias desde el nacimiento de las que no son responsables. Por lo tanto, parece que también ellos deben tener una cierta prioridad en la asignación de recursos sociales»; véase 1996, p. 29. Un análisis muy lúcido y sugerente de cómo un igualitarista de cualquier especie que no sea especieísta debe hacer frente a la «problemática conclusión» (*sic*) de que sea obligatorio transferir enormes cantidades de recursos a animales no humanos (los ratones en concreto), es el de VALLENTYNE, 2005.

³² WILLIAMS, 2006, pp. 149-150.

que, a la vista de ese hecho, y del enfrentamiento irreductible entre nosotros, los seres humanos, los alienígenas resuelven que no hay forma de desterrar el especieísmo humanista salvo desterrando a los humanos mismos? ¿Estarían los colaboracionistas dispuestos a ayudarles en el exterminio de su propia especie, o les podría la lealtad hacia ésta aliándose con los resistentes contra el invasor? La pregunta es, concluye Williams: usted ¿de qué lado estaría³³?

Los dos desafíos de Williams son el fondo el mismo y no constituyen una novedad. Son una sofisticada e inteligente versión de la vieja estrategia consistente en mostrar que la coherencia que se esgrime como razón para la extensión del círculo de los pacientes morales, habría de conducirnos a postular nuestro suicidio como especie³⁴. Esa fue, de hecho, la vieja aflicción del médico, humanista (y tantas otras cosas) Albert Schweitzer, incapaz de resolver cómo comportarse para respetar a toda criatura sintiente. Es la misma aflicción que asola a los sensibles responsables de los zoológicos cada vez que tienen que hacer el pedido para la dieta del cocodrilo o de la serpiente (sólo comen presas vivas). Es, en último término, la desolación que nos produce saber que no podemos –y seguramente no debemos– (im)poner (nuestro) orden en el (des)gobierno de la naturaleza.

Es en general, y por seguir con el espíritu de Williams, la muy característica desazón humana ante lo que debiera ser o podría ser en la teoría (moral), y lo que resulta ser o puede ser en la práctica. Se atribuye a Rawls haber dicho que si no es posible la realización de una sociedad razonablemente justa, es legítimo dudar que los seres humanos sean merecedores de vivir en la Tierra³⁵. Los alienígenas animalistas parecen estar pensando como Rawls, y tal vez les podamos persuadir de que no pierdan la esperanza, y de que mientras logramos una mayor coherencia, un mundo mucho más justo, mientras resolvemos el muy enojoso y espinoso asunto de si nuestras obligaciones frente a los animales no humanos son también positivas, no es poco desterrar prácticas y costumbres de crueldad gratuita, afirmando que son claras las obligaciones de abstención, algunas al menos, frente a quienes (humanos o no) se ven afectados por nuestras acciones. Ya sería bastante, aunque no suficiente ni plenamente satisfactorio.

³³ No es ocioso recordar que aunque para Kant la racionalidad es la condición de posibilidad del obrar moral, la segunda formulación del imperativo categórico kantiano impone la obligación de tratar a *la humanidad* –no a los que estén dotados de *racionalidad*– como un fin en sí mismo.

³⁴ En estos escenarios en los que reflexionamos sobre las razones para que tengamos estatuto moral pleno a partir de la consideración de que pudiéramos ser criaturas inferiores frente a otros, el argumento de la pertenencia a la especie sirve para que esos marcianos más inteligentes traten también como a nosotros, esto es como sujetos dignos de consideración moral, a los seres humanos severamente discapacitados. Esa función no la cubre, en cambio, el argumento de la relación especial, pues los marcianos no la tienen por definición con los seres humanos cognitivamente discapacitados. Así lo ha señalado oportunamente MCMAHAN; véase 2005, p. 360.

³⁵ COHEN y NAGEL, 2009, p. 12.

Tal vez parte del problema sea, en este contexto de la consideración moral de los animales no humanos, que nos manejamos con conceptos-umbral, con nociones que funcionan a la manera del todo o nada, sin grises de por medio («persona», «estatuto moral», etc.). Tal vez parte de la solución sea, por ello, admitir que no todos los seres humanos independientemente de su condición son *igualmente* personas—desterrar, así, la llamada «ética de la santidad de toda vida humana»—o que deben todos contar con estatuto moral pleno, de la misma manera que no todos los animales no humanos, independientemente de sus niveles de cognición, deberían serlo sólo por tener una mínima capacidad de sufrir, o que ninguno de ellos debería ingresar en el club de los pacientes morales sólo por el hecho de no pertenecer a la especie humana.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENNETT, Scott D.: «Chimera and the Continuum of Humanity: Erasing the Line of Constitutional Personhood», *Emory Law Journal*, vol. 55, 2006, pp. 347-387
- BORGES, JORGE LUIS.: «Buenos Aires», en *Obra poética* (1923-1985), Buenos Aires, Emecé, 1999.
- COHEN, Carl.: «The Case for the Use of Animals in Biomedical Research», en *Animal Experimentation. The Moral Issues*, Robert M. Baird & Stuart E. Rosenbaum (eds.), Amherst (Nueva York), Prometheus Books, 1991, pp. 103-114.
- COHEN, Joshua y NAGEL, Thomas, «Faith in the community», *Times Literary Supplement*, 20-3-2009, pp. 12-14.
- GÓMEZ PIN, Víctor, *Entre lobos y autómatas. La causa del hombre*, Madrid, Espasa Calpe, 2006.
- JAWORSKA, Agnieszka, «Caring and Full Moral Standing», *Ethics*, vol. 117, abril 2007, pp. 460-497.
- KOPINSKY, Nicole E, «Human-Nonhuman Chimeras: A Regulatory Proposal on the Blurring of Species Lines», *Boston College Law Review*, vol. 45, mayo 2004, pp. 619-666.
- LAWRENCE, Sheryl, «What Would You Do With a Fluorescent Green Pig? How Novel Transgenic Products Reveal Flaws in the Foundational Assumptions for the Regulation of Biotechnology?», *Ecology Law Quarterly*, vol. 34, 2007, pp. 201-290.
- LEAHY, Michael P. T., *Against Liberation. Putting Animals in Perspective*, London-New York, Routledge, 1991.
- LIAO, S. Matthew, «The Basis of Moral Status», *Journal of Moral Philosophy*, agosto de 2008 (en prensa).
- LORA, Pablo de, «Los animales y el gobierno de la naturaleza», en *De animales y hombres*, Asunción Herrera Guevara (ed.), Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 211-226.
- MCMAHAN, Jeff, «Our Fellow Creatures», *The Journal of Ethics*, vol. 2005, pp. 353-380.

- MCMAHAN, Jeff, «Challenges to Human Equality», *The Journal of Ethics*, vol. 12, 2008, pp. 81-104.
- «Cognitive Disability, Misfortune and Justice», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, n.º 1, winter 1996, pp. 3-35.
- ROLLIN, BERNARD E: «On Chimeras», *Zygon*, vol. 42, n.º 3, septiembre 2007, pp. 643-647.
- SCANLON, T. M.: *What We Owe to Each Other*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1998.
- VALLENTYNE, Peter, «Of Mice and Men: Equality and Animals», *The Journal of Ethics*, vol. 9, 2005, pp. 403-433.
- WEISS, Rick, «Of Mice, Men and In-Between. Scientists Debate Blending of Human, Animal Forms», *The Washington Post*, 20 de noviembre de 2004, A01.
- WILLIAMS, Bernard: *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985.
- «The Human Prejudice», en *Philosophy as a Humanistic Discipline*, A. W. Moore (ed.), Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006.

Recepción: 15/05/2009. Aceptación: 15/11/2009.

El acceso a los derechos: la experiencia del Proyecto dret al Dret

Por ANTONIO MADRID PÉREZ
Universitat de Barcelona

RESUMEN

La cuestión del acceso a los derechos es un viejo tema que ha adquirido renovadas manifestaciones en el actual contexto de recortes de derechos y pérdida de garantías. Inmigrantes y solicitantes de asilo, indigentes, trabajadoras sexuales, personas dependientes, enfermos y colectivos empobrecidos padecen de forma especial esta situación. Este texto se divide en tres partes. La primera parte pivota sobre dos cuestiones: a) el acceso al Derecho y los derechos en un contexto como el actual de recorte de derechos y pérdida de garantías; b) la relación entre el acceso a los derechos y las capacidades de realización. La segunda parte del artículo está dedicada a exponer la experiencia del proyecto dret al Dret que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Palabras clave: *Derechos, garantías, accesibilidad, capacidades, exclusión social.*

ABSTRACT

The question of the access to the rights is an old topic that has acquired renewed manifestations in the current context of cuts of rights and loss of guarantees. Immigrants and asylum seekers, paupers, sexual workers, dependent persons, patients and groups impoverished suffer from special form this situation. This text is divided into two parts. The first revolved around two issues: a) the access to the Law and the rights in a context like the current

one of cut of rights and loss of guarantees; b) the relationship between the access to the rights and capacities to be realized. The second part is dedicated to exposing the experience of the project right to Law that develops in the Faculty of Law of the University of Barcelona.

Key words: *Rights, guarantees, accessibility, capabilities, social exclusion.*

SUMARIO: 1. EL ACCESO AL DERECHO Y A LOS DERECHOS. 1.1. *Derechos y capacidades de realización.* 1.2. *Obstáculos en el acceso a los derechos.* 1.2.1. *«No pueden estar en la zona».* 1.2.2. *Vida independiente: la figura del asistente personal.*—2. LA EXPERIENCIA DEL PROYECTO DRET AL DRET.

1. EL ACCESO AL DERECHO Y A LOS DERECHOS

Para hablar del tema del acceso al Derecho y a los derechos hay que realizar una serie de precisiones que permitan acotar el tema y la perspectiva desde la que se analiza.

I. La cuestión del «acceso a los derechos» no es nueva¹. La preocupación que recoge ha sido expresada en el pasado en la tensión entre el reconocimiento de derechos a las personas y el ejercicio de los mismos por parte de éstas. Tener derechos y poder ejercerlos se presenta como una cuestión abierta que atraviesa la concreción jurídico-política de las ideas de libertad e igualdad, así como la ordenación de la democracia y el Estado de derecho contemporáneo.

El estudio del «acceso a los derechos» exige tener presente tres aspectos que están interrelacionados: 1. qué derechos son reconocidos —y cuál es su estructura—; 2. a quiénes les son reconocidos; 3. qué procesos favorecen y/o hacen posible —o dificultan y/o imposibilitan— su materialización. Para abordar esta última cuestión, ya sea bajo la fórmula del «acceso a los derechos» o bajo el binomio tener derechos y poder ejercerlos, es preciso combinar perspectivas de estudio que permitan analizar los derechos existentes y la efectividad de los mismos. Además, habrá que tener en cuenta la relacionalidad del derecho, lo que obliga a plantear como mínimo el acceso a los derechos desde la perspectiva del Estado y desde la perspectiva de las personas. Esta segun-

¹ CAPPELLETTI, M. (dir.), *Accès a la Justice et État-Providence*, Paris, Economía, 1984. Este libro plantea esta pregunta: ¿Cómo hacer para que los pobres, los ignorantes, los minusválidos de todo tipo estén en situación de hacer valer los derechos que les son reconocidos? ¿Cómo dar un contenido real al principio de igualdad legal?

da perspectiva se centra en este artículo en las personas y grupos sociales que hallan más dificultades para *poseer* aquellos instrumentos y condiciones que son relevantes para la efectividad de los derechos.

La expresión el «acceso a los derechos» deriva de su sentido funcional originario: tener paso o entrada a un lugar. Se trata de una imagen arquitectónica y urbanística utilizada en el ámbito anglosajón desde los años 70. En el campo jurídico y en el social, las reclamaciones de los colectivos de discapacitados y la legislación desarrollada² en esta materia extendió el uso de este término³. La noción de acceso hace referencia a la libertad de elección y utilización que las personas han de poder ejercer para que se dé efectivamente una igualdad de oportunidades entre ellas. Se trata pues de una posibilidad de intervención y autodeterminación de la persona que no puede desligarse del resultado efectivamente obtenido.

II. Puede llamar la atención que se haga referencia al acceso al Derecho y a los derechos, en vez de reducir la referencia a la segunda expresión. Se utiliza la primera expresión en un sentido amplio para plantear la distinta posición que las personas ocupan en el campo jurídico. Ya que ciertamente el Derecho no puede ser reducido a los derechos, en tanto que pretensiones subjetivas respaldadas por el Estado, es necesario plantear que todas las personas –en función de una variedad de criterios que luego serán comentados– no ocupan la misma posición en el campo jurídico. La segunda expresión, «acceso a los derechos» se toma en sentido estricto para hacer referencia a los derechos que son reconocidos a las personas. Tal como aquí se utilizan las dos expresiones, el «acceso a los derechos» condiciona el «acceso al Derecho», es decir, influye en las posiciones que las personas ocupan en el campo jurídico y lo que éstas consiguen hacer en él.

III. La cuestión del acceso a los derechos –y por extensión al Derecho– encierra una tensión dada históricamente que permanece viva: la lucha de personas y colectivos por ver reconocidos *sus* derechos y, en relación con esto, la lucha por la efectividad de los derechos que han sido reconocidos. Es en este segundo aspecto en el que inci-

² La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, incluía el término accesibilidad en relación a la accesibilidad urbanística y arquitectónica (art. 54). También se preveía la progresiva adaptación de los transportes públicos (art. 59). Vid., también, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

³ Por ejemplo, la Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de la ONU, utiliza el término «accesibilidad» para hacer referencia a las condiciones ambientales y materiales, así como a los servicios de información y comunicación que se precisan para elaborar políticas sociales que promuevan la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

den la mayoría de trabajos acerca del acceso a la justicia⁴. El acceso a los derechos suele enfocarse como un acceso a los tribunales⁵ y a los diferentes mecanismos de resolución de conflictos previstos jurídicamente. Por ello, cuando se estudian qué problemas se dan en el acceso a los derechos se suele centrar la atención en las dificultades que se hallan en el acceso a la tutela judicial efectiva y en la utilización de los mecanismos de resolución de conflictos. Este enfoque es correcto aunque insuficiente, ya que con el tiempo se ha mostrado relevante estudiar qué factores culturales, sociales y económicos inciden en que haya personas que no consiguen ver materializados los derechos que les son reconocidos formalmente.

La visión del Derecho como Derecho estatal puede ser ampliada –por lo menos sociológicamente– si se tiene en cuenta lo que sucede en otros espacios estructurales y ámbitos relacionales en los que transcurre la vida de las personas. De esta forma, para explicar qué posición ocupan las personas en el campo jurídico hay que precisar previamente qué espacios y ámbitos relacionales inciden en la configuración de dicho campo. Si se opta por una visión amplia del mismo se puede dar cabida, en tanto que espacio y relación configuradores del campo jurídico, a múltiples elementos que acaban componiendo dicho campo. De esta forma, el espacio doméstico, el espacio de producción, el espacio del mercado o el espacio de la comunidad –como algo distinto al espacio de la ciudadanía– generan dinámicas normativas coactivas que interactúan con el derecho estatal⁶. De aceptarse esta mirada ampliada del campo jurídico, la posición que cada persona ocupa ha de ser explicada a partir de la interacción entre los distintos ámbitos y relaciones señaladas y no exclusivamente desde un enfoque limitado al Derecho estatal. Esta perspectiva exige aceptar que además del poder estatal existen otras formas de poder con las que aquel comparte escenario y que inciden en la composición y actuación del campo jurídico.

IV. La pregunta acerca de cómo conseguir la efectividad de los derechos formalmente reconocidos parte de una doble realidad: los derechos no caminan solos –hay que hacerlos caminar– y la realización de los derechos es desigual. El primer elemento obliga a mirar tanto a la ley aprobada como a los procesos institucionales mediante los cuales las previsiones legales pueden realizarse. El segundo fenó-

⁴ Vid., por ejemplo, CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general*, Colegio de abogados del Departamento judicial de la Plata, 1983.

⁵ FRANCONI, F. (edit.), *Acces to Justice as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁶ SANTOS, B. de S.; «Los modos de producción del poder, del derecho y del sentido común», en *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003, pp. 297-374.

meno exige explicar por qué el reconocimiento de los derechos no garantiza su realización, por qué hay personas que no ven materializados sus derechos o hallan graves dificultades en su realización. Cuando se analizan estas cuestiones se ha de prestar atención a la relación de interdependencia entre el Derecho y la desigualdad social que se mantiene abierta a un doble nivel. Ciertamente los derechos reconocidos y las garantías previstas pueden contribuir a superar desigualdades sociales existentes; pero también puede ocurrir que los derechos reconocidos –con su determinación de quiénes quedan excluidos y quiénes incluidos– y el funcionamiento institucional reproduzcan y refuercen desigualdades sociales existentes. En los casos en los que se da esta última situación, ni los mismos derechos ni, por tanto, el acceso a los mismos tendría capacidad transformadora para las personas y los grupos sociales peor situados, ya que no recogerían sus intereses ni sus expectativas. En este caso, los grupos sociales peor situados en el terreno jurídico tendrían lógicamente poco interés en utilizar unas previsiones legales que no les favorecen y unas instituciones que les son ajenas. Cuando se da esta situación, los intentos se dirigen ya no a hacer accesibles los derechos existentes, sino más bien a cambiar el Derecho. Es decir, conseguir que se reconozcan y protejan jurídicamente determinados intereses sociales que pugnan por alcanzar este estatus jurídico-político⁷. Se da pues a este nivel una tensión entre utilizar el Derecho y cambiar el Derecho.

V. El acceso al Derecho y a los derechos tiende a verse como una cuestión técnica-estatal reservada a los expertos. Santos (2007) ha señalado que el predominio de la opción técnico-estatal en las últimas décadas ha significado el retroceso de la política a medida que la protección de más y más intereses sociales se ha convertido en una tarea de expertos jurídicos técnicamente capacitados⁸. Esta percepción endógena deja fuera de consideración buena parte de las dificultades culturales, sociales y económicas que dificultan y/o imposibilitan la utilización de los mecanismos de defensa y representación previstos legalmente. A su vez sustrae y enmascara la politicidad del problema. Por ello, se requiere completar esta percepción con otra que plantee el acceso al Derecho y los derechos como un proceso socio-político complejo abierto a la participación y la movilización creativa de una pluralidad de actores. Esta percepción ampliada debería superar uno

⁷ El texto *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* (SANTOS, B. de S. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. –eds.–, Barcelona, Anthropos, 2007) recoge distintas experiencias internacionales que plantean esta tensión entre aplicar el derecho y transformarlo, como una tensión entre regulación y emancipación que habría caracterizado al Derecho moderno desde su origen.

⁸ SANTOS, B. de S.: «Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas», en *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., pp. 31-60, p. 38. Una explicación ampliada de esta cuestión se encuentra en SANTOS, B. de S., *Crítica de la razón indolente*, cit., pp. 182 y ss.

de los defectos del modelo de intervención del Estado asistencial: contemplar a los usuarios de los servicios de ayuda legal como receptores pasivos de la buena disposición estatal en vez de como sujetos con derechos. Un modelo complementario y corrector del modelo técnico-estatal ha de tener entre sus objetivos primordiales la capacitación de las personas, a fin de que éstas sean protagonistas de su propia vida.

VI. La normalización contemporánea de la excepcionalidad y la extensión de los «espacios de no derecho» impide plantear el tema del acceso al Derecho y a los derechos como se venía haciendo desde mediados del siglo xx en la fase del Estado intervencionista. En el contexto actual⁹ los sistemas legales han incorporado disposiciones que incrementan la criminalización y la vulnerabilidad de los sectores más empobrecidos de la población¹⁰, así como zonas de excepcionalidad¹¹. Se viene produciendo un fenómeno de *apartheid* jurídico que se ha convertido en uno de los fenómenos jurídicos, políticos y sociológicos más relevantes en este inicio del siglo xxi. No se trata sólo de Guantánamo; las legislaciones occidentales han limitado paulatinamente los derechos, las garantías y las condiciones de acceso a los derechos, de forma que vivimos en una doble situación que reproduce el dentro-fuera, amigo-enemigo que había dominado otras épocas de la historia jurídica europea. La formulación del derecho penal del enemigo es tal vez la expresión más elocuente de este fenómeno. Sin embargo, no ha de quedar fijada la mirada en los aluviones, que pasan con fuerza pero no empapan la tierra pese a poder causar destrozos. Sin perder de vista este fenómeno, se han de examinar las modificaciones legales que rebajan las garantías de los sujetos, posibilitan ámbitos de arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal y dificultan la actuación colectiva de las personas. Son estas modificaciones las que calan en los modelos aplicados y en las prácticas asumidas tanto por los operadores jurídicos como por amplios sectores de las poblaciones occidentales.

⁹ Vid. CAPELLA, J. R., *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007.

¹⁰ Se pueden consultar los trabajos de Loïc WACQUANT. Por ejemplo WACQUANT, L.: *Punir les pauvres. Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Paris, Agon, 2004.

Más adelante se explicarán algunas situaciones que se vienen produciendo en la ciudad de Barcelona con motivo de la aplicación de la llamada Ordenanza del civismo (Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005, *Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona*, núm. 20, de 24 de enero de 2006).

¹¹ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Del mismo, «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001», *Revista Mientras Tanto*, núm. 83, 2002, pp. 77-91, y el texto que él mismo coordinó *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Tres Cantos, Akal, 2005.

1.1 Derechos y capacidades de realización

Amartya Sen expuso hace treinta años su noción de «capacidad» y de «funcionamiento»¹². Con el tiempo ha ido completando y matizando estos términos en un esfuerzo por analizar y proponer una comprensión del bienestar desde la perspectiva de la igualdad¹³. El trabajo de Sen en esta cuestión ha entrado en discusión con las aportaciones de John Rawls, Ronald Dworkin y otros autores contemporáneos. No interesa ahora esta discusión, sino poner en relación la noción de «capacidad» con la cuestión del acceso a los derechos.

Sen entiende por «capacidad» aquello que las personas pueden hacer en relación a las oportunidades reales que las personas tienen de determinar su tipo de vida¹⁴. Por «funcionamiento» entiende las cosas que logra hacer o ser una persona. Este concepto de funcionamiento le sirve para plantear las capacidades como combinaciones alternativas de los funcionamientos que las personas pueden lograr¹⁵. En distintos escritos ha utilizado el mismo ejemplo para explicar esta cuestión. Pone como ejemplo la diferencia entre una persona que ayuna y el pobre hambriento. El primero tiene la capacidad de estar bien nutrido, pero elige no estarlo; sin embargo, el segundo carece de esta capacidad y cae forzosamente en un estado de inanición. En este ejemplo, la capacidad es nutrirse, no la disposición de bienes primarios, como son los alimentos. Esta diferencia es relevante porque mediante la noción de capacidad Sen intenta superar algunas de las deficiencias que encontró en planteamientos centrados en los bienes primarios y en el criterio de utilidad: «la no explotación o la no discriminación requieren el uso de información que no queda plenamente reflejada ni en la utilidad ni en los bienes primarios»¹⁶.

A efectos de este artículo, la aportación de Sen es fructífera, ya que ayuda a plantear y a resolver la siguiente pregunta: por qué es relevante la cuestión del acceso a los derechos y qué se necesita para acceder efectivamente a ellos. Más en concreto, ¿qué capacidades están en juego? y ¿qué factores favorecen y/o dificultan la conversión de bienes y servicios en capacidades? De la misma forma que la capacidad es estar nutrido, el acceso a los derechos será una función habilitante para una capacidad que se ha de dar efectivamente. En esto, las aportaciones de Sen tienen una especial importancia, ya que centra la aten-

¹² SEN, A., «¿Igualdad de qué?», en McMURRIN, S. M. (edit.), *Libertad, igualdad y derecho*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 133-156.

¹³ Vid. NUSSBAUM, M. C. y SEN, A. (edit), *Calidad de vida*, México D.F., FCE, 1996.

¹⁴ SEN, A.; *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 81-82.

¹⁵ «Capacidad y bienestar», en *La calidad de vida*, cit., pp. 54-83, p. 54 entre otras. Un ejemplo de aplicación de las categorías introducidas por Sen en la medición del bienestar individual y social puede verse en KUKLYS, W., *Amartya Sen's Capability Approach. Theoretical Insights and Empirical Applications*, Berlin, Springer, 2005.

¹⁶ SEN, A., «¿Igualdad de qué?», *op. cit.* Vid. tb. SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, cit., p. 151.

ción en qué suponen los bienes para los seres humanos –en concreto lo que la persona hace con ellos–, y no tanto en los bienes en sí mismos. Dado que no todos los seres humanos son idénticos, hay que prestar atención a la conversión de los bienes en capacidades, ya que la igualdad en bienes puede estar alejada de la igualdad en capacidades. A partir de aquí, y en estrecha relación con este punto de vista, se ha de dar importancia a los resultados efectivamente obtenidos mediante los procesos de adquisición de las capacidades. Tener derechos iguales y tener iguales mecanismos de acceso a los mismos sólo es una parte de la igualdad efectiva entre las personas y de la realización de su libertad¹⁷. Iguales derechos no significa iguales capacidades¹⁸: «Puesto que la capacidad para convertir estos bienes primarios y recursos en libertad –para seleccionar una vida particular y para alcanzarla– puede variar de persona a persona, la igualdad en las posiciones de bienes y recursos primarios puede ir de la mano de graves desigualdades en las libertades reales de que gozan las diferentes personas»¹⁹. Para plantear en serio el acceso a los derechos, no basta con analizar si existen recursos suficientes y si éstos están correctamente distribuidos; también se ha de estudiar qué obstáculos encuentran las personas en la utilización de estos recursos. Dicho en términos de capacidades, hay que preguntarse qué capacidades requieren las personas para convertir los recursos en funcionamientos valiosos.

Los medios existentes que posibilitan el acceso a los derechos –por ejemplo, los servicios de asistencia jurídica gratuita– son instrumentos que adquieren su importancia en la medida en que posibilitan a las personas defender sus intereses y ejercer sus derechos, es decir, les permiten actuar como sujetos iguales en el terreno jurídico. De esta forma, el acceso a los derechos se convierte en un insumo²⁰ valioso –aunque no exclusivo–²¹ que posibilita la obtención de fines reales, cuya consecución, de no poder acceder a los derechos, se vería dificultada o imposibilitada.

La propuesta que hace Sen va más allá de la igualdad de oportunidades, ya que desde la perspectiva de las capacidades no basta con la igual disponibilidad de algunos medios particulares o con la referencia a la igual aplicabilidad o no aplicabilidad de algunas constriccio-

¹⁷ Vid. NUSSBAUM, M. C., *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Barcelona, Herder, 2002, p. 92 entre otras.

¹⁸ Esta cuestión ha sido analizada desde la sociología jurídica *vid.*, por ejemplo, GALANTER, M., «Por qué los “poseedores” salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico», en GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Unibiblos, 2001, pp. 70-103.

¹⁹ SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, cit., p. 115.

²⁰ En economía se entiende por «insumo» el conjunto de bienes empleados en la producción de otros bienes.

²¹ SEN, A., *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 16.

nes específicas²². Sen amplía la noción de igualdad de oportunidades a una igualdad de capacidades, lo que le conduce a llamar a escena la eliminación de las desigualdades de capacidad. Por ello, desde esta perspectiva de libertad positiva, adquieren importancia aquellos mecanismos que son precisos para que las oportunidades se realicen.

Veamos un ejemplo. La existencia de universidades públicas no garantiza el igual acceso a los estudios superiores ni el aprovechamiento de los mismos. Los estudios disponibles acerca del acceso a la enseñanza superior muestran la persistencia de importantes desigualdades en el acceso a la educación universitaria. También señalan que estas desigualdades afectan al seguimiento y a la finalización de los estudios superiores. El índice de fracaso académico es muy superior en el caso de jóvenes provenientes de familias con menos recursos, teniendo en cuenta además que previamente llegan menos estudiantes de estos grupos sociales a la Universidad²³.

Martha C. Nussbaum, en diálogo con la obra de Amartya Sen, ha distinguido sin gran precisión tres tipos de capacidades: capacidades básicas, capacidades internas y capacidades combinadas²⁴. Las capacidades básicas corresponden a la dotación biológica del ser humano. Se hallan frecuentemente en estado muy primario, de forma que necesitan ser desarrolladas. Las capacidades internas engloban aquellos estados desarrollados de las personas que son condición suficiente para el ejercicio de una función concreta: por ejemplo, la capacidad lingüística o la capacidad crítica. Estos dos tipos de capacidades, que pueden verse como capacidades que se desarrollan a partir de las condiciones materiales y sociales en las que se desarrolla la vida de los seres humanos, no bastan para funcionar plenamente, ya que pueden encontrarse con impedimentos que dificulten o anulen su realización. Para afrontar este problema, Nussbaum utiliza la categoría de capacidades combinadas para referirse a las capacidades internas combinadas con condiciones externas adecuadas para el ejercicio de una función concreta.

Los derechos –y en nuestro caso, el acceso a los derechos– son desde esta perspectiva capacidades combinadas: capacidades para funcionamientos concretos²⁵. Son un posibilitante, no un resultado en términos de funcionamiento. El resultado será la defensa de intereses, la participación, el control del propio entorno, ser respetado, mantener la propia dignidad, lograr un objetivo... El problema del acceso a los derechos radica o bien en un no reconocimiento de derechos o de

²² SEN, A.; *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999, pp. 19-20.

²³ CALERO, J. (edit.), *Desigualdades socioeconómicas en el sistema educativo español*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 2007. Tb. CALERO, J.; *Desigualdades tras la educación obligatoria: nuevas evidencias*, Madrid, Fundación Alternativas, 2006.

²⁴ NUSSBAUM, M. C., *Las mujeres y el desarrollo humano*, cit., pp. 128-129.

²⁵ NUSSBAUM, M. C., *Las mujeres y el desarrollo humano*, cit., p. 145.

personas como sujetos de derechos, o bien en que reconociéndose derechos no se posibiliten las capacidades que son precisas para que las personas hagan funcionar los derechos.

El estudio de experiencias concretas de acceso a los derechos de personas y colectivos que se hallan en situación de exclusión evidencia que aun en los casos en que hay reconocimiento de derechos, la utilización de los mismos se ve dificultada, además de por elementos externos –como pueden ser la legislación vigente, los servicios disponibles o un entorno institucional hostil–, por la concurrencia de elementos internos que en muchas ocasiones evidencia la inexistencia de capacidades o la merma de las mismas: dificultades en la comprensión del proceso en el que se ven inmersos, problemas de lectura y funcionalidad, ignorancia de cómo defender sus derechos, dependencias tóxicas...

La utilización de la noción de capacidad da pie a introducir dos nociones derivadas de esta primera: la de entorno capacitante/incapacitante y la de capacitación. La noción de entorno capacitante o incapacitante se fija en la agregación de las capacidades. Es cierto que respecto de una persona se pueden predicar una serie de capacidades, pero se ha de tener en cuenta que estas capacidades mantienen relaciones de interdependencia. Al centrar la atención sobre el entorno es posible analizar conjuntos de capacidades sin las cuales el acceso a los derechos queda mermado o imposibilitado. No basta con hacer inventario de bienes, hay que plantearse qué oportunidades reales generan. Es en este sentido, en relación a los derechos, que resulta útil hablar de entornos capacitantes como entornos que posibilitan la adquisición de capacidades que son precisas para acceder a los derechos. A los procesos eficaces mediante los cuales se posibilita la adquisición de capacidades es a lo que se llama capacitación.

Esta noción de entorno capacitante/discapacitante encaja en una percepción amplia de la exclusión social que tiene en cuenta los factores y carencias sociales que en su interdependencia generan situaciones de exclusión: pobreza, precariedad, paro, enfermedad, dificultades en acceder a las prestaciones sociales, a la educación o al sistema sanitario, deficiencias en la participación social...²⁶. No obstante, cuando se estudia la exclusión no se suele prestar gran atención a la influencia de los mecanismos jurídicos en la generación de exclusión social. Se analiza poco y con escaso rigor las relaciones existentes entre las desiguales posiciones que las personas ocupan en el campo jurídico y las situaciones de exclusión derivadas de causas económicas, laborales, sociosanitarias, residenciales, formativas o participativas. En el *Informe de la inclusión social en España*, por ejemplo, no

²⁶ Vid., por ejemplo, AA.VV., *Informe de la inclusión social en España*, Barcelona, Fundación Caixa Catalunya, 2008.

se presta atención a esta cuestión²⁷. Esto es especialmente llamativo, ya que metodológicamente la legislación vigente y las prácticas institucionales pueden ser analizadas en su voluntariedad y en su practicidad como mecanismos de inclusión y/o de exclusión social.

1.2 Obstáculos en el acceso a los derechos

Los obstáculos en la realización de los derechos reconocidos pueden ser clasificados en cuatro grandes grupos: económicos, sociales, culturales e institucionales²⁸. Unos y otros se entrelazan, de forma que suelen encontrarse en distintas combinaciones.

Las desigualdades económicas inciden en el desigual acceso a los derechos. Las personas con menores recursos –económicos, sociales y culturales– suelen desconocer cuáles son sus derechos y al mismo tiempo tienen más dificultades para utilizar los mecanismos de defensa existentes. Esto es debido a la conjunción de múltiples factores. Para empezar, las personas con menos recursos tienen dificultades en reconocer la dimensión jurídica de los problemas que les afectan –carencia de conciencia legal–, desconfían del sistema legal, presentan dificultades de asimilación de nuevos contextos, se ven perjudicadas por la dilatación temporal de los procesos, hallan menos recursos especializados de alta calidad y poseen pocas habilidades legales.

Para acceder a los derechos se requieren habilidades básicas como saber rellenar un formulario, poder explicar con claridad una situación problemática, hablar el idioma o idiomas del lugar, saber cómo presentar una solicitud, acudir a comisaría, controlar el tiempo personal o llevar control de las citas a las que hay que acudir. Se trata de habilidades básicas para muchas personas, pero para muchas otras son logros que les quedan bastante lejos. Estos factores se combinan con la falta de confianza en los procesos legales, en los agentes jurídicos²⁹ y en la

²⁷ Sí se presta atención a esta cuestión en SUBIRATS, J. (ed.), *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, Barcelona, Fundación «La Caixa», 2004. Sin embargo, pese a que se habla de la dificultad en el acceso a los derechos, no se aportan datos ni análisis relevantes sobre esta cuestión.

²⁸ Pueden consultarse distintos estudios realizados sobre esta cuestión en International Council on Human Rights Policy, *Enhancing Access to Human Rights* (disponible en <http://www.ichrp.org/es/proyectos/123>; fecha de consulta 28 de febrero de 2009); también, SANTOS, B. de S., «La sociología de los tribunales y la democratización de la justicia», en SANTOS, B. de S., *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1998, pp. 193-224, pp. 204-205.

²⁹ La elección del abogado sigue siendo una cuestión de confianza en la recomendación hecha por una persona conocida. Según *La abogacía española en datos y cifras* (Madrid, Consejo General de la Abogacía española, 2008) el 77 por 100 de los encuestados en 2008 cuando se les preguntó cómo había seleccionado el abogado o despacho al que había acudido, contestaron que mediante la recomendación de un familiar o amigo. De la misma forma, son los familiares y amigos a quienes se consulta cuando se tiene una duda o problema jurídico (47 por 100 de los encuestados), antes de ir a un abogado.

posibilidad de lograr cambios. Las diferencias de poder son percibidas intensamente, lo que unido a la ausencia de una cultura de la exigencia de los derechos contribuye a que las personas peor situadas socialmente tengan más dificultades en el acceso a los derechos y en la propuesta de vías de defensa o de modificación legislativa. A esto se suma una menor incidencia en los grupos de poder político y económico.

Los derechos, para ser ejercidos, requieren una base social –además de institucional– de apoyo que oriente y acompañe a la persona en su opción. Las personas que viven en entornos en los que raramente se ha obtenido algún beneficio mediante el Derecho, fácilmente elegirán unas estrategias distintas para defender sus intereses y satisfacer sus necesidades³⁰. En el caso de los grupos vulnerables, además de sus grupos sociales de referencia, las entidades sociales se convierten de facto en muchas ocasiones en grupos sociales de apoyo, orientación y acompañamiento en el ejercicio de los derechos. También en sus portavoces.

El proceso de culturización es uno de los factores que ubica socialmente a las personas. En el acceso a los derechos se dan dificultades culturales que tienen que ver con la educación recibida, con la capacidad de expresión oral y escrita, así como con la movilidad real que permite acceder físicamente a los servicios jurídicos existentes. Por extraño que pueda parecer, hay personas que presentan grandes dificultades para moverse eficazmente en el entorno urbano, máxime cuando las instituciones a las que tiene que acceder personalmente les son muy ajenas, como puede ser una oficina judicial.

Las incapacitaciones culturales afectan también al nivel de conocimiento que las personas tienen sobre cuáles son sus derechos y sobre todo afecta a la toma de conciencia acerca de los medios disponibles para usarlos. La situación de infradotación cultural, económica y social suele ser aprovechada para ejercer un poder arbitrario sobre las personas que se encuentran en situaciones más vulnerables. La ignorancia, sumada al miedo impuesto por las circunstancias de vida, es un caldo de cultivo excelente para el abuso del poder sobre las personas peor situadas socialmente.

A nivel institucional se pueden precisar dos grandes grupos de dificultades. Las derivadas de las instituciones oficiales que median en el acceso a los derechos y las procedentes de los servicios profesionales privados, ya adquieran la forma de despachos o de servicios jurídicos de entidades sociales. Las instituciones oficiales pueden facilitar los procesos administrativos adaptándolos a las capacidades de las personas, pero también pueden mantener estrictamente la lógica burocrática,

³⁰ SARAT, A., «... El derecho está en todas partes: el poder, la resistencia y la conciencia jurídica de los pobres que viven de la asistencia social», en GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.), *Sociología jurídica, op. cit.*, Bogotá, Unibiblos, 2001, pp. 217-266. Tb. EWICK, P. y SILBEY, S., «Conformismo, oposición y resistencia: un estudio sobre conciencia jurídica», en GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.), *Sociología jurídica, op. cit.*, pp. 267-289.

caso en el que una parte de la población se encontrará con importantes obstáculos. La masificación de los servicios y la escasez de recursos desaniman los procesos de reclamación y extienden la desconfianza. Al mismo tiempo puede predisponer al personal empleado en estos servicios a ver a las personas que acuden no como sujetos con derechos, o como clientes, como ocurriría en un despacho profesional, sino como receptores pasivos de ayuda estatal.

Los obstáculos institucionales en el acceso a los derechos suelen generar y aprovecharse de una cultura legal débil. Esto sucede en épocas de endurecimiento de las condiciones legales, de extensión de discursos públicos de peligrosidad e incremento de la seguridad a toda costa. Cuando esto sucede, se produce un incremento de la sensación de inmunidad, confirmada por la relajación del control sobre la actuación del poder estatal. Una cultura legal débil, tanto por parte de las autoridades como por parte de la ciudadanía, contribuye a incrementar la exclusión social y a limitar el acceso a los derechos. Por contra, una cultura legal fuerte ha de ser una cultura garantista en los contenidos y en las formas. El problema que se nos plantea hoy, como ya se ha dicho, es que la propia legalidad vigente merma crecientemente los derechos y las garantías institucionales y procesales de los segmentos de población más vulnerables.

A continuación se describen dos experiencias concretas de acceso a los derechos: la situación de las trabajadoras sexuales en el barrio del Raval de Barcelona y la figura del asistente personal en la llamada Ley de la Dependencia.

1.2.1 «No pueden estar en la zona»³¹

Para algunas personas su relación cotidiana con el Derecho pasa principalmente por la aplicación de normativas municipales que, como alguien dijo con acierto, se convierten en las auténticas constituciones de la ciudad. Este contacto con el Derecho, evidentemente, no lo es sólo con la norma en sí, sino con los agentes y el entramado institucional encargados de aplicarla.

Históricamente el barrio barcelonés del Raval había sido un barrio de trabajadores inmigrantes y población pobre. La parte sur de este barrio fue conocida como el barrio chino³². A partir de los años ochenta se iniciaron intensas actuaciones de remodelación del barrio que han cambiado en buena parte su fisonomía y su composición demográfica. En la última década, se ha instalado la Universidad, se han

³¹ La información y análisis que se expone a continuación se obtiene a partir del trabajo desarrollado en el grupo Diálogos para la convivencia. Este grupo de trabajo reúne a organizaciones sociales del barrio del Raval de Barcelona. Centra su actividad en los conflictos surgidos en torno al ejercicio de la prostitución en este barrio y a la vulneración de derechos que se está produciendo. Coordina este grupo la Fundación Tot Raval.

³² Hace tiempo que esta denominación ya no se utiliza.

abierto hoteles nuevos, se inauguró el Museo de arte contemporáneo de Barcelona y en la rambla del Raval vino a vivir el gato de Botero.

En estos momentos, el Raval reúne a población inmigrante, población tradicional y clases medias que comienzan a vivir en nuevas residencias. En este barrio viven cerca de 23.000 personas venidas de otros países, mayoritariamente de Pakistán, Filipinas, Marruecos, Bangla Desh y Ecuador. El 8,2 por 100 de la población extranjera de la ciudad vive en este barrio. El 47,7 por 100 de quienes viven en el Raval son extranjeros. Aquí conviven personas de 130 nacionalidades³³.

A finales de 2005, después de una campaña veraniega premeditada que exacerbó la preocupación vecinal acerca de la inseguridad y los problemas de convivencia centrados en la mendicidad, la prostitución, los comportamientos *desviados* y el maltrato del mobiliario público, se aprobó la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona. Su tramitación y aprobación fue polémica y su aplicación actual lo sigue siendo. Se trata de una norma marcadamente reglamentista que duplica en muchas ocasiones por vía administrativa la sanción³⁴ a comportamientos que ya estaban previstos anteriormente en el Código penal. La norma municipal prevé un control sobre el espacio y sobre las actividades que resulta en ocasiones exagerada. La norma puede ser contemplada como un ejemplo de la recuperación del higienismo y el control policial que une actuaciones urbanísticas con actuaciones sobre la población, especialmente sobre los grupos más vulnerables.

Esta Ordenanza prohíbe, entre otras cosas³⁵, la mendicidad que pueda coaccionar o acosar, o bien obstaculice o impida el tránsito de los viandantes. Se prohíbe también el ofrecimiento de bienes –pañuelos, por ejemplo– o servicios a las personas que se encuentran dentro de los vehículos públicos o privados –un músico no autorizado que toca en el metro, por ejemplo, o una persona que limpie parabrisas–. Estos comportamientos pueden ser sancionados con multas de hasta 120 €. Y en el caso de limpiar parabrisas, la multa prevista va de 750,01 a 1.500³⁶.

³³ Datos enero 2008 (<http://www.bcn.cat/estadistica/castella/dades/index.htm>, fuente consultada el 28 de febrero de 2009).

³⁴ En esta Ordenanza se utilizan 117 veces el término «sanción», 10 «servicios sociales» y 4 «garantía».

³⁵ Prohíbe, por ejemplo, pegar carteles, pancartas o adhesivos o cualquier forma de publicidad, anuncio o propaganda fuera de los lugares habilitados (art. 23.1). También se prohíbe colocar publicidad sobre la parte exterior de los cristales de los automóviles (art. 23.5). En este último caso la conducta se sanciona con una multa entre 120 y 750 €. En el primer caso, la multa va de 750,01 a 1.500 €. Prohibición de dormir de noche o de día en las vías y los espacios públicos (art. 58.2.a). La sanción por este comportamiento puede llegar hasta 500 €.

En su momento esta norma fue criticada por no abordar las raíces socio-económicas de los problemas que trata de resolver y olvidar alguno de los problemas más serios que vive la ciudad como es la especulación inmobiliaria.

³⁶ Artículos 35 y 36.

Las sanciones impuestas a indigentes no son ejecutadas en los casos en los que estas personas entren en contacto o ya lo estén con servicios sociales municipales o alguna asociación o fundación³⁷. Téngase en cuenta la imposibilidad de ejecutar una multa a personas que carecen de patrimonio y de ingresos regulares, además de la dificultad de localizarlas, ya que carecen de residencia estable. A estas personas³⁸ se les ha denunciado por algunas de estas conductas: escupir en la calle, orinar en vía pública, pedir limosna dificultando el libre tránsito, ofrecer servicios o bienes no requeridos, tirar al suelo o depositar en la vía pública recipientes de bebidas, venta ambulante³⁹, dormir en la calle, utilizar los bancos y asientos públicos para fines distintos a los que están destinados y, sobre todo, por consumir bebidas alcohólicas en la calle con envases de vidrio o de lata⁴⁰. En este punto la ordenanza se muestra ineficaz a primera vista. Sin embargo, sí consigue presionar a los mendigos y dar una imagen pública de baja tolerancia ante los comportamientos prohibidos.

También reguló esta Ordenanza el ofrecimiento, solicitud, negociación o aceptación, directa o indirecta, de servicios sexuales retribuidos en el espacio público cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público⁴¹. Quedan especialmente prohibidos estos comportamientos cuando se desarrollen a menos de 200 metros de centros escolares. En el primer caso, no se prevé sanción a menos que la persona mantenga su actitud y «no abandone el lugar», en cuyo caso podrá ser sancionada por desobediencia a la autoridad⁴²; en el segundo caso, la multa puede llegar a los 750 €.

El ofrecimiento de servicios sexuales en el barrio del Raval se concentra en unas calles⁴³. Desde la entrada en vigor de la Ordenanza, los cuerpos de seguridad han ejercido una presión creciente, aunque discontinua, sobre las trabajadoras sexuales⁴⁴. Esta presión se ejerce físi-

³⁷ En la ciudad de Barcelona la entidad de referencia es la Fundación Arrels (<http://www.arrellsfundacio.org/>).

³⁸ En ocasiones pocas personas acumulan decenas de denuncias. De igual forma, algunos agentes de la Guardia Urbana tienen tendencia a multar reiteradamente por la misma conducta a las mismas personas.

³⁹ Se introduce en este punto, como en otros, obligaciones de imposible cumplimiento al prohibir la compra en el espacio público de alimentos, bebidas u otros productos procedentes de la venta ambulante no autorizada (art. 50.1.3). ¿Cómo saber si quien me vende el producto está autorizado? El comprador tendría que pedir que le enseñaran la autorización antes de realizar la compra.

⁴⁰ Los datos a los que se ha tenido acceso son de 2006 y 2007, y se refieren a multas que no han sido ejecutadas.

⁴¹ Artículo 39.1. Se piensa sobre todo en los comerciantes y en los vecinos.

⁴² Artículo 79.1.d y 79.2, multa de 1.500,01 a 3.000 €.

⁴³ Calles Robadors, Sant Ramón y alrededores y, debido a la presión policial, Rambla del Raval. Vid. ARELLA, C., FERNÁNDEZ BESSA, C., NICOLÁS LAZO, G. y VARTABEDIAN, J., *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Barcelona, Virus, 2007.

⁴⁴ En octubre de 2008 se organizó una redada en esta zona. A partir de este momento ha habido una presencia continua de la Guardia Urbana de Barcelona.

camente con una fuerte presencia policial en la zona. A las trabajadoras sexuales que ofrecen servicios en las calles en 2008⁴⁵ se les multó preferentemente aplicando el artículo 40.2 –ofrecimiento de servicios sexuales a menos de 200 metros de un centro educativo–. Sin embargo, en lo que va de año, ya no se sanciona preferentemente en atención al ofrecimiento de servicios sexuales, sino por incumplimiento de las órdenes o requerimientos hechos por las autoridades municipales⁴⁶. Se entiende que ha habido un cambio de estrategia sancionadora por parte del consistorio que trata de expulsar la prostitución de la zona mediante el incremento de la gravedad de las sanciones.

En el ejercicio de la potestad sancionadora prevista por la Ordenanza se están produciendo situaciones de abuso de la posición de autoridad y de falta de respeto a la dignidad de las personas –amenazas, insultos y trato indigno– que son inadmisibles en un Estado de Derecho, máxime cuando la misma Ordenanza establece que nadie puede realizar prácticas abusivas o discriminatorias o que comporten violencia física o coacción moral o psicológica o de otro tipo⁴⁷. Se plantea el problema no resuelto de quien custodia a los custodios, en especial cuando se habla de grupos vulnerables⁴⁸. En ocasiones, dado que una parte de las trabajadoras sexuales viven en el mismo barrio, se les multa al salir de un bar, al acompañar a sus hijos al colegio o al desarrollar otras actividades cotidianas. Cuando preguntan –como señala una informante–, cuál es la orden que han incumplido se les contesta: «No pueden estar en la zona».

1.2.2 *Vida independiente: la figura del asistente personal*

En el ámbito de los derechos de las personas en situación de dependencia y, por extensión, en el ámbito de los derechos sociales y de la persona, la ley más importante –y la que ha creado mayor expectativa– en los últimos años ha sido sin duda la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, de finales de 2006⁴⁹. En su artículo primero establece que tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

⁴⁵ En febrero de 2006 ya se comenzó a multar a las trabajadoras sexuales.

⁴⁶ Las multas contrastadas a partir de los servicios jurídicos de las entidades sociales con las que se ha trabajado son 302 en 2008, y 178 hasta principios de marzo de 2009.

⁴⁷ Artículo 6.2.

⁴⁸ La Ordenanza permite un gran margen de discrecionalidad a los agentes, ya que numerosos artículos definen los comportamientos sancionables de forma demasiado amplia e indeterminada.

⁴⁹ Vid. *El libro blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004. Puede consultarse en (<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-libroblancodependencia-01.pdf>, fuente consultada el 28 de febrero de 2009).

Para ello se ha creado un Sistema para la autonomía y atención a la dependencia en el que colaboran la Administración general del Estado y las Comunidades autónomas, pudiendo también añadirse las Entidades locales. En este Sistema, la Administración general garantiza un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado.

En esta Ley por «autonomía» se entiende «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por iniciativa propia, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria». Y por «dependencia»: «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal» (art. 2).

Son titulares de los derechos reconocidos en esta Ley (art. 5) los españoles que se encuentren en situación de dependencia –según los grados establecidos en la ley–, y cumplan una serie de requisitos, como residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deben ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. En el caso de los no nacionales se rigen por la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, así como lo establecido en los tratados internacionales y los convenios que se establezcan con el país de origen.

El desarrollo de esta ley requiere la reserva de importantes partidas presupuestarias sin las cuales buena parte de sus previsiones son irrealizables. Sin entrar en esta cuestión, interesa prestar atención al artículo 19 de esta ley, ya que su redacción actual es en parte el resultado de una estrategia seguida por colectivos de personas dependientes que pugnaron por ver reconocida jurídicamente una de sus exigencias: disponer de asistencia personal⁵⁰.

Este artículo 19 establece, dentro del capítulo dedicado a prestaciones y servicios de atención, que se podrá establecer una prestación económica para la contratación de una asistencia personal durante un número de horas que facilite al beneficiario «el acceso a la educación y al trabajo, así como a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria». En este artículo, el legislador evitó hablar de «vida independiente» y prefirió hablar de «vida más

⁵⁰ Vid. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 30 de marzo de 2007, en especial su artículo 19: Derecho a vivir de forma independiente y a ser individuo en la comunidad. Vid. PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2007.

autónoma». Sin embargo, el artículo 2.7 sí recoge esta expresión al señalar que la actuación del asistente personal fomenta la «vida independiente» de la persona, promoviendo y potenciando su autonomía personal⁵¹. Se reconocía de esta forma el léxico utilizado por un colectivo de personas dependientes.

Con anterioridad a la llamada ley de la dependencia de la que se acaba de hablar, la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁵² ya había reconocido explícitamente la influencia que estaban teniendo las organizaciones sociales que promovían el modelo de vida independiente. Este movimiento nació en EE.UU. en el marco de las luchas de los años sesenta por los derechos civiles de los colectivos que estaban siendo discriminados. En España la idea de vida independiente se articula básicamente en torno al Foro de Vida Independiente⁵³. Su lema es: «nada sobre nosotros sin nosotros». Este movimiento, que se organiza fundamentalmente a través de Internet y que carece de estructura jerárquica, ha lanzado un discurso inclusivo construido a partir de elementos de reflexión sobre cuestiones políticas, culturales, médicas, jurídicas y tecnológicas. La idea de vida independiente se dirige no sólo a los discapacitados sino al conjunto de la ciudadanía, especialmente a aquellos grupos sociales que se hallan en situación de discriminación. Es en este sentido un planteamiento democrático que agrega intereses y se aleja de una segmentación que había caracterizado –y todavía sigue siendo así en parte– la reclamación de los intereses de las personas discapacitadas.

Dado que el movimiento de vida independiente promueve la autonomía funcional de la persona y su desinstitucionalización⁵⁴, de modo que la persona no sea un mero paciente o beneficiario de decisiones ajenas, sino el protagonista de sus propios procesos, la figura del

⁵¹ Esta ley ha sido desarrollada por las leyes de servicios sociales autonómicas. En el caso de Cataluña, la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, ha recogido en su disposición adicional 1.6 la siguiente obligación del Gobierno catalán: «promover la formación en derechos de las personas con diversidad funcional para facilitarles la adopción de un modelo de vida independiente».

⁵² Vid. ASIS, R. de, *et al.*, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Madrid, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2007.

⁵³ Fue creado en 2001 por Manuel Lobato y Javier Romañach. Puede consultarse CENTENO ORTIZ, A., «The National Dependency System: An Analysis from the Perspective of the Independent Living Movement», en ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. *et al.* (eds.), *Spatial Development and Citizenship*, DEDEL-SDEC – INTERREG IIIC, Ediciones de Intervención Cultural, 2008, pp. 99-128. Vid. también GARCÍA ALONSO, J. V. (coord.), *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales*, Madrid, Fundación Luis Vives, 2003, pp. 259-281. Puede encontrarse más información en <http://www.enil.eu/enil/>, <http://www.forovidaindependiente.org/>, <http://www.independentliving.org/>

⁵⁴ Puede verse el documental *Editar una vida*. En él se reflejan bien los argumentos en contra del modelo institucionalizador –vivir en residencias– como única alternativa y se plantea el papel estratégico que pueden desempeñar los asistentes personales.

asistente personal se convierte en un medio que favorece la efectividad de derechos reconocidos legalmente para cuya consecución se requieren contribuciones que son externas a las persona.

La lucha por esta figura, así como las estrategias seguidas, constituye un ejemplo práctico de la mejora en el acceso al Derecho y a los derechos. En este caso concreto, el movimiento de vida independiente ha optado por una perspectiva universal que plantea qué capacidades ha de poder desarrollar una persona para lograr funcionamientos valiosos.

2. La experiencia del proyecto dret al Dret

En este apartado se presenta un proyecto de actuación jurídica iniciado hace cuatro años en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona⁵⁵. Se presentan brevemente las ideas de fondo que alimentan el proyecto, así como las dificultades que hemos ido encontrando en su desarrollo y los resultados alcanzados hasta este momento.

El nombre del proyecto «dret al Dret» contiene un juego de palabras. Tanto significa ir directo al Derecho, como derecho –en sentido subjetivo– al Derecho. Esta segunda acepción expresa una de las ideas que era común al pequeño grupo de profesores que impulsó este proyecto: pensar cómo se podía contribuir desde una Facultad de Derecho a mejorar la defensa y el ejercicio de sus derechos por parte de las personas y los colectivos que se encuentran en situación de exclusión. La expresión «dret al Dret» se refiere a una idea clave para una sociedad democrática que se organiza institucional y jurídicamente como un Estado de Derecho: garantizar el acceso efectivo a los recursos jurídico-sociales que favorecen el ejercicio de los derechos. A esta preocupación se suman dos más: cómo mejorar el aprendizaje y la formación jurídica de los estudiantes y cómo potenciar el servicio público que ha de prestar la Universidad.

Uno de los referentes que utilizamos para organizar el proyecto fueron las experiencias de Clinical Legal Education, tan usuales en las facultades de derecho anglosajonas, latinoamericanas y de algunos países europeos⁵⁶. En el contexto español las iniciativas ya en

⁵⁵ Vid. MADRID, A., «El proyecto derecho al Derecho: un planteamiento de actuación y reflexión comunitario», en Miquel MARTÍNEZ (ed.), *Aprendizaje, servicio y responsabilidad social de las universidades*, Barcelona, Octaedro, 2008, pp. 93-112.

⁵⁶ Se puede encontrar una amplia bibliografía sobre Clinical Legal Education en www.cleaweb.org/ En esta dirección web también se referencian distintas clínicas jurídicas. Para una introducción a las clínicas jurídicas puede consultarse: BLÁZQUEZ MARTÍN, D., «Apuntes acerca de la educación jurídica clínica», en http://universitas.idhbc.es/n03/03-04_blazquez.pdf y BAUCCELLS, J., MARQUÈS, M. y MORÁN, C., «El método clínico: una experiencia en el ámbito penitenciario», en <http://www.sre.urv.es/web/aulafutura/php/fitxers/336-0.pdf>

marcha⁵⁷ indicaban que el proyecto podía ser viable. Tras un tiempo de estudio y reflexión se diseñó un proyecto con los objetivos ya señalados y basado en los ejes siguientes: a) coordinar el ámbito universitario con la actuación de las organizaciones sociales y de las administraciones públicas⁵⁸; b) relacionar el conocimiento teórico con el conocimiento práctico, y c) socializar el conocimiento disponible y permeabilizar la Universidad.

El primer eje del proyecto reproduce lo que es una realidad: las relaciones de colaboración entre una mayoría de entidades sociales y las administraciones públicas. A esta realidad había que sumar las aportaciones del ámbito universitario, que mantiene preferentemente relaciones institucionales con otras administraciones públicas y personales con las organizaciones sociales, a partir de la implicación personal de algunos profesores y profesoras.

Desde la perspectiva epistemológica, el proyecto asumió que teoría y práctica forman parte de una misma realidad, de modo que la dimensión práctica del proyecto no sólo podía contribuir a mejorar la formación de los estudiantes que participaran en él, sino que además, para no teorizar en el vacío, había que acudir a los procesos jurídicos y sociales que se estaban produciendo en nuestro entorno. En relación con esto, desde el proyecto se recuperaba otra idea ya conocida pero de difícil ejecución: salir de la Universidad y fomentar que entraran en el ámbito universitario problemáticas sociales poco tratadas en la Facultad desde la que se organizaba el proyecto⁵⁹.

La organización de este proyecto coincidió en el tiempo con la implementación del Espacio europeo de educación superior⁶⁰. No obstante, el proyecto no se derivó de él, y en realidad no ha tenido durante estos años gran preocupación por seguir la inundación de documentos que acompaña al proceso de Bolonia. Siempre se mantuvo que los objetivos y los ejes de actuación del proyecto tenían sentido al margen de las exigencias e incertidumbres que el proceso de Bolonia acarrea. El criterio de evaluación que se ha seguido es contrastar el aprendizaje de los estudiantes⁶¹, los resultados obtenidos y las relaciones de colaboración establecidas.

⁵⁷ Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Rovira i Virgili y Universidad de Valencia.

⁵⁸ En estos momentos se han firmado convenios de colaboración con más de treinta entidades sociales. También forma parte del proyecto el Colegio de abogados de Barcelona. Con las administraciones públicas se llegan a acuerdos puntuales.

⁵⁹ Es el caso, por ejemplo, del Análisis feminista del Derecho. Fue a partir del Grupo de mujeres del proyecto que se organizó por primera vez en la Facultad de Derecho de la UB un seminario abierto a estudiantes sobre esta cuestión. Para más información sobre este grupo de trabajo, vid. <http://dretambledones.blogspot.com/>

⁶⁰ También coincidió con la aprobación de la «Ley sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales» de 30 de octubre de 2006.

⁶¹ Con el tiempo hemos visto cómo distintos estudiantes que habían colaborado en el proyecto se profesionalizaban, algunos en los servicios jurídicos de entidades sociales con los que habían colaborado, otros en servicios de orientación jurídica en

La organización del proyecto se ha servido de distintas estrategias que con el tiempo se han mostrado acertadas. El núcleo que inicialmente impulsó el proyecto estaba formado por personas que ya colaboraban con entidades sociales. Esto favoreció el contacto con otras organizaciones al tiempo que dio credibilidad al proyecto. En segundo lugar, el proyecto fue pensado como un proyecto de Facultad⁶² y no de un departamento concreto⁶³. En tercer lugar, se ha intentado respetar y estimular la actividad de las áreas de trabajo⁶⁴ del proyecto, sin incurrir en formalismos ni rigideces innecesarias. En cuarto lugar, se ha intentado complementar y fortalecer en la medida de nuestras posibilidades los servicios jurídicos de las entidades sociales ya existentes. El modelo por el que se apostó fue por el del trabajo en red que potenciara tanto la actividad de las organizaciones como los servicios ofrecidos a los estudiantes por parte de la Universidad. En este sentido, se asumió una lógica de actuación que intenta fomentar aquello que suma y potencia el trabajo en común, siempre que se respeten los objetivos fijados inicialmente.

El desarrollo del proyecto ha afrontado distintas dificultades, algunas todavía no resueltas y tal vez irresolubles, que pueden ser calificadas en dos grandes grupos: dificultades académicas y dificultades institucionales. En el ámbito académico, las dificultades tienen que ver con la ubicación curricular de la participación de los estudiantes en el proyecto y con el reconocimiento del trabajo desarrollado por el profesorado. La primera cuestión se resolvió juntando dos Prácticums (Prácticum II y III, con 10.5 créditos). Los estudiantes que quieren participar hacen sus prácticas curriculares durante un cuatrimestre o durante todo el curso⁶⁵. Esta situación finaliza con la puesta en marcha del nuevo Grado en Derecho, ya que se ha eliminado la obligatoriedad del Prácticum. Esta modificación obliga a situar las prácticas

los que habían hecho prácticas y otros en despachos profesionales a los que llegaban de mano de sus tutores externos (en el proyecto, cada estudiante tiene un tutor externo y un tutor universitario).

⁶² El proyecto se regula por un reglamento aprobado por la Junta de la Facultad de Derecho (UB) el 23 de marzo de 2007. Se puede consultar en www.ub.edu/dret/serveis/dret_al_dret/

⁶³ Forman parte del proyecto una veintena de profesores, investigadores y colaboradores de ocho departamentos. El grupo de profesores ha sido reconocido como grupo de innovación docente. La media de edad ronda los 40 años. Por categorías profesionales, predominan los titulares de universidad, seguidos de lectores e investigadores.

⁶⁴ Áreas de Derecho penitenciario, Derechos humanos y Derecho internacional, Derechos de los menores, Derecho y mujer, Derecho y género, Derechos de los extranjeros, Derechos sociales y Comunicación y Radio (<http://www.eubradio.org/nomusicals.html>).

⁶⁵ Cada curso entre 40 y 50 estudiantes siguen el prácticum dret al Dret en los servicios jurídicos de entidades sociales y también en el servicio de orientación jurídica y tramitación de justicia gratuita del Colegio de abogados de Barcelona. También hay estudiantes que colaboran con el proyecto sin ningún tipo de reconocimiento curricular.

preferentemente en los Másteres oficiales, especialmente en aquellos que dan acceso a las profesiones jurídicas. Este cambio en el panorama académico nos ha llevado a proponer la creación de clínicas jurídicas especializadas como espacio de trabajo común entre profesorado, profesionales y estudiantes. El modelo que por ahora se va a impulsar se centra en mantener la colaboración con los servicios jurídicos de las entidades sociales y profesionales y seleccionar casos para ser abordados según el modelo de clínica jurídica. No parece posible por ahora abrir un espacio en la Facultad de atención y asesoramiento jurídico directo como se hace en otros países⁶⁶.

Las dificultades institucionales se centran básicamente en la orientación de un proyecto como éste que trabaja con realidades jurídicas, sociales y políticas conflictivas. Las preguntas que se plantean son: ¿hay que denunciar desde una Facultad las vulneraciones de derechos que se producen? ¿Hay que tomar partido o hay que mantener una supuesta neutralidad, que no es en realidad tal neutralidad? La experiencia indica que estas preguntas tienen en la práctica respuestas complejas que establecen una separación entre los modelos que habitualmente se explican en las aulas y la realidad en que vive la población. Una de las cuestiones de fondo es si las Facultades de Derecho han de proporcionar recursos y ponerse del lado de los más débiles. En el caso de que esta pregunta se contestase afirmativamente, la segunda cuestión es cómo hacerlo. Por más que quien esto escribe esté a favor de pensar y practicar el Derecho también como el derecho del más débil⁶⁷ y asuma la responsabilidad de las Facultades de Derecho en esta cuestión, no se puede olvidar que probablemente la mayor parte del profesorado de las Facultades de Derecho no tiene esta visión ni este compromiso actuante. Es por tanto difícil fijar sin más qué compromisos institucionales ha de asumir una Facultad, especialmente cuando situarse al lado del más débil, al lado de los que más dificultades encuentran para acceder al Derecho y a los derechos, puede suponer crear tensiones con los centros de poder, incluidos los poderes públicos. La autonomía universitaria permitiría sin duda que las Facultades asumieran un papel garantista; sin embargo, su propia realidad sociológica e institucional hace que esta cuestión sea más compleja. En una primera fase del proyecto, al plantear la posibilidad de abrir puntos de atención y asesoramiento jurídico a extranjeros en la Facultad, algún profesor exclamó: «sí, y que se nos llene la Facultad de negros». Cuando se discutió en la ciudad de Barcelona acerca de la ordenanza del civismo, se hizo un trabajo de análisis jurídico a partir del trabajo de distintas organizaciones, entre las que estaba el dret al Dret. El resultado del análisis desaconsejaba mantener la redacción inicial de la ordenanza. Ante este trabajo se nos llamó al orden desde el poder público implicado, recordándonos que habíamos solicitado

⁶⁶ Sin embargo, creo que este modelo se acabará desarrollando.

⁶⁷ Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

una ayuda económica. Esta experiencia, que no es aislada, y en la que viven también las organizaciones sociales, advierte que si se quiere plantear en serio cómo puede una Facultad de Derecho contribuir a favorecer el acceso a los derechos tal vez haya que superar esa supuesta neutralidad tan acomodaticia en la que frecuentemente se sitúa el ámbito universitario.

En ocasiones, las limitaciones a esta función de fomento y garantía de la que hablo se basan en cuestiones tan sencillas como los compromisos pasados, actuales o futuros que se mantienen con los poderes públicos de los que se pueden recibir encargos, reconocimientos y emolumentos. En este terreno, los sectores en situación de exclusión difícilmente pueden competir, ya que su acceso al palacio queda muy restringido. Pese a ello, y sin entrar en terrenos complejos, la relación entre el ámbito universitario y las situaciones de exclusión y vulneración de derechos se podría establecer, como se hace en otras Facultades y en Facultades de Derecho de otros países, a partir de la investigación sobre los componentes jurídicos de las situaciones de exclusión. En esto, los estudios sociológicos empíricos pueden contribuir a crear un discurso que complemente los modelos abstractos basados en el deber ser que en ocasiones se confunden con lo que realmente acaece en la vida de la gente. En el caso español esta sería una forma posible para poner en relación las Facultades de Derecho con las condiciones jurídicas en las que se desarrolla la vida de las personas y colectivos peor situados socialmente. Se trataría de una sociología jurídica de la exclusión.

Un proyecto como el que se comenta no puede ser neutral por dos razones fundamentales: primero, porque no existe la pretendida neutralidad y asepsia con la que en ocasiones nos revestimos ideológicamente cuando pensamos el Derecho y, en segundo lugar, porque el proyecto asume un compromiso en la defensa y el ejercicio de los derechos de las personas y los colectivos menos favorecidos.

Los resultados alcanzados son en un sentido muy notables y en otro muy humildes. La consolidación de un proyecto de estas características puede ser vista como un éxito, especialmente cuando casi nadie apostaba inicialmente por su supervivencia⁶⁸. La implicación de los estudiantes y de las mismas autoridades académicas, así como la buena recepción por parte de las organizaciones sociales, también son resultados positivos. Pese a esto, todavía queda mucho por hacer en cuanto a buscar fórmulas que no supongan un sobretrabajo para el profesorado. También hay que potenciar la realización de estudios y los mecanismos de transferencia de conocimiento.

⁶⁸ En la primera presentación que se hizo del proyecto, la mayor parte del profesorado asistente consideró que la iniciativa estaba condenada al fracaso. Consideraban que un proyecto de estas características sería rechazado por los Colegios profesionales. Este punto ha sido resuelto hasta el momento mediante la creación de relaciones de colaboración.

La forma de trabajar en la consecución de los objetivos ya comentados –favorecer el acceso a los derechos y mejorar la formación de los estudiantes– ha combinado distintas actuaciones: jornadas⁶⁹, prácticum, seminarios⁷⁰, cursos⁷¹, guías⁷², estudios⁷³, programas de radio⁷⁴ y grupos de trabajo⁷⁵.

Es un pequeño ejemplo de cómo desde las Facultades de Derecho se pueden generar dinámicas de trabajo coherentes con los fines propios de la institución que contribuyan a desarrollar la capacidad crítica, para lo cual ha de darse una apertura a la realidad social al tiempo que una implicación en el acceso al Derecho y a los derechos de las personas en situación de exclusión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV., *El libro blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- *Informe de la inclusión social en España*, Barcelona, Fundación Caixa Catalunya, 2008.
- *La abogacía española en datos y cifras*, Madrid, Consejo General de la Abogacía española, 2008.
- ARELLA, C., FERNÁNDEZ BESSA, C., NICOLÁS LAZO, G. y VARTABEDIAN, J., *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Barcelona, Virus, 2007.
- ASIS, R. DE, AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, Y. y PALACIOS, A., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Madrid, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2007.

⁶⁹ Jornada sobre «El papel de las organizaciones sociales en el acceso a los derechos de ciudadanía» (octubre de 2007); Jornada sobre «Vida Independiente: una cuestión de derechos humanos» (marzo de 2008, organizada conjuntamente con Foro de Vida Independiente y el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña); «Los servicios jurídicos de las entidades sociales: presente y futuro» (diciembre de 2008, organizada conjuntamente con las fundaciones FICAT y ESCO).

⁷⁰ «Análisis feminista del Derecho» y «Ni víctimas ni verdugos. El género como construcción social y jurídica».

⁷¹ «El Dret davant la problemàtica del gènere» y colaboración en «Derechos sociales. Teoría y herramientas para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales» (organiza el Observatorio DESC de Barcelona).

⁷² «Guía de recursos sociales y jurídicos para personas privadas de libertad» (se publicará en breve).

⁷³ «Estudio sobre el acceso de los ciudadanos al SOJ-SERTRA del ICAB y articulación con los servicios jurídicos de las entidades sociales. Propuestas de mejora» (se han presentado algunos resultados en el apartado 2).

⁷⁴ <http://www.eubradio.org/nomusicals.html>, programas 35, 36, 37, 42 y 43.

⁷⁵ «Proceso de realojo en el barrio de La Mina (Sant Adrià del Besós)» y «Proyecto diálogos para la convivencia (Distrito de Ciutat Vella, Barcelona)».

- BAUCELLS, J., MARQUÈS, M. y MORÁN, C.; «El método clínico: una experiencia en el ámbito penitenciario», en <http://www.sre.urv.es/web/aulafutura/php/fixters/336-0.pdf>
- BLÁZQUEZ MARTÍN, D., «Apuntes acerca de la educación jurídica clínica», en http://universitas.idhbc.es/n03/03-04_blazquez.pdf
- CALERO, J., *Desigualdades tras la educación obligatoria: nuevas evidencias*, Madrid, Fundación Alternativas, 2006.
- (edit.); *Desigualdades socioeconómicas en el sistema educativo español*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 2007.
- CAPELLA, J. R., *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general*, Colegio de abogados del Departamento judicial de la Plata, 1983.
- CAPPELLETTI, M., (dir.), *Accès a la Justice et État-Providence*, Paris, Economía, 1984.
- CENTENO ORTIZ, A., «The Nacional Dependency System: An Analysis from the Perspective of the Independent Living Movement», en José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO *et al.* (eds.), *Spatial Development and Citizenship*, DEDEL-SDEC-INTERREG IIIC, Ediciones de Intervención Cultural, 2008.
- EWICK, P. y SILBEY, S., «Conformismo, oposición y resistencia: un estudio sobre conciencia jurídica», en GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Unibiblos, 2001.
- FRANCONI, F. (edit.), *Acces to Justice as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- GALANTER, M., «Por qué los “poseedores” salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico», en GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Unibiblos, 2001.
- GARCÍA ALONSO, J. V. (coord.), *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.
- KUKLYS, W., *Amartya Sen's Capability Approach. Theoretical Insights and Empirical Applications*, Berlin, Springer, 2005.
- MADRID, A., «El proyecto derecho al Derecho: un planteamiento de actuación y reflexión comunitario», en Miquel MARTÍNEZ (ed.), *Aprendizaje, servicio y responsabilidad social de las universidades*, Barcelona, Octaedro, 2008
- McMURRIN, S. M. (edit.), *Libertad, igualdad y derecho*, Barcelona, Ariel, 1988.
- NUSSBAUM, M. C. y SEN, A. (edit), *Calidad de vida*, México D.F., FCE, 1996.
- NUSSBAUM, M. C., *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Barcelona, Herder, 2002.
- PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2007.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001», revista *Mientras Tanto*, núm. 83, 2002, pp. 77-91.
- (coord.): *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Tres Cantos, Akal, 2005.

- PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- SANTOS, B. DE S., *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998.
- *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.
- SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007.
- SARAT, A., «... “El derecho está en todas partes”: el poder, la resistencia y la conciencia jurídica de los pobres que viven de la asistencia social», en GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.); *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Unibiblos, 2001.
- SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós, 1997.
- *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999.
- *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- SUBIRATS, J. (ed.), *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, Barcelona, Fundación «La Caixa», 2004.
- WACQUANT, L., *Punir les pauvres. Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Paris, Agon, 2004.

Recepción: 30/03/2009. Aceptación: 15/11/2009.

Segunda sesión

DERECHOS, POLÍTICA, PODER

Democracia *versus* Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?)

Por MACARIO ALEMANY
Universidad de Alicante

RESUMEN

En este artículo se presenta, en primer lugar, la forma de un argumento, central en la defensa de la forma constitucional, que el autor denomina «argumento paternalista». En segundo lugar, se considera su plausibilidad en relación con la justificación de la rigidez constitucional y se trata de interpretar a partir de él la extendida concepción de las constituciones como mecanismos de precompromiso. En tercer lugar, se considera el alcance de dicho argumento paternalista en relación con el control jurisdiccional de constitucionalidad. Al respecto, se sostiene que tal forma de argumentar no supone necesariamente, como afirman algunos destacados defensores de la posición democrática, un «insulto» para los ciudadanos. Finalmente, se concluye en una defensa del constitucionalismo basada en la idea de que los argumentos paternalistas tienen su espacio en una teoría no ideal de la justicia, es decir, su plausibilidad depende, por un lado, del contexto, de la situación y, por otro lado, de algunas máximas de experiencia muy fuertemente asentadas sobre cómo es el mundo y cómo somos los seres humanos.

Palabras clave: *Democracia, constitución, precompromiso, paternalismo, rigidez constitucional, control jurisdiccional de constitucionalidad.*

ABSTRACT

This paper presents, firstly, the argument form that is central to the defence of the constitutional form, and which the author describes as a «paternalist argument». Secondly, it considers its plausibility in relation to the justifica-

tion of constitutional rigidity and, from that, attempts to interpret the widespread conception of constitutions as pre-commitment mechanisms. Thirdly, we consider the scope of this paternalist argument regarding the judicial control of constitutionality. In this regard, we maintain that such a form of argument form does not necessarily imply an «insult» to citizens, as some prominent defenders of the democratic position affirm. Finally, the paper concludes with a defence of constitutionalism based on the idea that paternalist arguments have their place in a theory of justice that is not ideal; their plausibility depends, on the one hand, on the context or the situation, and on the other hand on some strongly established maxims on how the world is and how human beings are.

Key words: *Democracy, constitution, pre-commitment, paternalism, constitutional rigidity, judicial control of constitutionality.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL «ARGUMENTO PATERNALISTA».—3. EL ARGUMENTO PATERNALISTA Y LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL. 3.1 *Un coto vedado por razones paternalistas.* 3.2 *El argumento paternalista y la doctrina del precompromiso.*—4. EL ARGUMENTO PATERNALISTA Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas centrales de discusión en la iusfilosofía actual es el del constitucionalismo. Este término muestra, en la actualidad, tres acepciones principales: alude a un proceso histórico de proliferación de Constituciones formales; a la práctica de un modelo o ideal político constitucionalista, o, finalmente, a una forma de interpretar los anteriores fenómenos, esto es, a una determinada concepción del Derecho¹ (Vid. Atienza, 2007: 114 y ss.). Las Constituciones formales son Constituciones escritas, cuyo procedimiento de reforma está fuera del alcance del legislador ordinario y que ocupan una posición jerárquica superior a la ley (vid. Aguiló, 2004: 34 y 35). El ideal constitucionalista puede resumirse en el enunciado del artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «una sociedad en la

¹ Se suele usar la expresión «neoconstitucionalismo» para referirse tanto al proceso de constitucionalización a partir de la Segunda Guerra Mundial, como para ciertas concepciones del Derecho a partir de este proceso, distinguiéndolo de esta manera del «constitucionalismo» anterior a la guerra. En el presente trabajo utilizaré la expresión «constitucionalismo» en lugar de la de «neoconstitucionalismo».

que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una Constitución». Las relaciones entre ambas nociones de Constitución se pueden introducir, siguiendo a Aguiló, mediante la distinción entre «darse (o tener) una Constitución» y «vivir en Constitución» (vid. Aguiló, 2004: 42, y Aguiló: 2008: 132 y ss.). Un sistema jurídico-político «tiene una Constitución», explica Aguiló, cuando cuenta con una forma constitucional (codificada, rígida y con superioridad jerárquica a la ley) como mecanismo de la garantía de los derechos, pero sólo «vive en Constitución» cuando esos ideales son practicados (vid. Aguiló, 2004: 42). Parece bastante obvio que la forma constitucional no es una condición suficiente de la vida en Constitución, pero queda abierta la cuestión de su valor como instrumento para garantizar la práctica de los ideales del constitucionalismo. No obstante las anteriores distinciones, conviene advertir de que en la discusión contemporánea se entiende por «Estado constitucional» aquel que, entre otras características, tiene una Constitución rígida con control jurisdiccional de constitucionalidad y, paralelamente, por «constitucionalismo» se suele entender la defensa de dicho Estado como modelo jurídico-político (vid. Atienza, 2007: 114 y ss., y Guastini, 2003: 49 y ss.).

El mecanismo de la forma constitucional como garantía de los derechos y libertades básicos ha sido criticado por quienes consideran que supone una limitación injustificable a la soberanía del pueblo, expresada a través de sus representantes en el Parlamento, o que perjudica estructuras jurídicas fundamentales para la convivencia pacífica como la del «imperio de la ley». Autores como Waldron o Laporta han presentado argumentos en este sentido de una forma profunda y sistemática (vid. Waldron, 2005, y Laporta, 2007). En consecuencia, en torno al constitucionalismo, uno de los hilos de la discusión se ha concretado en una oposición entre democracia y Constitución, entendida la primera, la posición democrática, como la defensa de la primacía de la representación parlamentaria y la regla de la mayoría, ya sea frente al poder constituyente, ya sea frente al poder contramayoritario de los jueces constitucionales, y la segunda, la Constitución, como la defensa del mecanismo de rigidez constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad frente a las eventuales mayorías parlamentarias. Entre algunos partidarios de la rigidez constitucional se ha tratado de superar esta oposición mediante la concepción de las Constituciones como mecanismos de precompromiso, es decir, como el resultado de compromisos previos del propio pueblo de atarse a sí mismo en la forma constitucional. En la defensa de esta posición cabe destacar a Holmes (vid. Holmes, 1988) o, entre nosotros, a Moreso (vid. Moreso, 2009). Mientras que los partidarios de la democracia (en el sentido al que se aludía) han replicado que se trata de paternalismo y no precompromiso.

Pues bien, en este artículo quisiera presentar, en primer lugar, la forma de un argumento que me parece central en la defensa de la

forma constitucional y que denominaré «argumento paternalista». En segundo lugar, consideraré su plausibilidad en relación con la justificación de la rigidez constitucional y trataré de interpretar a partir de él la extendida concepción de las constituciones como mecanismos de precompromiso. En este sentido, sostendré que hasta cierto punto tienen razón los partidarios de la democracia frente al constitucionalismo al denunciar que el discurso del precompromiso encubre un argumento paternalista. Sin embargo, defenderé que el argumento paternalista no debe ser desechado sin más y cabe sostener su plausibilidad en una justificación de la rigidez constitucional. En tercer lugar, consideraré el alcance de dicho argumento paternalista en relación con el control jurisdiccional de constitucionalidad. Al respecto sostendré que tal forma de argumentar no supone necesariamente, como afirman algunos destacados defensores de la posición democrática, un «insulto» para los ciudadanos. Finalmente, concluiré en una defensa del constitucionalismo basada en la idea de que los argumentos paternalistas tienen su espacio en una teoría no ideal de la justicia, es decir, su plausibilidad depende, por un lado, del contexto, de la situación y, por otro lado, de algunas máximas de experiencia muy fuertemente asentadas sobre cómo es el mundo y cómo somos los seres humanos.

2. EL «ARGUMENTO PATERNALISTA»

Por «argumento paternalista» voy a entender un argumento práctico², cuya conclusión es la imposición de una medida política, jurídica, sanitaria, etc., a un individuo, grupo, comunidad, etc. (en adelante, me referiré a quién se le impone la medida paternalista como *sujeto B*), la cual se presenta como necesaria para (I) evitar daños a B, dada (II) la constatación de un déficit de comprensión o voluntad en el sujeto B (vid. Alemany, 2006)³. Ordenado como una secuencia de premisas y conclusión, el argumento podría presentarse de la siguiente manera:

I. Q constituye el objeto de un deseo, un interés o una necesidad de B.

II. X es una medida idónea y necesaria para conseguir, garantizar o promover Q para B.

² Sigo el concepto de argumento práctico expuesto en Atienza: 2006: 190 y ss.

³ He tratado de la extensa discusión sobre el concepto de paternalismo en Alemany: 2006.

III. B muestra un déficit de comprensión y/o voluntad sobre la necesidad de X.

IV. Es permisible (u obligatorio) imponer a B la medida X⁴.

Hart nos proporciona un ejemplo de este tipo de «argumento paternalista» cuando desarrolla su tesis de la existencia de un «contenido mínimo de Derecho natural» (vid. Hart, 1963: 239 y ss.). Hart señala que «dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deben incluir un contenido específico» (Hart, 1963: 239). Más adelante, este autor enumera una serie de hechos, los cuales afirma que constituyen «verdades obvias», entre los cuales está el hecho de la «comprensión y fuerza de voluntad limitadas» de la humanidad (Hart, 1963: 244). Finalmente, en relación con este hecho, Hart concluye que

«Todos sienten la tentación, a veces, de preferir sus propios intereses inmediatos y, en ausencia de una organización especial que descubra y castigue las faltas, muchos sucumbirían a la tentación. Es indudable que las ventajas de las abstenciones mutuas son tan palpables, que el número y la fuerza de los que cooperan voluntariamente dentro de un sistema coercitivo serán normalmente mayor que cualquier combinación probable de transgresores. Sin embargo, salvo en sociedades con una cohesión muy estrecha, la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez si no hubiera una organización para coercionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta “sanciones”, por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo» (Hart, 1963: 244 y 245)⁵.

⁴ El «argumento paternalista» tiene forma aunque no sea, claro está, un «argumento formal». Siguiendo a Manuel Atienza, entiendo por «forma» aquello que queda tras un proceso de abstracción, esto es, aquello que queda después de «separar o no tomar en cuenta ciertos aspectos de una realidad que se trata de estudiar» (ATIENZA, 2006: 112). Por «argumento formal» se entiende el resultado de una abstracción radical (la formalización) que se expresa exclusivamente a través de las variables y juntos de la lógica. En este caso, la forma del argumento paternalista es el resultado de presentarlo de una forma general (se presenta con cierto grado de abstracción), de manera que podemos reconocer dicha forma en una gran variedad de argumentos más concretos. Tal y como está presentado, se trataría de un argumento cuyo uso es recurrente en la filosofía jurídica y política. Su estudio se situaría en el nivel de una concepción material y pragmática de la teoría de la argumentación. Manuel Atienza explica este enfoque material diciendo que no hace completa abstracción del contenido de los argumentos y del contexto en el que los mismos tienen lugar, constituyendo una «teoría de las premisas o de las buenas razones». Vid. ATIENZA, 2006: 182 y ss.

⁵ En el párrafo citado, Hart presenta conjuntamente dos argumentos que ya están presentes en Hobbes en su clásica respuesta a la pregunta del Tonto: ¿Por qué debo ser justo y cumplir lo pactado, aun cuando también perjudica mis intereses? A este respecto, Zimmerling señala que de acuerdo con Hobbes «es racional cumplir con lo racionalmente acordado siempre que se tenga la garantía de que también las

Para Hart, se trataría aquí de una *necesidad natural*, en el sentido de que su «verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen» (Hart, 1963: 247). Esto último es importante porque explica la idea de que el argumento paternalista puede arribar a un «deber ser», que no es un simple deber ser técnico, pues, de alguna forma ni el propósito inicial puede no tenerse (la supervivencia), ni las circunstancias del contexto pueden alterarse. La razón que aporta el argumento paternalista sería, de acuerdo con la conocida clasificación kantiana, una razón hipotético-assertórica.

El argumento hartiano podría esquematizarse de la siguiente manera:

- I. Una comunidad humana quiere evitar su extinción.
- II. El establecimiento de un sistema coercitivo es una medida idónea y necesaria para garantizar la supervivencia.
- III. Dicha comunidad muestra una comprensión y fuerza de voluntad limitadas sobre la necesidad de un sistema coercitivo.
- IV. Debe imponerse un sistema coercitivo.

Otro ejemplo de la misma forma de argumento lo encontramos en Tocqueville. Este autor niega que el pueblo elija a los mejores gobernantes, ya que

«Es imposible, hágase lo que se haga, elevar la cultura del pueblo por encima de cierto nivel. Por más que se facilite el acceso a los conocimientos humanos, se mejore el nivel de la enseñanza (...). La mayor o menor facilidad que encuentra el pueblo para vivir sin trabajar constituye, pues, el límite insalvable de sus progresos intelectuales (...). Estoy dispuesto a admitir sin dificultad que la masa de los ciudadanos quiera sinceramente el bien del país, y aún iré más lejos: las clases inferiores de la sociedad me parece que mezclan en general a ese deseo menos maquinaciones de interés personal que las clases elevadas: pero lo que siempre les falta en mayor o menor grado es el arte de juzgar los medios, aun queriendo sinceramente el fin» (Tocqueville, 2002a: 290).

otras partes contratantes lo cumplirán. Según Hobbes, esta condición de cumplimiento universal podría satisfacerse, desde luego, sólo si existiera un poder dotado de medios coactivos suficientes (...). La amenaza de sanciones coactivas para el caso de la violación de un contrato cumple aquí dos funciones: por una parte, un individuo A puede estar seguro de que sus «socios» no tendrán ningún motivo para violar el contrato, ya que ello les resultaría costoso; queda así satisfecho el presupuesto hobbesiano para el cumplimiento del contrato por parte de A. Pero, por otra, cambia también –para decirlo en términos modernos– el resultado del cálculo de costos y beneficios que hace A de sus propias alternativas de comportamiento; en muchos casos, sólo así pierde atractivo la alternativa del polizón, porque A sabe que ya no podrá obtener beneficio alguno de su violación del contrato cuando los otros lo cumplen». Vid. ZIMMERLING, 1989, 50.

A lo que añade, que «no siempre es capacidad lo que le falta a la democracia para elegir hombres de mérito, sino deseo o inclinación» (Tocqueville, 2002a: 290), por la envidia. Concluyendo, «que veo en el doble grado electoral el único medio de poner el uso de la libertad política al alcance de todas las clases del pueblo» (Tocqueville, 2002a: 295)⁶.

Ordenado esquemáticamente, el argumento de Tocqueville sería el siguiente:

I. El pueblo quiere garantizar la elección de los mejores gobernantes.

II. Sólo pueden elegir a los mejores gobernantes quienes están versados en el «arte de juzgar los medios» y libres de emociones como la envidia.

III. El pueblo no puede estar versado en el arte de juzgar los medios y, con frecuencia, está dominado por la envidia.

IV. El pueblo no debe elegir a los gobernantes directamente.

Finalmente, un tercer ejemplo de esta forma de «argumento paternalista» es sostenido por Mill:

«La idea de una democracia racional no consiste en que gobierne el propio pueblo, sino en que éste tenga la *seguridad* de un buen gobierno. Seguridad que no puede tener de otro modo que reteniendo en sus manos el control último (...) Pero éste es el único propósito por el que es bueno confiar poder al pueblo (...) El control de un hombre sobre su médico no es insignificante, aunque no ordene

⁶ En *La democracia en América* abundan los argumentos de este tipo, por ejemplo: «[Los padres fundadores] juzgaron que era preciso que, además del pueblo, hubiera un cierto número de poderes que, sin ser completamente independientes de él, gozasen dentro de su esfera, de un grado de libertad bastante amplio, de tal suerte que, obligados a someterse a la dirección permanente de la mayoría, pudieran sin embargo luchar contra sus caprichos y negarse a sus peligrosas exigencias. A tal efecto, concentraron todo el poder ejecutivo de la nación en una sola mano, dieron al presidente amplias prerrogativas y le armaron del veto para resistir los atropellos de la legislatura» (pp. 206 y 207). «Esta dificultad que encuentra la democracia para vencer las pasiones y acallar sus necesidades del momento con vistas al futuro se observa en los Estados Unidos hasta en las menores cosas. El pueblo, rodeado de aduladores, difícilmente logra triunfar de sí mismo. Cuando se quiere obtener de él que se imponga una privación o una molestia, incluso para un fin que su misma razón apruebe, casi siempre empieza negándose (...). Así, es de creer, que una ley molesta, cuya utilidad inmediata no sintiese la mayoría, no sería aprobada o no sería obedecida» (p. 327). «Yo no conozco más que un medio para impedir que los hombres se degraden: el de no conceder a nadie, con la omnipotencia, el poder soberano de envilecerle» (p. 347). «Lo que en los Estados Unidos se llama república es el reinado tranquilo de la mayoría. La mayoría, una vez se ha reconocido a sí misma y ha comprobado su existencia, es la fuente común de todos los poderes. Pero la mayoría en sí no es todopoderosa. Por encima de ella, en el mundo moral, se hallan la humanidad, la justicia y la razón, y en el mundo político, los derechos adquiridos. La mayoría reconoce estas dos barreras, y si en ocasiones se las salta es porque tiene pasiones como todo ser humano, y porque a semejanza de él es capaz de hacer el mal aunque distinga el bien» (p. 564).

al médico qué medicina debe administrar. Obedece la prescripción de su médico o, si no está satisfecho con él, llama a otro. En eso consiste su seguridad. En eso consiste también la seguridad del pueblo; y con eso se satisface su inteligencia. Pero como, en todo lo demás, consiste el peligro al gobernar en que aquellos que pueden hacer lo que quieren, pueden querer hacer más de lo que corresponde a su interés último. El interés del pueblo estriba en elegir como sus gobernantes a las personas más instruidas y capaces que se pueda encontrar y, tras haber hecho esto, permitirles ejercitar su saber y su habilidad a favor del bien del pueblo, libremente o con el menor control posible, en la medida en que sea el bien del pueblo, y no algún fin privado, la meta a la que se dirijan» (Mill, 1991: 276 y 277).

De nuevo, presentado el argumento como una secuencia de premisas y conclusión, adoptaría la siguiente forma:

- I. El pueblo quiere garantizar un buen gobierno.
- II. Para garantizar un buen gobierno es necesario que gobiernen hombres instruidos y que lo hagan libremente.
- III. El pueblo no está constituido mayoritariamente por hombres suficientemente instruidos para el buen gobierno.
- IV. El pueblo no debe gobernar directamente por sí mismo, sino limitarse a elegir representantes, hombres instruidos, y dejarlos gobernar libremente.

3. EL ARGUMENTO PATERNALISTA Y LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

3.1 Un coto *vedado* por razones paternalistas

El argumento paternalista es más persuasivo cuando apoya medidas que aparecen como una necesidad natural, o casi natural, dadas las circunstancias y los propósitos que generalmente se les adscriben a los seres humanos. En el ámbito político y jurídico, esta forma de fundamentar medidas ha sido central en la teoría de las necesidades básicas (vid. Añón, 1994). Hart, como hemos visto, se circunscribe al propósito de supervivencia para afirmar que dicho propósito, junto con algunas verdades obvias, fundamenta, entre otras cosas, el respaldo coactivo de las normas jurídicas. Hart practica una fuerte auto-restricción, de manera que el conjunto de esas *necesidades naturales* (del contenido mínimo de Derecho natural) es muy pequeño. Pero basta con incluir, junto al objetivo de la supervivencia, el objetivo del bienestar, para que el conjunto de necesidades naturales, o necesidades básicas, se amplíe: Garzón Valdés, por ejemplo, define a las necesidades básicas como «aquellas cosas o estados de cosas que son buenas por ser condición necesaria de la existencia humana o de su bienestar»

(Garzón, 1993a: 425). Dentro de este conjunto, Garzón Valdés incluye también a aquellas que «son indispensables para vivir con dignidad en una sociedad determinada» (Garzón, 1994: 740).

La teoría de las necesidades básicas explicaría el carácter hipotético-asertórico de los razonamientos anteriores, porque convierte la primera premisa del argumento paternalista en interés objetivo de los seres humanos, en algo que racionalmente no puede ser no querido, dados los últimos e inamovibles objetivos de la supervivencia y el bienestar. Este punto se ilustra perfectamente con la defensa que Garzón Valdés hace de su doctrina del «coto vedado». Como es sabido, Garzón Valdés denomina «coto vedado» al conjunto de «todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida» (Garzón, 1993b: 644). En una democracia constitucional, este conjunto está excluido de la negociación y el compromiso parlamentario. La determinación del campo de exclusión, explica Garzón Valdés, «no puede quedar librada al consenso fáctico ni de los representantes ni de los representados» (Garzón, 1993b: 644). En cuanto a la vigencia efectiva de los derechos en el «coto vedado» de los bienes básicos, «es indiferente la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad» (Garzón, 1993b: 645). Por lo cual, afirma Garzón Valdés:

«Aquí está plenamente justificada una actitud paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos. Y ello es así porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de las relaciones causales elementales, como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico» (Garzón, 1993b: 645)⁷.

En la doctrina de Garzón Valdés sobre el coto vedado hay dos tesis: Una primera tesis presenta un conjunto *acotado* utilizando para ello la teoría de las necesidades básicas: el deslinde, por seguir con la metáfora del coto, es posible porque podemos seguir la línea que separa las necesidades básicas de otras cosas. Una segunda tesis declara *vedado* el coto, utilizando para ello un argumento paternalista:

I. La comunidad humana quiere garantizarse el disfrute de los bienes incluidos en el coto.

II. Para garantizarse el disfrute de los bienes incluidos en el coto es necesario que la comunidad humana no pueda no quererlos.

⁷ *Ibíd.*

III. La comunidad humana puede no querer los bienes del coto por irracionalidad o ignorancia de las relaciones causales elementales.

IV. El coto debe ser vedado, esto es, no puede quedar librado al consenso fáctico ni de los representantes ni de los representados.

Este «argumento paternalista» permite fundar un límite al principio democrático, entendido como regla de la mayoría. Más aún, se diría que la defensa de la democracia constitucional, es decir, aquella que limita la regla de la mayoría por medio de una constitución rígida, descansa, *en parte*, en un argumento de tipo paternalista. Destaco que el argumento paternalista sólo *en parte* justifica la rigidez constitucional porque dicho argumento apoya la necesidad de *vedar* del coto, pero no nos dice nada sobre su contenido. De ahí que frente a la objeción moral que supone la apelación al principio democrático, el argumento paternalista puede tener muy poca fuerza si dentro del coto ponemos bienes de escasa importancia o elementos que no constituyen bien moral alguno (por ejemplo, el color de la bandera). Pero, a la inversa, el argumento paternalista puede tener mucho peso frente a la objeción democrática, si se trata de proteger efectivamente necesidades básicas o bienes primarios.

Este aspecto paternalista de la rigidez constitucional ha sido advertido (y criticado) por Laporta, para quien la misma se asienta en «un gigantesco acto de paternalismo para el que no saben darse razones de mayor peso que esas limitaciones de la racionalidad» (Laporta, 2001: 464). Laporta tiene razón en que no basta con aludir a esas limitaciones (la premisa III del argumento) para justificar la conclusión, ya que es necesario incluir las demás premisas que conjuntamente aluden a bienes primarios que racionalmente no pueden ser no queridos. Sin embargo, si cabe fundamentar esas otras premisas (cabe deslindar un conjunto de bienes tales que racionalmente no pueden no ser queridos), entonces la crítica de Laporta, en mi opinión, no es aceptable. De hecho, este mismo autor admite que «los principios o razones que recogen derechos individuales básicos o descansan en ellos son lo suficientemente poderosos para medirse con la objeción contramayoritaria» (Laporta, 2007: 234)⁸.

⁸ Si bien Laporta pone inmediatamente el énfasis en lo que considera que no tiene fuerza frente al principio democrático: «La constitucionalización de mecanismos que incrementan la racionalidad instrumental de las decisiones, superando la desviación a que empujan las pasiones, los intereses sectoriales o la miopía temporal sólo podría aceptarse si, como hemos visto en el caso anterior, se llevara a cabo sólo mediante cláusulas de enfriamiento. Sólo cuando esas instituciones fueran un medio para el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales o bienes públicos que estén en la base de derechos individuales podría irse más allá» (LAPORTA, 2007: 234).

3.2 El argumento paternalista y la doctrina del precompromiso

Jon Elster es uno de los autores que más han contribuido a la discusión sobre el alcance y concepto de la noción de precompromiso, compromiso previo o «atarse a sí mismo». De acuerdo con este autor, «atarse a sí mismo es llevar a cabo cierta decisión en el tiempo t1 para aumentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo t2» (Elster, 1997: 71). El ejemplo clásico de mecanismo de compromiso es el clásico pasaje homérico de Ulises y las Sirenas. En la interpretación que de este pasaje hace Elster, Ulises muestra que

«no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación –ser débil y saberlo– señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales» (Elster, 1997: 66).

Elster añade que estos mecanismos de compromiso previo «se extienden de la conducta individual a la conducta de grupo; las sociedades, así como los individuos, han encontrado útil atarse ellas mismas por medio de constituciones» (Elster, 1997: 67).

Es importante advertir que esta doctrina del precompromiso aplicada a las Constituciones muestra una importante ambigüedad. En primer lugar, la doctrina puede entenderse como la afirmación de que la intención de los constituyentes fue establecer dichos mecanismos de precompromiso. En este caso, para aceptar la doctrina es necesario afirmar la existencia del hecho del precompromiso y por ello, como ha señalado De Lora, esta concepción de la Constitución conduce de forma natural a una concepción «intencionalista» u «originalista» de la misma, de acuerdo con la cual en la comprensión de la Constitución es primordial la intención(es) o pretensión(es) original(es) que animó a los constituyentes (vid. De Lora, 1998). El alcance justificativo de la doctrina así entendida depende del que estemos dispuestos a otorgarle a la concepción originalista de la interpretación constitucional y, por ende, tiene los mismos límites y es susceptible de las mismas críticas que suelen dirigirse al «originalismo»⁹. Pero no sólo, porque además la analogía entre el precompromiso constitucional y el pasaje de Ulises y la Sirenas, suscita dudas adicionales: en los ejemplos de precompromiso individual vemos, efectivamente, un sujeto ejerciendo su autonomía, tomando decisiones que le atan al futuro, en previsión de su probable comportamiento imprudente. Sin embargo, cuando pasa-

⁹ Sobre las dificultades para apoyar la interpretación de la Constitución como un mecanismo de precompromiso en la intención del constituyente: vid. DE LORA, 1988; y LIFANTE, 1999.

mos al nivel político ya no vemos con claridad ni quién se precompromete (¿puede hablarse del constituyente como un individuo, esto es, como el Ulises en t1?), ni el contenido del mandato (¿qué alcance tiene el compromiso previo del constituyente?), ni la continuidad en el sujeto que se precompromete (¿es la eventual mayoría parlamentaria cuya legislación eventualmente contradice la Constitución el Ulises en t2?). Éstas son razones, entre otras, por las que el propio Elster se ha desdicho de su interpretación inicial de las Constituciones como mecanismos de precompromiso (vid. Elster, 2002: 186 y ss.).

En segundo lugar, la doctrina del precompromiso puede entenderse como una dramatización de un modelo de racionalidad que toma en consideración los déficit de racionalidad y/o voluntad de los sujetos reales; la racionalidad imperfecta construida sobre la idea de «ser débil y saberlo» a la que alude Elster. En este caso, dicha doctrina aboga por una interpretación caritativa de los pactos constitucionales, que se contrapone precisamente a las interpretaciones originalistas y cuyo alcance justificativo no depende del hecho de que los constituyentes tuvieran la intención de precomprometerse, sino que precisamente depende de un argumento del tipo del que he llamado aquí «argumento paternalista». Moreso nos ofrece, a mi juicio, un ejemplo de esta forma de argumentar:

«El mecanismo del precompromiso –dice este autor– puede contemplarse como una explicación contextual de la primacía de la Constitución; pertenece a las circunstancias en que es posible referirse a la primacía de la Constitución, de forma semejante a como, por ejemplo, David Hume pensaba que la escasez moderada pertenece a lo que pueden denominarse circunstancias de la justicia (...). Si las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de las voluntades concurrentes, entonces es razonable pensar en introducir mecanismos procesales para la toma de decisiones que introduzcan la racionalidad indirectamente (...). Los mecanismos de precompromiso están diseñados para que tengamos mayores probabilidades de alcanzar los resultados deseados, por lo que si dichos mecanismos funcionan en las decisiones colectivas tenemos buenas razones para introducirlos en el diseño de nuestras instituciones políticas. La democracia constitucional representa un modelo adecuado de incorporación de dichos mecanismos» (Moreso, 2000: 37).

El argumento de Moreso se puede presentar en la forma paternalista de la siguiente manera:

- I. La sociedad política desea maximizar las probabilidades de alcanzar los resultados deseados.
- II. Para maximizar las probabilidades de alcanzar los resultados deseados por la sociedad política es necesario diseñar mecanismos procesales que promuevan la adopción de decisiones racionales.

III. La debilidad de la voluntad concurrente de los individuos miembros de la sociedad política puede promover la adopción de decisiones colectivas irracionales.

IV. Se deben adoptar mecanismos procesales que corrijan el fenómeno de la debilidad de la voluntad concurrente, esto es, mecanismos de precompromiso.

En mi opinión, de estas dos formas de entender la doctrina del precompromiso, la segunda es la que tiene más peso frente a las objeciones democráticas: de hecho, consigue darle la vuelta al argumento de que aceptar la rigidez constitucional supone aceptar la «tiranía de las generaciones pasadas», ya que dicha tiranía se mostraría, al contrario, cuando al no contar con la rigidez constitucional, se priva a la generación presente de una plausible estrategia de garantía de sus derechos y libertades fundamentales, desatendiendo de esta manera las circunstancias reales de la sociedad, las cuales incluyen el hecho de los déficit de comprensión y/o voluntad en la acción individual y colectiva¹⁰. Más aún, mientras que en el ámbito individual los mecanismos de precompromiso se muestran como esenciales en la consecución de la felicidad y de los más valiosos logros de la autonomía, en el ámbito político nos veríamos abocados, de acuerdo con la posición democrática, a renunciar a dichas estrategias esenciales. La acción política quedaría constreñida en modelos de racionalidad perfecta cuyos resultados beneficiosos sólo pueden producirse a partir del presupuesto, totalmente irreal, de que los individuos se comportan siempre como sujetos racionales.

En conclusión, podría afirmarse que no tomar en consideración el probable déficit de comprensión y/o voluntad, tanto en la acción individual como política, es irracional. De ahí que manejar un argumento

¹⁰ Ferrajoli ha argumentado de la misma forma a favor de la rigidez constitucional, si bien poniendo el énfasis en la necesidad de salvaguardar los derechos de las generaciones futuras frente a la acción de la generación del presente: «El principio del derecho permanente de todas las generaciones a decidir su futuro se puede utilizar, con aparente paradoja, para apoyar la tesis exactamente opuesta a la de la existencia de un poder constituyente permanente y radical, expresión de la soberanía popular. Puede esgrimirse en apoyo de la tesis según la cual la rigidez de la constitución es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de las futuras mayorías. Con esa base debe impedirse la revisión, al menos, de los principios constitucionales supremos, puestos en defensa permanente de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría. Por ejemplo, el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los derechos de libertad y quizás los derechos sociales, que forman el presupuesto elemental de los derechos políticos. La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras. Esto quiere decir que un pueblo puede decidir, «democrática» y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías de las generaciones futuras» (FERRAJOLI, 2008: 95 y 96).

paternalista para apoyar la rigidez constitucional no tiene que ser visto como minusvalorador de los sujetos pretendidamente beneficiados por dicha rigidez. Al contrario, una interpretación caritativa de los pactos constitucionales nos debe llevar a entender que los ciudadanos, como sujetos racionales, han adoptado mecanismos de precompromiso contra su déficit de comprensión y/o voluntad.

4. EL ARGUMENTO PATERNALISTA Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como ha destacado De Lora, uno de los méritos del pensamiento de Jeremy Waldron es, sin duda, haber tratado de dar cuenta de la tensión entre democracia y constitución, partiendo de los mismos postulados que suelen adscribirse a los defensores de la rigidez y control jurisdiccional de constitucionalidad. De esta manera, Waldron ha evitado caer «en las invectivas de antaño articuladas exclusivamente sobre la creencia en el valor supremo e incontestable de la opinión de la mayoría, o bien sobre el escepticismo radical de la existencia de tales derechos, como fue paradigmáticamente el caso de Bentham» (De Lora, 1998: 55). Si bien hay que advertir que para Waldron, a partir de la consideración del hecho del desacuerdo en las sociedades modernas, lo que demanda tal concepción de los derechos es que los individuos tengan la oportunidad de participar en la discusión sobre sus límites y contenido esencial, alcanzándose las decisiones por medio de un procedimiento democrático, en particular, por medio de una votación parlamentaria (vid. Waldron, 1995a: 277 y ss.). Reservar, por el contrario, tales procesos de decisión y votación a los tribunales supone –a juicio de este autor– sustituir la mayoría democrática de los representantes de los ciudadanos, por la mayoría no democrática y elitista de los componentes del tribunal. Este dualismo reflejaría, en última instancia, una injustificable desconfianza en los mismos individuos que se trata de proteger, a los que se trataría no como a «dignos pensadores-de-derechos», sino como a «víctimas potenciales cuyos intereses necesitan protección» (Waldron, 1995a: 298) y un también injustificable pesimismo antropológico.

Centrándonos en el problema del control jurisdiccional de constitucionalidad, la posición que ilustra la doctrina democrática de Waldron pone el énfasis en «quién decide» (si la amplia mayoría democrática o la mínima mayoría judicial) y presupone un argumento paternalista en la posición constitucionalista, el cual sería en su opinión inaceptable. De forma simétrica, la posición constitucionalista que entiende las constituciones como mecanismos de precompromiso también pone el énfasis en el «quién decide» e, igualmente, presuponen la justificación paternalista si bien la asumen. Ello parece situar el debate en si, en realidad, hay razones para pensar, de un lado, que la mayoría democrática

puede comportarse a lo largo del tiempo de forma irracional en relación con sus intereses y, de otro lado, si la elite judicial mantendrá a lo largo del tiempo la actitud y el conocimiento necesarios para preservar dichos intereses. En resumen, esta forma de argumentar sitúa el problema de la justificación del paternalismo como la clave del asunto.

En principio, afirmar que el control jurisdiccional de constitucionalidad constituye un caso de paternalismo justificado otorga una importante ventaja retórica a los partidarios de la democracia, por el carácter peyorativo de dicho término. De ahí que la mayoría de los autores «constitucionalistas» prefieran hablar de precompromiso y no de paternalismo (evitando así conceder dicha ventaja retórica). Sin embargo, por las razones que he señalado anteriormente en relación con la doctrina del precompromiso, es ineludible enfrentar directamente la cuestión de la validez de un argumento paternalista en apoyo del control jurisdiccional de constitucionalidad.

El elemento más problemático en la justificación del paternalismo en un marco general de respeto por la autonomía es la asimetría que presupone entre el agente paternalista, A, y el sujeto tratado paternalistamente, B. En toda relación paternalista justificada, A muestra alguna cualificación de la que B carece. Cuando se tratan de justificar los aspectos paternalistas del ejercicio de la patria potestad, se presupone que los titulares de dicha potestad son más sabios y prudentes que sus hijos menores, de los cuales se destaca su inmadurez. Análogamente, si el control jurisdiccional de constitucionalidad se apoya en un argumento paternalista será porque los jueces constitucionales reúnen mejores credenciales para llevar a cabo la tarea que se les encomienda que las mayorías parlamentarias. Dicho de otro modo, el argumento paternalista parece presuponer un argumento elitista a favor de los jueces que a muchos les resulta insoportable. La siguiente cita de Waldron ilustra perfectamente esta posición:

«¿Cuál es entonces la concepción adecuada en el caso de la participación? El peculiar insulto a un individuo A por ser excluido del poder político tiene que ver, primero, con el impacto de las decisiones políticas sobre los propios derechos e intereses de A, y segundo, con que A tenga la capacidad de decidir responsablemente acerca de dichas cuestiones (incluso sabiendo que los propios derechos e intereses de A no son los únicos derechos e intereses en juego) (...). Y precisamente porque A posee un sentido de la justicia, puede considerar que tiene lo necesario para participar en las decisiones en las que los derechos de los demás están también en juego. Si en cualquier caso A es excluido de la decisión (por ejemplo, porque la decisión final ha sido asignada a una elite aristocrática), A se sentirá menospreciado: sentirá que su propio sentido de la justicia ha sido denigrado como inadecuado para la labor de decidir no sólo algo importante sino algo importante en lo que él, A, tiene un interés en juego igual que los demás. Sentir este insulto no implica necesariamente pensar que su voto, si lo tuviera, le daría un poder significativo y palpable. Sabe que él tiene un derecho a participar, también lo tienen millones

de otras personas. Lo único que pide, al menos por lo que respecta a su participación, es que él y todos los demás sean tratados como iguales en asuntos que afectan a sus intereses, a sus derechos y a sus obligaciones» (Waldron, 1995a: 284 y 285).

A mi juicio, sin embargo, es posible encontrar suficientes argumentos que apoyan la tesis de que el tipo de paternalismo que presupone el control jurisdiccional de constitucionalidad (admitiendo, por tanto, que es una forma de paternalismo) está (sin embargo) justificado.

Una primera razón es que esta tensión entre la elite judicial y la mayoría parlamentaria no puede traducirse sin más como una tensión entre la elite y el pueblo. Los espacios de incompetencia para el legislador abren espacios de libertad para los ciudadanos, de manera que la garantía del respeto de los mismos aún atribuida a un pequeño conjunto de jueces no debe ser vista necesariamente por el individuo como una imposición paternalista. El paternalismo se da sobre las eventuales mayorías parlamentarias: es de ellas de quien se predica la tercera premisa del argumento paternalista, esto es, la presencia de déficit de comprensión y/o voluntad. En palabras de John Rawls, los tribunales constitucionales son «antimayoritarios con respecto a la ley ordinaria (...) Sin embargo, la autoridad superior del pueblo lo apoya» (Rawls, 1996: 269). Por el contrario, el paternalismo que sí parece ejercerse directamente sobre los ciudadanos es el paternalismo *legal*, puesto que también el legislador puede aprobar leyes paternalistas (por ejemplo, haciendo obligatorio el uso del cinturón de seguridad), en la medida en que interviene en la conducta auto-referente de los ciudadanos y por su propio bien, sobre el presupuesto de que tales ciudadanos muestran los mencionados déficit de racionalidad y/o voluntad. Para Waldron tal paternalismo ejercido por medio de *leyes* democráticas es aceptable puesto que, a su juicio, cuenta con el consentimiento previo de los afectados (Waldron, 2005: 305 y ss.). Sin embargo, hablamos de paternalismo legal sólo cuando se trata de derecho imperativo, es decir, cuando las normas se aplican sea lo que sea lo que los destinatarios, a quien se quiere beneficiar, piensen al respecto. De manera que la situación del ciudadano frente a la ley paternalista es análoga a la situación del legislador frente a la norma constitucional: una situación de incompetencia para modificar su propia situación jurídica al respecto. Si esto es así, Waldron debería admitir como únicos casos de paternalismo jurídico justificado a las normas resultado de la autonomía de la voluntad individual: por ejemplo, a los genuinos contratos Ulises en las que una parte acuerda con la otra que limite alguna opción en el futuro para evitar una probable conducta imprudente, perjudicial, etc., de la primera parte. Pero si Waldron arribara a esta conclusión, su posición se vería debilitada puesto que hay muchos supuestos de legislación paternalista que generalmente se consideran justificados. Por último, se da la paradoja de que autores como Mill y Tocqueville veían en las limitaciones constitucionales a la voluntad del legislador una garantía precisamente con-

tra el paternalismo estatal puesto que, como sabemos, entre estas restricciones constitucionales se incluía el principio liberal de que sólo la conducta que daña a terceros puede ser objeto de normas imperativas¹¹. Dicho de otro modo, desde el punto de vista de los ciudadanos, la elite judicial puede constituir incluso un freno contra el paternalismo legal.

La segunda razón es que de la misma manera que al Parlamento le conferimos un valor relativamente independiente de su realidad, del contenido y calidad de las leyes que promulga, a los Tribunales constitucionales les debemos conceder un valor relativamente independiente del contenido y calidad de sus sentencias. Tiene razón Waldron cuando señala que en defensa del constitucionalismo se suele presentar una imagen realista de los Parlamentos y una imagen ideal de los tribunales constitucionales¹². Las mayorías parlamentarias pueden operar en la práctica con motivos espurios y de modos bastantes alejados del interés general, espoleadas, por ejemplo, por grupos de presión económicos. Ahora bien, también las Cortes constitucionales han dado ejemplos deplorables de parcialidad política a lo largo de la historia. De manera que ni los Parlamentos ni las Cortes constitucionales actúan siempre como debieran. Sin embargo, en ambos casos hay que atender tanto a la realidad como a la idealidad de las instituciones.

En el caso de los tribunales constitucionales, dicho valor, relativamente independiente del acierto o desacierto de sus sentencias, tiene

¹¹ Es muy bien conocida la posición de Mill al respecto, expresada en *On liberty*, con su declaración de «un sencillo principio», de acuerdo con el cual «la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo». Vid. MILL, 1999: 68. Tocqueville, por su parte, con no menos contundencia dice lo siguiente: «Si imagino con qué nuevos rasgos podría el despotismo implantarse en el mundo, veo una inmensa multitud de hombres parecidos y sin privilegios que los distinguen incesantemente girando en busca de pequeños y vulgares placeres, con los que contentan su alma, pero sin moverse de su sitio (...). Por encima se alza un poder inmenso y tutelar que se encarga exclusivamente de que sean felices y de velar por su suerte. Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno. Se asemejaría a la autoridad paterna si, como ella tuviera por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, por el contrario, no persigue más objeto que fijarlos irrevocablemente en la infancia; este poder quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Se esfuerza con gusto en hacerlos felices, pero en esa tarea quiere ser el único agente y el juez exclusivo; provee medios a su seguridad, atiende y resuelve sus necesidades, pone al alcance sus placeres, conduce sus asuntos principales, dirige su industria, regula sus trasposos, divide sus herencias ¿no podría librarle por entero de la molestia de pensar y del trabajo de vivir?». Vid. TOCQUEVILLE, 2002b: 404 y 405.

¹² Esto es lo que Laporta denomina, en relación con la interpretación jurídica, la «falacia del Nirvana», que ocurre cuando, por ejemplo, se contraponen al «famoso juez Hércules de Dworkin, un ser con una densa formación moral y jurídica que puede trabajar sin limitaciones de tiempo ni problemas de acceso a la información, con la imagen que a veces se da de las agencias administrativas como entidades peligrosas y arbitrarias, irremediadamente impregnadas de ambición y tendenciosidad». Vid. LAPORTA, 2007: 192.

que ver sobre todo con las actitudes que promocionan y las exigencias deliberativas y argumentativas que hacen presentes en la práctica jurídica. La tarea de control de constitucionalidad que se asigna a los jueces no es sólo *decidir por mayoría* si un determinado texto legal vulnera o no la Constitución; presentar así las cosas lleva a ver el asunto como la confrontación de dos mayorías: la del pueblo y la elitista de los jueces. Su tarea es tomar esa decisión a partir de una justificación pública que debe de partir de la Constitución como premisa del razonamiento. Lo que le pedimos a los tribunales constitucionales no es sólo que decidan sobre el límite y contenido esencial de los derechos por mayoría, sino que traten de alcanzar conclusiones de la forma más coherente posible con el Derecho y, esencialmente, que *justifiquen* dichas conclusiones.

Presuponiendo, como creo que hay que hacerlo, que existen criterios para juzgar la corrección de una argumentación jurídica –algunos argumentos son mejores que otros–, es posible que jueces razonables y experimentados discrepen, lo cual legitima los procedimientos de votación (vid. McCormick, 2005). Dichos procedimientos presuponen el carácter argumentativo del Derecho, las soluciones a los casos difíciles no se demuestran sino que se argumentan, el método jurídico no es esencialmente lógico sino argumentativo. Más profundamente, los procedimientos de votación en el seno de los tribunales (y la posibilidad de discrepar públicamente) reflejan el carácter fundamentalmente práctico de la argumentación del juez, el cual, como ha destacado Atienza, requiere por parte de quien argumenta asumir la «actitud práctica», esto es, adherirse a las normas y valores que constituyen las premisas de su razonamiento (Atienza, 2006: 198 y 199). El juez constitucional debe deliberar con los otros jueces sobre los casos que se les presentan, pero no puede negociar la solución de los mismos: si buscando una unanimidad en la resolución ocultara lo que creen que son mejores razones que las de la mayoría estaría traicionando el compromiso que se le presupone con los valores constitucionales.

Es en esta línea de razonamiento que, Ferreres, a partir de un argumento paternalista¹³, aboga por la rigidez y control judicial de la ley

¹³ Ferreres se pregunta qué sentido tiene (en una democracia) constitucionalizar unos derechos abstractos que la mayoría acepta autónomamente: «La respuesta –nos dice ese autor– tiene que ver con los costes de los derechos fundamentales. Estos derechos no se satisfacen gratuitamente: su garantía efectiva exige el sacrificio de otros intereses, que pueden afectar a una multitud de personas. Puede ocurrir que, por debilidad de la voluntad o por limitaciones cognitivas, la mayoría parlamentaria del momento (aunque actúe de conformidad con la opinión pública mayoritaria) adopte una decisión que lesione un derecho cuya validez y especial peso la propia mayoría (tanto la parlamentaria como la social) reconoce. Del mismo modo que es posible que un individuo actúe de manera disconforme con los principios morales que autónomamente acepta, es posible que la mayoría política lesione ciertos derechos cuya existencia y especial peso acepta autónomamente». Vid. FERRERES, 2000: 36.

pero no tanto porque produzca directamente seguridad en los derechos a través de un mecanismo jurídico (admitido que el mecanismo falla), sino porque indirectamente

«Al expresar los derechos de modo solemne, [la Constitución] recuerda a los miembros de la comunidad política la especial importancia que tienen esos derechos para asegurar a todas las personas una vida mínimamente digna. Al hacer “visibles” estos elementos básicos de la dignidad, empuja a los representantes a preguntarse si las leyes que proponen están realmente en consonancia con ellos. La Constitución trata de reforzar una cultura pública en la que los derechos generalmente aceptados como fundamentales son tomados en serio en la deliberación colectiva» (Ferrerres, 2000: 36 y 37).

Y, concretamente, por lo que respecta al juez constitucional, Ferreres afirma que puede desempeñar un papel relevante, en un doble sentido:

«En primer lugar, el proceso de control judicial de la ley ejemplifica de manera especialmente refinada la práctica de argumentar a favor y en contra de las decisiones políticas a partir de razones derivadas de la Constitución (...). En segundo lugar, el juez puede enriquecer el debate con nuevas voces que no pudieron hacerse oír en el proceso legislativo» (Ferrerres, 2000: 37).

La tercera razón presupone reconsiderar el sentido en el que buscamos «mecanismos» que promuevan, en un contexto de justicia procesal imperfecta, en la mayor medida y dada las circunstancias, la garantía de los derechos fundamentales. En mi opinión, la analogía con los «contratos Ulises» ha generado cierta distorsión de la discusión. Waldron agudamente ha señalado que el control jurisdiccional de constitucionalidad se parece más a una estrategia tipo «amigo del conductor borracho» que a un verdadero mecanismo de auto-restricción que hace imposible para el sujeto llevar a cabo cierta acción no deseada (en este caso, tomar decisiones mayoritarias vulneradoras de derechos). De ahí que, al aceptar el control jurisdiccional de constitucionalidad, estaríamos haciendo el análogo de entregar las llaves de la constitucionalidad a un amigo que suponemos siempre sobrio, cuando el problema es que en esta materia bien puede ser que el Ulises no se haya emborrachado, sino que ha cambiado genuinamente de opinión sobre lo que los derechos fundamentales exigen para ciertos casos. En mi opinión, Waldron tiene una parte de razón, pero no toda.

Waldron tiene razón al señalar que lo que hacen los jueces constitucionales no se parece a un mecanismo, no es un proceso automático que realiza indefectiblemente la voluntad constituyente. Ahora bien, en primer lugar, lo que hacen los jueces constitucionales no se parece a un mecanismo porque el mecanismo está en otro sitio: el mecanismo deriva de la incompetencia que tiene el legislador, supuesto que no

nos situamos en el denominado «modelo Westminster», para dictar normas que vulneran en su contenido los límites constitucionales. Atienza y Ruiz Manero han defendido que en las condiciones de validez de la regla que confiere el poder de legislar, no sólo han de incluirse condiciones relativas al procedimiento y a la competencia personal y material (entendida esta última como ámbitos o temas sobre los que puede versar la regulación), sino también el contenido de la ley conforme a la constitución (vid. Atienza y Ruiz Manero, 2003: 724 y ss.). De ahí que la aprobación de una Constitución formal sí pueda ser vista como un mecanismo institucional que hace imposible al legislador aprobar válidamente leyes inconstitucionales. Los jueces no son el mecanismo, pero son quienes deben establecer cuando hay dudas al respecto si las normas promulgadas han respetado o no la regla que confiere el poder de legislar. Cuando se trata de lo que Atienza y Ruiz Manero denominan la validez regulativa, es decir, si el contenido de las normas vulneran o no lo dispuesto en normas de rango superior y, como es el caso, cuando dichas normas son los principios constitucionales, puede ser mucho menos claro cuándo la ley es inválida o no, pero la tarea del juez constitucional no es tan radicalmente diferente a la más ordinaria de determinar si, por ejemplo, una determinada autoridad actuó en el ámbito de su competencia material.

La cuarta razón es una aplicación del principio general de que la aceptabilidad de las medidas paternalistas depende de que las circunstancias permitan pensar en que el poder se ejercerá dentro de los límites y con la finalidad benevolente prevista. Dicho de otro modo, depende de que quepa hablar de un consentimiento hipotético racional a la medida (vid. Alemany, 2005, 413 y ss.). Anteriormente, vimos cómo Mill defendía el mandato representativo acudiendo a la analogía entre el gobernante y el médico. Esta analogía es peligrosa porque bien podría fundar un despotismo benevolente; por ello Mill insiste en subrayar el poder que retiene el pueblo, esto es, el poder de cambiar de médico o, en términos políticos, de elegir a nuevos gobernantes en las elecciones. En el caso de los jueces constitucionales, de la misma manera, la aceptabilidad de su poder de decisión depende tanto de que les reconozcamos unas cualificaciones especiales para llevar a cabo la tarea de dilucidar cuándo el legislador se ha excedido de su competencia (el análogo al conocimiento que atesoran los médicos), como del poder que retenga el pueblo en relación con dichos jueces (el análogo a la posibilidad de elegir y cambiar de médico).

Con respecto a lo primero, bien entendida la tarea de los jueces constitucionales no cabe duda, a mi juicio, de la necesidad de contar con juristas expertos. John Rawls, considerando que el tribunal Supremo es el modelo de la razón pública, la describe de la siguiente manera:

«... es tarea de los jueces intentar desarrollar y expresar, en sus opiniones razonadas, la mejor interpretación de la constitución que puedan usando su conocimiento de lo que exijan la constitución y los precedentes constitucionales. En este caso, la mejor interpreta-

ción es la que mejor cuadra con el cuerpo de esos materiales constitucionales y la que mejor justifica ese cuerpo en los términos de la concepción política de la justicia, o de una variante razonable de ella (...). El papel del tribunal aquí es parte de la publicidad de la razón, y constituye un aspecto del amplio papel, también educativo, desempeñado por la razón pública» (Rawls, 1995: 271).

Con respecto a lo segundo, es importante reparar en algunas de las diferencias esenciales que se han asignado tradicionalmente a las autoridades jurisdiccionales frente a las autoridades políticas¹⁴. De nuevo Tocqueville lúcidamente nos advierte de lo crucial de estas diferencias. En particular, este autor destaca que

«La primera característica del poder judicial en todos los pueblos es su función de árbitro. Para que tenga lugar una acción por parte de los tribunales, es preciso que se produzca una protesta. Para que haya un juez, tiene que haber proceso. En tanto que una ley no origine oposición, el poder judicial no se ocupa de ella (...). Cuando se pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, se sale totalmente de su esfera e invade la del poder legislativo (...). El poder judicial violaría en cierto modo su naturaleza pasiva si tomara por sí mismo la iniciativa y se convirtiera en censor de las leyes» (Tocqueville, 2002: 155 y 156).

De ahí que cuando los jueces constitucionales deciden si el legislador ha ido más allá de su competencia o no, normalmente estarán haciendo prevalecer las opiniones sustentadas al respecto por alguna parte de la sociedad, pudiendo ser incluso la parte mayoritaria la que vence en su interpretación de la Constitución frente a una minoría recurrente. La imagen que mejor refleja esta situación es la del árbitro acordado por las partes en el pacto constituyente y no la imagen de la elite judicial actuando siempre de forma contramayoritaria. Este carácter pasivo de los jueces constituye un límite importante a su poder y, por tanto, un argumento a favor de la razonabilidad de aceptar dicho poder. Igualmente, con frecuencia se olvida que dichos jueces son nombrados a través de procedimientos que tratan de reflejar de alguna manera las mayorías democráticas: por ejemplo, propuestos por el jefe del ejecutivo pero con la posibilidad de veto por el legislativo.

De otro lado, al configurar el poder de los jueces constitucionales como una autoridad jurisdiccional y no política, con una tarea como la que se ha descrito, no sólo se admiten límites para la autoridad política sino también límites para la autoridad jurisdiccional. Dicho de otro modo, a los jueces constitucionales no se les suele reconocer la última palabra en cualquier controversia, sino sólo con respecto a un tipo de ellas: las que pueden ser vistas como cuestiones de principios (consti-

¹⁴ Un resumen de las mismas puede verse en AGUILÓ, 2000: 121 y ss.

tucionales) y, por tanto, planteadas como preguntas con una respuesta binaria, de todo o nada, del tipo de «dada tal combinación de circunstancias ¿prevalece el principio A o el principio B?» (Ruiz Manero, 2007: 90). Lo cual no quiere decir que el razonamiento que se espera de los jueces constitucionales sea totalmente ajeno a las consecuencias, pero le interesan las consecuencias de sus decisiones fundamentalmente en el sentido de «implicaciones jurídicas» de su decisión (vid. McCormick, 2005: 101).

5. CONCLUSIÓN

Hasta aquí he tratado de mostrar, en primer lugar, que en muchas de las justificaciones de la rigidez constitucional, en sus diversos grados, y del control jurisdiccional de constitucionalidad, en sus diversas formas, se emplea un tipo de argumento con la forma del que he denominado «paternalista». Dicho argumento hace aparecer la rigidez y el control como necesarios para proteger a los derechos y libertades fundamentales atendiendo a déficit probables de comprensión y/o voluntad en las eventuales mayorías parlamentarias. En segundo lugar, he señalado la importancia de advertir la ambigüedad de la concepción de las constituciones como mecanismos de precompromiso. De acuerdo con uno de sus significados, se afirma la existencia de un compromiso previo por parte de los constituyentes que tuvieron la intención de «atarse las manos». Así entendida, el alcance justificativo de dicha doctrina es muy limitado y presupone la defensa de una concepción originalista de la Constitución. De acuerdo con otro de sus significados, la doctrina del precompromiso alude a un modelo de racionalidad imperfecta y, en mi opinión, su alcance justificativo es mayor, ya que se orienta a presentar la rigidez constitucional como una necesidad para la garantía de los derechos fundamentales, pero ya no se trata de aludir a su vinculación a los compromisos previos sino del argumento paternalista. En tercer lugar, he defendido que, en relación con el control jurisdiccional de constitucionalidad, el uso del argumento paternalista no tiene necesariamente para los ciudadanos el carácter insultante que le asigna Waldron, ya que el paternalismo no se ejerce directamente sobre ellos sino sobre las mayorías parlamentarias y, con respecto a éstas, dependiendo de las circunstancias, dicho paternalismo puede considerarse como justificado.

Sin embargo, hay que admitir que cuando de lo que se trata es de garantizar ciertos bienes primarios a los individuos de una sociedad a lo largo de las generaciones, con incertidumbre sobre las circunstancias cambiantes de la historia, sobre el grado de comprensión de esos mismos individuos sobre sus genuinos intereses, etc., no podemos estar seguros de que la opción por algún grado de rigidez en concreto y alguna particular forma de control jurisdiccional de constitucionalidad

sea la mejor. En relación con lo primero, Bayón opina, por ejemplo, que «para quien haga suyo el ideal moral del coto vedado» el mejor mecanismo de protección sería un núcleo constitucional intangible de reglas bien determinadas, una posición que él mismo califica de constitucionalismo débil (vid. Bayón, 2000: 85). En relación con lo segundo, De Lora, por ejemplo, defiende una presunción fuerte a favor de la constitucionalidad de las leyes de manera que sólo se procediera a su anulación por parte de un Tribunal Constitucional por decisión unánime (De Lora, 2000: 50). De esta manera, pareciera que nos vemos abocados en última instancia a apoyar nuestras conclusiones en juicios contrafácticos, los cuales no pueden producir sino insatisfacción por las dificultades de fundamentación que los mismos presentan. En todo caso, no es descartable que la rigidez constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad, por su carácter instrumental, puedan arrojar resultados perniciosos: «estas mismas técnicas –advier-te Aguiló– al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales» (Aguiló, 2008: 121).

Sin embargo, el excesivo énfasis en las ideas de «mecanismo de tipo estructural» o «diseño institucional» puede distorsionar nuestra visión del problema. A mi juicio, Aguiló acierta cuando sostiene que para garantizar una práctica jurídica y política respetuosa con los derechos

«ello exige recurrir a conceptos dialécticos que apuntan hacia síntesis relativamente inestables (como ponderación, equilibrio, etc.) y al desarrollo de las actitudes adecuadas vinculadas a necesidades discursivas de justificación. Es decir, apuntan más hacia las exigencias deliberativas y argumentativas vinculadas a la idea de «vivir en constitución» que hacia las respuestas estructurales vinculadas a «tener una constitución» (Aguiló, 2008: 127).

Más adelante, el mismo autor, en relación con el problema de «el gobierno de los muertos» que parece implicar la rigidez constitucional señala

«De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes «se dieron una constitución» (los muertos) y quienes «tienen una constitución» (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de «continuidad de una práctica» que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente, al igual que en el caso anterior, la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas» (Aguiló, 2008: 128).

No podemos esperar que un mecanismo o diseño institucional garantizador de los derechos produzca sus efectos de forma automática (no pueden operar como mecanismos de justicia procedimental perfecta). Todos ellos requieren de la aceptación por parte de los operadores jurídicos y de que se apliquen con sentido. Para quien, como Waldron, el mecanismo de la rigidez constitucional y los tribunales constitucionales se reducen a un puro sistema procedimental de decisión en manos de unos pocos jueces (lo cual, en su opinión, no se puede afirmar ni siquiera que haya arrojado buenos resultados prácticos), no cabe duda de que no son una buena idea (vid. Waldron, 2005: 344)¹⁵. El problema es que de esta manera se pide el principio: nada valioso se obtiene de lo que se ha vaciado previamente de valor.

La última conclusión que quiero presentar es que el hecho de que haya sociedades que viven en Constitución sin tener una constitución no puede utilizarse como un argumento contra la constitución formal, aunque nos muestra que la eficacia de los diseños institucionales debe medirse por su capacidad de generar límites internos, esto es, de generar una cultura jurídica respetuosa con los derechos. Por ello, una vez que se han refutado las objeciones de principio al constitucionalismo (fundamentalmente que presupone un paternalismo injustificado), la clave de la discusión está en si el proceso histórico de constitucionalización debe ser visto o no como un progreso en la extensión de esta cultura jurídica de respeto a los derechos. En mi opinión, éste es el caso y me atrevería a decir que la posición democrática puede sufrir la misma miopía que algunos ilustres pensadores, liberales y progresistas, mostraron en relación con el sentido y alcance de las «declaraciones de derechos».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.
- *Sobre Derecho y argumentación*, Palma, Leonard Muntaner, 2008.
- ATIENZA, Manuel, y MANERO, Juan Ruiz, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007.
- ALEMANY, Macario, *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.
- AÑÓN, María José, *Necesidades y derechos (Un ensayo de fundamentación)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ATIENZA, Manuel: *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BAYÓN, Juan Carlos, «Derechos, democracia y Constitución», en *Discusiones*, 1, 2000, pp. 65-94.

¹⁵ Vid. Waldron, 2005, 344.

- DE LORA, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del Derecho*, Madrid, BOE y CEPC, 1998.
- «La posibilidad del constitucional thayeriano», en *Doxa*, 2000, pp. 49-75.
- ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, t. c. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [ed. original: *Ulises and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984].
- *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, t. c. de Jordi Mundó, Barcelona, Gedisa, 2002 [ed. original: *Ulises Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constrains*, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2000).
- FERRAJOLI, Luigi, «Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías», en FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan, y ATIENZA, Manuel; *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- FERRERES, Víctor, «Una defensa de la rigidez constitucional», en *Doxa*, 23, 2000, pp. 29-47.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993a, pp. 417-435.
- «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, pp. 631-650.
- «Desde la “Modesta propuesta” de J. Swift hasta las “casas de engorde” (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)», *Doxa*, 15-16, vol. II, 1994, pp. 731-744.
- GUASTINI, Ricardo, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, t. c. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [ed. Original: *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961].
- *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963.
- HOLMES, Stephen, «Precommitment and the Paradox of Democracy», en *Constitutionalism and Democracy*, Jon ELSTER & Rune SLAGSTAD (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 195-249.
- LAPORTA, Francisco, «El ámbito de la Constitución», en *Doxa*, 24, 2001.
- *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LIFANTE, Isabel, «Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica», en *Doxa*, 22, 1999, pp. 171-193.
- MILL, John Stuart, «Recensión del volumen I de “La democracia en América”», en *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville*, t. c. Cristina García Gay, Madrid, Espasa-Calpe, 1991 [ed. original: «Mill’s Reviews of Democracy in America», London (and Westminster) Review, 1835].
- *Sobre la libertad*, t. c. Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1999 [ed. original: *On liberty*, London, 1859].
- MORESO, José Juan, «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones*, 1, 2000, pp. 15-51.
- *La Constitución: un modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- RUIZ MANERO, Juan, «Una tipología de las normas constitucionales», en AGUILÓ, Josep; ATIENZA, Manuel, y MANERO, Juan Ruiz: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007.

- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, 1, t. c. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 2002a [ed. original: *De la démocratie en Amérique*, París, 1850].
- *La democracia en América*, 2, t. c. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 2002b [ed. original: *De la démocratie en Amérique*, París, 1850].
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, t. c. José Luis Martí y Agueda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005a [ed. original: *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999].
- ZIMMERLING, Ruth, «La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier», en *Doxa*, 6, 1989, pp. 39-76.

Fecha de recepción: 25/05/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?¹

Por ENCARNA BODELÓN GONZÁLEZ
Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN

El artículo aborda la relación entre las nuevas leyes de igualdad de género españolas, y la legislación y políticas de género en Europa. La legislación de igualdad de género que se ha desarrollado en España en el último decenio debe situarse en el contexto de las políticas y normas europeas, que desde los años setenta han avanzado todo un nuevo marco en la lucha contra la discriminación y la subordinación por razón de sexo. La legislación sobre igualdad de género ha utilizado esencialmente instrumentos propios de las políticas antidiscriminación basadas en el principio de igualdad de trato. Con el tiempo, estas políticas han ido incorporando nuevas dimensiones del principio de igualdad, para dar cabida a la idea de que la desigualdad entre mujeres y hombres tiene su razón de ser en las relaciones desiguales de género, en una estructura social subordinante para las mujeres. Sin embargo, tanto en la legislación europea como española, se advierten los límites de las políticas antidiscriminación tradicionales y se hace necesario volver a plantar qué elementos de la ciudadanía deben volver a ser examinados en perspectiva de género.

¹ Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de I+D, LESIGUALGE, Modelos de legislación en materia de igualdad de género: presupuestos filosófico-jurídicos e impacto jurídico-social (SEJ2006-07645).

Palabras clave: *Leyes de igualdad, ciudadanía, discriminación, género, políticas de igualdad.*

ABSTRACT

The article discusses the relationship between the new Spanish gender equality laws and the gender policies in Europe. The legislation on gender equality developed in Spain in the last decade must be viewed within the context of European policies and standards. These European policies have developed a complete new framework for combating sex discrimination since the seventies. The legislation on gender equality has essentially used tools of anti-discrimination policies based on the principle of equal treatment. Over time, these policies have included new dimensions of the equality principle, as for example the idea that inequality between women and men is based on gender relations and on social structures subordinating women. However, both in the European and the Spanish law, it can be identified the limits of the traditional anti-discrimination policies and it is necessary to rethink which elements of the citizenship's concept needs to be revised from a gender perspective.

Key words: *Equality laws, citizenship, discrimination, gender, equality policies elements of citizenship should be re-examined in a gender perspective.*

SUMARIO: 1. LAS RELACIONES DE GÉNERO Y LA CIUDADANÍA: ¿UN PROBLEMA DE DISCRIMINACIÓN O DE SUBORDINACIÓN?—2. MODELOS DE LEGISLACIÓN DE IGUALDAD EN EUROPA. 2.1 *Fase de la legislación antidiscriminación liberal. La desigualdad sexual como un problema de desigualdad de trato.* 2.2 *Fase de la legislación en favor de la igualdad de oportunidades.* 2.3 *Fase de la legislación de gender-mainstreaming.* 2.4 *Fase de la legislación de igualdad de género y la interseccionalidad.*—3. LEYES DE IGUALDAD EN ESPAÑA: MÁS ALLÁ DE LA DISCRIMINACIÓN. 3.1 *La igualdad efectiva desactiva.* 3.2 *Un problema de las mujeres. ¿Políticas antidiscriminación o políticas antisubordinación?*—4. Conclusiones: «ciudadanía» y la ciudadanía democrática radical.

Las nuevas leyes de igualdad aparecidas en España en el último decenio abren un nuevo espacio para el desarrollo de la ciudadanía de las mujeres². Este artículo pretende examinar el alcance y característi-

² Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Navarra); Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León; Llei 9/2003, de 2 d'abril, de la Generalitat, per a la igualtat entre dones i homes (València); Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres; Ley 4/2005, de 18 de

cas de esta nueva legislación. Se trata de plantearnos si estos nuevos elementos normativos aportan cambios que estén propiciando una nueva forma de entender los derechos de las mujeres y la ciudadanía.

A su vez, ese contexto normativo debe vincularse con las transformaciones de los Estados Europeos y de las políticas comunitarias, de las transformaciones políticas, económicas y sociales acaecidas en los últimos cuarenta años. Como veremos la legislación sobre igualdad de género se ha movido esencialmente con instrumentos propios de las políticas antidiscriminación basadas en el principio de igualdad de trato, que con el tiempo se han intentado ampliar para dar cabida a los análisis que incorporan la idea de que la desigualdad entre mujeres y hombres tiene su razón de ser en las relaciones desiguales de género, en una estructura social subordinante para las mujeres.

1. LAS RELACIONES DE GÉNERO Y LA CIUDADANÍA: ¿UN PROBLEMA DE DISCRIMINACIÓN O DE SUBORDINACIÓN?

Para entender la legislación antidiscriminación y de igualdad de género en Europa y España se debe comprender en qué contexto político y económico se han impulsado dichas regulaciones. Desde mediados del siglo xx la dimensión social de la ciudadanía, el reconocimiento de derechos sociales, fue impulsado por los modelos de Estado del bienestar, se hizo conjuntamente con un impulso de las políticas antidiscriminación. Según, Nancy Fraser (2008: 192) el feminismo de la segunda ola mantuvo una relación ambivalente con la socialdemocracia, ya que por una lado criticaba que el modelo socialdemócrata invisibilizara los problemas distintos al de clase, aquellos no vinculados a las políticas redistributivas; por otro lado, la confianza en los mecanismos de la redistribución hizo pensar a las feministas, que dichos mecanismo podían ser útiles para eliminar la dominación masculina. Este análisis ambivalente del feminismo respecto del Estado del bienestar creemos que se dio en los países que efectivamente gozaron de un modelo económico redistributivo desde los años sesenta-setenta, pero los movimientos feministas fueron mucho más críticos con las estructuras del Estado del bienestar en aquellos países en los que el feminismo tenía una tradición político-social diversa y, sobre

febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi); Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer (Baleares). Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia; Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia; Ley 7/2007, de 22 de octubre, de Modificación de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León; Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

todo, se enfrentaba a modelo de Estado muy alejado del Estado del bienestar, como fue el caso de los movimientos feministas en el Estado español.

El esquema de Nancy Fraser nos sirve para introducir algo que ha sido una constante en el feminismo de los últimos cuarenta años, la denuncia de que la construcción de los derechos de ciudadanía, incluso en los Estados de bienestar más avanzados se ha hecho de espaldas a la realidad productiva y reproductiva de la mitad de la población. Tal como señala Diana Sainsbury (1996) los modelos de Estado del bienestar conectaron, a lo largo del siglo xx, el goce de los derechos sociales con un modelo de trabajo productivo prototípicamente masculino. Las políticas de *welfare* tuvieron una doble cara. Por una parte, supusieron un gran avance con respecto a las políticas liberales, pero, a su vez, marcaron los límites de los debates distributivos. La justicia distributiva moderna se asienta sobre nociones que no ponen siempre en cuestión la subordinación sexual. De este modo, en los Estados del bienestar se produce una incorporación de las mujeres a los derechos civiles, políticos y sociales de ciudadanía, pero una adición marcada por el requerimiento de asimilación de las mujeres a un modelo de ciudadano masculino (Bodelón, 2007a).

En el contexto de la concepción de la ciudadanía vinculada con el Estado del bienestar, la exclusión de las mujeres se ha definido como un problema de discriminación, de falta de acceso a los recursos y oportunidades. Estas concepciones de la ciudadanía no se plantean que la exclusión permanente de las mujeres indique un fracaso del modelo. El modelo de ciudadanía del Estado del bienestar no quedó cuestionado por la «discriminación» permanente sufrida por las mujeres. Ahora bien, definir la exclusión de género en términos de «discriminación» y no de opresión, plantea muchas insuficiencias: la discriminación es un concepto que individualiza el problema, que lo convierte en un problema de las personas excluidas; el concepto de discriminación trata a las mujeres como víctimas de situaciones individuales y no como el ejemplo del fracaso de un modelo, como ejemplos de las insuficiencias de la ciudadanía liberal y de la existencia de opresiones no abordadas.

La vindicación de los derechos de ciudadanía de las mujeres se puede abordar desde perspectivas diferentes, que resumiremos en dos modelos:

a) *La incorporación de las mujeres a los modelos tradicionales de ciudadanía.* Este marco es el que podríamos identificar con las posiciones del feminismo liberal, con la reivindicación de reconocer la ciudadanía femenina y añadir a las mujeres en las construcciones de la ciudadanía existentes. Es un modelo que históricamente ha posibilitado que las mujeres hayan podido alcanzar metas muy importantes, como el reconocimiento del derecho al voto y la inserción en el derecho al trabajo remunerado. Ahora bien, también es un referente que se

ha mostrado insuficiente para situar la experiencia de vida de las mujeres, que deja fuera de los derechos a gran parte de ellas.

b) *La reconceptualización de la ciudadanía de las mujeres, para construir un modelo universal y diverso de ciudadanía.* En este caso, la construcción de un nuevo concepto de ciudadanía universal y global está basada en la crítica a los fundamentos liberal-capitalistas que están detrás de los modelos de ciudadanía liberales y social-liberales. Se trata de la incorporación de la diversidad humana y, en concreto, en el reconocimiento de la experiencia y necesidades de las mujeres. Se trata de un tipo de ciudadanía basado en un universalismo que acepta la diversidad y la diferencia, y busca una nueva articulación «entre lo universal y lo particular». El universalismo es entendido, así, no como una falsa imparcialidad, sino como un compromiso con el valor y la participación iguales de todos (Mouffe, 1993, Young; 2000).

A continuación examinaremos algunas características de las leyes de igualdad con el objeto de determinar si en dicha legislación europea y española se están planteando las exclusiones que provocan las relaciones desiguales de género como un problema de ciudadanía provocado por la discriminación o por la subordinación.

2. MODELOS DE LEGISLACIÓN DE IGUALDAD EN EUROPA

En los últimos cuarenta años, las relaciones entre el feminismo y el Estado, según la politóloga Judith Squires, pueden ser definidas desde tres perspectivas: la adición de las mujeres, la extensión de las fronteras y la reconceptualización de los conceptos (Squires, 2007: 9). De acuerdo a esta clasificación, la participación de las mujeres en el Estado ha seguido tres formas privilegiadas: a) las cuotas, que pretenden el aumento de las mujeres en los parlamentos, añadiendo mujeres y visibilizando su presencia; b) las instituciones de políticas de género, que pretenden crear nuevas agencias con el objeto de hacer presentes las preocupaciones feministas. Con ello, se amplían «las fronteras del Estado» y nuevos temas entran en la agenda política tradicional; c) y, por último, la estrategia del *gender mainstreaming*, que sitúa a todas las políticas bajo la perspectiva de género para evitar el androcentrismo. Con esta última estrategia se reconceptualizarían los conceptos y se subrayaría la importancia de los procesos en la construcción de las estructuras de género.

Los feminismos y, en particular, las teorías feministas del derecho, han analizado de forma diversa la relevancia del derecho en la lucha contra el patriarcado y la subordinación de género (Bodelón, 2001; Facio, 1999; Mestre, 2006). Especialmente, se ha señalado cómo es necesario distinguir los diversos modelos jurídicos y las diversas perspectivas desde las cuales el derecho aborda la desigualdad sexual. En particular, resulta relevante ver qué modelo de igualdad, qué modelo

de ciudadanía, qué análisis de la desigualdad sexual y qué medidas han tomado las leyes de igualdad que han aparecido en Europa desde los años setenta.

El desarrollo de la legislación de igualdad en Europa vamos a analizarlo siguiendo un esquema que distingue etapas vinculadas a diversas formas de entender la desigualdad sexual y, por lo tanto, también diferentes maneras de plantear la cuestión de los derechos y de las políticas públicas de género. Estas cuatro fases vamos denominarlas:

- 2.1 Fase de la legislación antidiscriminación liberal. La desigualdad sexual como un problema de desigualdad de trato.
- 2.2 Fase de la legislación en favor de la igualdad de oportunidades.
- 2.3 Fase de la legislación de *gender-mainstreaming*.
- 2.4 Fase de la legislación de igualdad de género y la interseccionalidad.

Esta división conceptual tiene en cuenta la evolución histórica de dichas políticas, pero sobre todo intenta clarificar conceptualmente una diversidad de medidas. En muchos países estas fases se mezclan e intercalan, no siguiendo un esquema lineal.

2.1 Fase de la legislación antidiscriminación liberal. La desigualdad sexual como un problema de desigualdad de trato

Las primeras políticas antidiscriminación en Estados Unidos y en Europa se vincularon fuertemente a una concepción de la igualdad liberal que privilegia los siguientes elementos: en primer lugar, son medidas basadas en el concepto de igualdad de trato; en segundo lugar, se dirigieron fundamentalmente a la protección de la desigualdad en el ámbito público, y especialmente, en el mercado de trabajo. Un ejemplo prototípico de esta legislación es la primera ola de legislación antidiscriminación en Gran Bretaña. La *El Sex Discrimination Act* (SDA) y la *L'Equal Pay Act* entraron en vigor en 1975 y se convirtieron en dos de las primeras leyes antidiscriminación a nivel europeo. La SDA define como ilegal la discriminación por razón de sexo³. En la SDA se prohibía la discriminación por razón de sexo directa e indirecta (cuando una misma práctica o criterio se aplica a los dos sexos pero comporta que uno de ellos quede en desventaja). Asimismo la *Equal Opportunity Commission* (EOC) fue establecida en 1976 para supervisar la aplicación de la SDA.

Este enfoque de la antidiscriminación se relaciona con la primera concepción de la ciudadanía liberal que hemos examinado: trata a los individuos aisladamente, sin tener en cuenta las razones colectivas o

³ En concreto, la discriminación sexual se prohíbe en el trabajo, la educación, la publicidad y para acceder a viviendas, bienes y servicios.

sociales de la discriminación; además, analiza la discriminación comparando la situación de las mujeres con la de los hombres, es decir, el estandar es la situación del sexo masculino⁴. Este modelo es también denominado por Catharine Mackinnon como «la perspectiva de las diferencias» y concibe la situación social de los sexos como una expresión de las diferencias sexuales (Mackinnon, 1989).

Uno de los problemas fundamentales que ha condicionado el desarrollo de la doctrina antidiscriminación es su énfasis en el tema la diferencia como eje central de la discriminación. María Ángeles Barrére señala que en el ámbito norteamericano las políticas antidiscriminatorias⁵ de los setenta han sido criticadas por el feminismo y han dado paso mayoritariamente, en los ochenta, al interés sobre «el principio antisubordinación» (Barrére, 1997).

Las carencias de este modelo basado en la igualdad formal son resumidas por Christine Delphy cuando afirma: «Esta es la igualdad formal, generadora de equidad –es decir, de una justa desigualdad–, que es defendida por los partidarios de la integración a la francesa o del universalismo republicano. Ellos proponen la integración de los excluidos, es decir de las mujeres, por el solo medio de la no discriminación explícita, la igualdad formal. De otro lado, ellos oponen esta ausencia de discriminación explícita que juzgan suficiente, a la acción positiva, que juzgan discriminatoria» (Delphy, 2008: 70)

2.2 Fase de la legislación en favor de la igualdad de oportunidades

En el ámbito del derecho comunitario desde los años setenta diversas directivas habían ido profundizando el concepto de igualdad de trato centrándose en el ámbito laboral⁶.

Las numerosas limitaciones que presentaba el enfoque de la igualdad de trato fomentaron en los años ochenta y noventa, el uso de

⁴ Mackinnon critica todas aquellas teorías que describen la «discriminación como diferencia». Esta perspectiva tiene dos manifestaciones: la neutralidad y los derechos especiales. La neutralidad supone que el problema de discriminación se reduce a que el derecho no trata a hombres y mujeres de forma igual; la segunda manifestación es la de los derechos especiales, que busca compensar a los discriminados en la medida en que son diferentes, con lo cual contribuye a la reconstrucción de la diferencia. Por otra parte, la autora defiende la idea de la «discriminación como desigualdad» según la cual todas aquellas prácticas que subordinen a las mujeres deben ser consideradas prácticas discriminatorias (Mackinnon, 1989).

⁵ María Ángeles Barrére considera que aunque las críticas feministas estaban motivadas, cree, sin embargo, que también es cierto que el derecho antidiscriminatorio no está agotado y que, en todo caso, se trata de un derecho con posibilidades de mejora, por ejemplo, interpretando la cuotas como parte del principio antisubordinación (Barrére, 1997: p. 17).

⁶ Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribuciones; la Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de trato respecto al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad en material de seguridad social.

mecanismos poco utilizados en Europa hasta entonces como las acciones positivas y las cuotas, así como la aparición de políticas públicas de género en el ámbito de la Unión Europea⁷. De la misma forma que en otros ámbitos de las políticas comunitarias se proponen unos programas de acción. Aunque en general en esa época, el problema de desigualdad de las mujeres se sigue entendiendo como un problema de discriminación, se empieza a ampliar la noción de igualdad a través del concepto de igualdad de oportunidades. Se reconoce la naturaleza social y política del problema y se expresa la voluntad de articular medidas en el nivel político, económico y social. Como consecuencia de esto, surgieron en los años ochenta los programas de acción para la igualdad de oportunidades. Estos primeros programas siguieron concentrados en la discriminación en el ámbito del mercado laboral y en los problemas de acceso a la ciudadanía partiendo del mercado de trabajo.

El «I Programa de Acción sobre la Igualdad de Oportunidades para las mujeres 1982-1985» inició una línea que se continuó en el «II Programada de Acción para la Igualdad de Oportunidades para las mujeres 1986-1990». En estos dos documentos aparecen también referencias a temas poco tratados hasta entonces, a cuestiones como el reparto del trabajo doméstico o la igualdad en la educación. Sin embargo, el eje central seguirá en las medidas articuladas en el mercado de trabajo.

Las limitaciones de este enfoque basado en la igualdad de oportunidades han sido extensamente abordadas (Bodelón: 2007b). En primer lugar, se debe tener en cuenta que el pensamiento liberal clásico apostó por un concepto restringido de igualdad de oportunidades, que atañe esencialmente a las condiciones de partida y que implica que la igualdad de oportunidades se debe reducir a un principio formal de no discriminación arbitraria. La adquisición de privilegios y ventajas sociales se relaciona así con las capacidades personales y conduce a una igualdad de oportunidades formal o meritocrática.

En segundo lugar, la insuficiencia de la igualdad de oportunidades para dar cuenta de la desigualdad sexual tiene que ver la insuficiencia del paradigma distributivo de la igualdad de oportunidades. Iris Marion Young señala que no se trata de rechazar los problemas de justicia distributiva⁸, sino inscribir la discusión sobre la justicia en un contexto más amplio que incluya también la acción, las decisiones sobre la acción y la provisión de medios para desarrollar y ejercer las capacidades (Young, 2000: p. 33).

⁷ El desarrollo del principio de igualdad de género no es el objeto de este artículo y sobre la materia hay una relevante literatura, *vid.* (Fernández de Gatta: 2007; Barrère, 2003).

⁸ Young define el paradigma distributivo como aquel que entiende la justicia social como la distribución moralmente correcta de beneficios y cargas sociales entre los miembros de la sociedad. Estos beneficios suelen ser la riqueza, el ingreso y otros recursos materiales, aunque también se incluyen algunos bienes no materiales tales como los derechos, las oportunidades, el poder y la autoestima. El modelo

Relacionando estos análisis con nuestros dos modelos de ciudadanía y relaciones de género se puede afirmar que el modelo de la igualdad de oportunidades muestra los límites de una ciudadanía «agregativa», de un modelo en el que la injusticia social de las mujeres se resuelve añadiendo a las mujeres. Sin embargo, el modelo clásico distributivo no da cuenta de toda la complejidad de la desigualdad sexual.

2.3 Fase de la legislación de *gender-mainstreaming*

En los años noventa se pusieron las bases para transformar nuestra comprensión de los instrumentos y conceptos que requiere la lucha contra desigualdad sexual. En las políticas públicas y en la legislación emergen elementos que muestran que la reivindicación de un nuevo modelo de ciudadanía para las mujeres está cada día más presente.

En la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres de Naciones Unidas, que tuvo lugar en Beijing en 1995, se aprobó la Plataforma de acción en la que se incluyó el término de *gender mainstreaming*, con el que se pretendía poner de manifiesto la necesidad de incluir en todas las políticas públicas la cuestión de la desigualdad de género. Es necesario recordar que dicho concepto proviene de las discusiones de los movimientos feministas.

Se ha discutido en qué medida el concepto de *gender mainstreaming* realmente supone una nueva visión de la igualdad y de las políticas de género o es únicamente un nuevo mecanismo. La interpretación del concepto y su aplicación no ha sido unívoca y efectivamente hay, al menos, dos formas de entender el *gender mainstreaming*.

Una primera interpretación pone el acento en la «técnica» y los aspectos procedimentales, entiende el concepto como un nuevo mecanismo de gestión de las políticas de igualdad, que complementa los modelos anteriores. En este caso, el énfasis está en un cambio de la cultura burocrática-institucional y en la construcción de mecanismos que permitan construir políticas públicas que incorporen la perspectiva de género. Esta interpretación es la que han acogido la mayor parte de leyes y políticas públicas en Europa y la que creemos que han acogido las nuevas leyes de igualdad en España (Montoya, Sánchez-Urán, 2007).

La segunda interpretación ponen el acento en los aspectos sustantivos del *gender mainstreaming* en su relevancia como nueva forma de entender la igualdad y la participación de las mujeres en el Estado y

de justicia distributiva parte de un modelo de sujeto y de sociedad que se caracteriza por:

- a) El paradigma distributivo tiende a ignorar el contexto institucional que determina la distribución material y, a la vez, lo presupone.
- b) El paradigma distributivo cuando se aplica a bienes y recursos inmateriales, como las oportunidades, genera problemas.

las políticas públicas, es decir, propone cambios en la forma de legislar y construir las políticas públicas que permitan una mayor democracia y un mayor empoderamiento de las mujeres (Lombardo, 2005). Esta segunda versión comparte, por lo tanto, una renovación en las formas y contenidos de la ciudadanía. En este mismo sentido Teresa Rees afirma que para ella: «la transversalidad debería implicar la identificación de los sistemas y estructuras que causan la discriminación indirecta (...). En el caso de la de la igualdad de género, esto significa dirigirse a las formas con las cuales las instituciones políticas refuerzan el contrato de género basado en el padre de familia productivo» (Rees, 2002: 46).

Tras la Conferencia de Beijing de 1995, la Unión Europea introdujo en sus políticas comunitarias el concepto de transversalidad de género. El IV programa de Acción comunitaria a medio término para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 1996-2000, destacó la importancia de este concepto afirmando la necesidad de integrar la igualdad de oportunidades en todas las políticas y ámbitos, así como la importancia de involucrar a todos los actores de la vida económica y social. Es en ese momento cuando se subraya la importancia de la presencia de las mujeres en los lugares de toma de decisiones.

Poco después, el V Programa de Acción para la igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005 se centró en el *gender mainstreaming*. El objetivo fue introducir acciones de igualdad en todas las políticas comunitarias, intentando superar el ámbito laboral. Esta tendencia se ha seguido en el VI Programa, «Plan de trabajo para la Igualdad de Mujeres y Hombres (2006-2010)», que entre los seis ámbitos en los que se divide incluye numerosas políticas transversales.

Uno de los ejemplos más conocidos de políticas basadas en las ideas del *gender mainstreaming* son las políticas nórdicas de igualdad de género⁹. Los temas de igualdad de género se tratan en Suecia de acuerdo a la doble estrategia del *gender mainstreaming* y la *focus area*. Estas políticas se basan en la idea de que la desigualdad social de mujeres y hombres tiene su origen en una desigualdad de poder. Desde 1994, el gobierno sueco ha utilizado una doble estrategia, el *gender mainstreaming* y la concentración en algunas áreas estratégicas.

El objetivo principal de la política de igualdad de género en Suecia es que los hombres y las mujeres tengan el mismo poder en la conformación de la sociedad y en sus vidas. Este objetivo se ha desplegado en cuatro áreas de intervención relacionadas con: el poder, la economía, el cuidado, y la violencia de género. El primer objetivo tiene que ver con la distribución del poder y entiende que mujeres y hombres deben tener los mismos derechos y oportunidades para ser ciudada-

⁹ Una extensa reflexión sobre el contenido de las políticas de género en los países nórdicos se encuentra en: Nousianinen, Kevät; Gurnmanrsson, Asa (ed.) (2001). Svensson, Eva-María, (2001).

nos/as activos/as. El segundo objetivo es la igualdad económica, entendida como independencia económica a lo largo de la vida. El tercero se refiere al igual reparto de los trabajos de cuidado y, se centra en la igual responsabilidad que mujeres y hombres deben desarrollar con relación al trabajo reproductivo. Y, por último, la desaparición de la violencia hacia las mujeres es el último eje de intervención.

En un sentido similar, la estrategia de la integración es la política pública existente en Noruega desde 1986. Esta estrategia significa hacer visibles los efectos de las decisiones políticas para hombres y mujeres; supone poner de manifiesto que una política aparentemente neutral puede reforzar o reproducir los estereotipos de género. En este modelo, los hombres y su rol se convierten en el centro del debate.

Esta forma de entender las políticas contra la desigualdad sexual iniciaría una superación del modelo liberal de las políticas antidiscriminación. Más que políticas antidiscriminación en un sentido liberal clásico, nos encontramos con políticas de género que parten del reconocimiento de relaciones de subordinación y que entran a cuestionar aspectos básicos del concepto de ciudadanía.

La adopción de la categoría de género en las políticas escandinavas ha provocado según Eva-María Svensson que: «Las políticas de igualdad han trasladado su foco, que estaba en la reforma jurídica del mercado de trabajo, hacia significados sociales más amplios y, de la esfera pública a la esfera privada. Se ha entendido que se necesitan medidas específicas para obtener la igualdad, junto a las estrategias de neutralidad sexual» (Svensson, 2001: 77).

2.4 Fase de la legislación antidiscriminación y la interseccionalidad

Desde los años ochenta una de las preocupaciones crecientes de los debates feministas han sido la de visibilizar la diversidad de las mujeres y los diferentes aspectos relacionados con dicha diversidad: la necesidad de reconocer las opresiones múltiples experimentadas por colectivos diversos de mujeres, o las experiencias y el conocimiento diferenciado que surgen dichas realidades. Las reflexiones sobre la interseccionalidad se vinculan claramente con la necesidad de renovar el concepto de ciudadanía y reconstruirlo partiendo de la diversidad femenina, así como de la diversidad de la opresión de las mujeres.

En el feminismo el debate sobre la interseccionalidad ha señalado la riqueza y diversidad de las experiencias femeninas y la necesidad de tomar en consideración las necesidades de las diversas mujeres, eliminando falsas generalizaciones. Paralelamente, aunque en un contexto muy diverso, las políticas europeas han empezado a abordar desde los años noventa lo que se conoce como el tema de la «discriminación múltiple». Sin embargo, el debate sobre la discriminación múltiple

tiple y el debate feminista sobre la interseccionalidad son debates muy diferentes.

En los años noventa, y después, de un creciente trabajo sobre la discriminación sexual, se empezó a tomar consciencia en la UE de la necesidad de abordar las discriminaciones que tienen otro origen. Como resultado de este proceso, se incluyó un nuevo artículo (artículo 13) en el Tratado CE a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en 1997¹⁰. Este artículo constituyó un avance muy importante en la lucha contra la discriminación a nivel de la UE, porque permitió a la Comunidad adoptar medidas para luchar contra la discriminación por nuevas razones que incluían el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual.

El artículo y las reflexiones posteriores que desarrollaron el «Libro Verde sobre la Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada» [COM/(2004) 379], se dirigieron hacia la creación de políticas y leyes comunes. Los problemas e insuficiencias de este enfoque son múltiples, pero vamos a centrarnos en dos: la reducción del problema de la interseccionalidad a los mecanismos antidiscriminatorios tradicionales y la homologación de las diversas desigualdes.

a) La interseccionalidad vista desde las políticas antidiscriminación tradicionales:

La interpretación que hace el Libro Verde de la discriminación múltiple reduce las políticas contra la desigualdad sexual al marco de las políticas antidiscriminación tradicionales, es decir, no tiene en cuenta que las discriminaciones también se producen en el espacio privado y, sobre todo, olvida que dicha desigualdad sexual tiene también su origen en las estructuras e instituciones de la propia Unión Europea, en los Estados europeos y las instituciones comunitarias. En palabras de Mieke Verloo: «el Libro Verde presenta el problema como si parte de la ciudadanía tuviera que ser protegida o sancionada por discriminar a otros ciudadanos/as de la esfera pública. La Unión Europea o sus estados miembros no parece que estén conectados con el problema, ya que no se los menciona como responsables o protagonistas de reproducir la desigualdad. La Unión Europea y sus Estados miembros se presentan como si sólo tuvieran un papel clave en la solución, con la reducción o la prevención de la discriminación. Esto

¹⁰ Artículo 13

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (modificado por los Tratados de Amsterdam y Niza)

Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

supone que se ignora la interseccionalidad política (...)» (Verloo, 2008: p. 22) (traducción propia)

b) La especificidad de los diversos mecanismos de desigualdad social:

Las propuestas del Libro Verde y de las políticas europeas sobre la discriminación múltiple se caracterizan por abordar los diversos temas de discriminación como un asunto «homogeneizable». Se han iniciado así un conjunto de políticas y desarrollos legislativos nacionales que van en la línea de homogenizar la discriminación por razón de sexo a otras discriminaciones. Es decir, a diferencia del enfoque de la interseccionalidad que se dirige hacia una comprensión más compleja de los fenómenos, las políticas antidiscriminación de la UE toman la variedad de discriminaciones como elementos reducibles a una misma matriz. Fruto del debate sobre el Libro Verde, se aprobó la «Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos» [COM (2005) 224 final, Bruselas, 1 de junio de 2005], que tiene un contenido que abarca diversas discriminaciones.

3. LEYES DE IGUALDAD EN ESPAÑA: MÁS ALLÁ DE LA DISCRIMINACIÓN

A continuación vamos a analizar algunos puntos clave de las diferentes leyes de igualdad españolas, especialmente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), para ver en qué modelo de legislación de igualdad y de ciudadanía se ubicarían estas normas.

3.1 La igualdad efectiva desactivada

El concepto de igualdad efectiva se vincula en el texto a una supe-
ración del concepto de igualdad formal, que además requiere de nuevos instrumentos jurídicos. En este sentido, el preámbulo afirma:

«El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapaci-

dad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos».

El problema que se plantea es si en coherencia con esta afirmación la ley estatal desarrolla dichos mecanismos o si por el contrario, estamos todavía ante una norma que lo que hace básicamente es garantizar el derecho a la igualdad de trato. El concepto de igualdad efectiva no queda definido ni en el preámbulo ni en el articulado de una forma precisa y, esta carencia provoca luego que en el texto el concepto de igualdad efectiva se acabe diluyendo, siendo reemplazado frecuentemente por el de igualdad formal y el de igualdad de oportunidades.

La LOIEMH 3/2007 indica en su artículo primero con relación al objeto de la norma: «Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria».

Asimismo se afirma en el preámbulo que se trata de desarrollar: «una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla».

Teniendo en cuenta el artículo primero y el preámbulo queda claro que el objeto de la ley es el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, mientras que en el artículo primero se habla de «hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades», el preámbulo habla de la promoción de la igualdad real como de algo diverso al combate con la discriminación directa e indirecta. Si tomamos el preámbulo parece claro que el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades y el derecho a la igualdad real o efectiva son dos aspectos diversos del derecho a la igualdad. Eso sí, en un caso se trata de combatir la discriminación directa e indirecta, mientras que en el otro sólo habla de «promover». ¿No era la igualdad un derecho fundamental que debe ser garantizado? Antes de profundizar en esta débil garantía del derecho a la igualdad efectiva, vamos a plantearnos cuál es el objeto de la ley.

Para entender el objeto de la ley sin duda es necesario comprender cuál es el problema social que se aborda, cuál es el derecho fundamental que desarrolla esta ley orgánica. Hemos visto que para la ley dicho objeto es claramente la igualdad efectiva, ahora bien, si dicha igualdad es una dimensión diversa de la igualdad, podemos preguntarnos en qué medida queda diferenciada de otras dimensiones tradicionalmente desarrolladas por nuestro ordenamiento jurídico. A mi pare-

cer, esta dimensión de igualdad efectiva no queda claramente definida porque falta en el texto que se explicita la causa por la cuál se hace necesario avanzar hacia un concepto de igualdad efectiva. Dicha causa no es sencillamente la insuficiencia de la igualdad formal, de la igualdad de trato, sino que es la incapacidad de la igualdad formal, de la igualdad de trato, de dar cuenta de las relaciones sociales de subordinación, de las estructuras de dominación que se han desarrollado en torno a la estructura de género.

La ley se vincula claramente con la legislación antidiscriminación, con un concepto de discriminación que alcanza las nociones de discriminación directa e indirecta, y que aborda parcialmente la idea de la discriminación como un problema de subordinación social estructural. Aunque se habla de igualdad «efectiva» en el título, en el articulado se utiliza preferentemente los términos igualdad de oportunidades e igualdad formal. En ninguno de los encabezamientos de los artículos se utiliza la expresión igualdad efectiva, mientras que el término igualdad de oportunidades aparece dos veces y el de igualdad formal hasta cinco veces. Lo mismo sucede en el texto de los artículos. La expresión igualdad formal es la más reiterada, hasta con quince apariciones, mientras que la fórmula igualdad efectiva aparece nueve veces y la de igualdad de oportunidades cinco.

Esta observación sobre las frecuencias terminológicas es más que un síntoma. La ley estatal como se sabe obedeció en un primer momento a la transposición de directivas europeas, directivas que fundamentalmente abordaban la cuestión de la igualdad de trato y de oportunidades en el trabajo. El trámite de aprobación y discusión política y social implicó incluir algunas de las demandas y conceptos del movimiento feminista, pero dichas demandas y conceptos quedaron desdibujadas en muchos casos. Un ejemplo de ello, sería el incompleto concepto de igualdad efectiva que incluye la ley.

3.2 Un problema de las mujeres. ¿Políticas antidiscriminación o políticas antisubordinación?

Una pregunta que frecuentemente aparece es la de a qué sujeto social se dirigen estas leyes: ¿a las mujeres? ¿a hombres y mujeres? ¿a la estructura de género? El examen de los diversos títulos de la legislación de igualdad en España muestra algo más que una simple variedad de denominaciones. En los títulos encontramos dos tipos de abor-dajes:

- 1) Un primer tipo de leyes que sitúan el tema la igualdad en el contexto de la igualdad de oportunidades y como un problema de equiparación «entre» los derechos de mujeres y hombres, en definitiva

un problema de discriminación con relación a la situación de goce de derechos por parte de los hombres¹¹.

Así: la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Navarra); Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León; Llei 9/2003, de 2 d'abril, de la Generalitat, per a la igualtat entre dones i homes (València); Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer (Baleares).

Estas leyes adoptan claramente un análisis liberal de la desigualdad, la desigualdad sexual obedece a que las mujeres no disfrutaban plenamente del marco de derechos constitucionales y, por lo tanto, se trata de «favorecer, fomentar» la participación de las mujeres en ese marco de derecho. Las razones de por qué las mujeres tienen esas peculiares dificultades quedan oscurecidas, sobresaliendo la idea de las dificultades femeninas para «adaptarse» al marco de los derechos. Aunque aparecen conceptos como el de relaciones de género, estas leyes se caracterizan por lo que podemos llamar desactivación de los conceptos feministas, por una adopción de un lenguaje de género, en el que el género se convierte en una categoría meramente descriptiva y no en una categoría crítica con las relaciones de poder.

En este sentido, la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León, afirma en su preámbulo: «La presente Ley regula, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, el marco de actuación adecuado en orden a promover la igualdad de la mujer, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.1.19.^a del Estatuto de Autonomía de Castilla y León y se erige como una norma que contempla de forma integral los aspectos de promoción de la igualdad y asistencia a la mujer».

El diagnóstico es lo que podríamos llamar una inexplicable incapacidad de las mujeres para ejercer sus derechos frente a la cual cabe «promocionarlas» y «asistirles». Este lenguaje del «no derecho» que

¹¹ A lo largo de tres años hemos realizado entrevistas sobre la legislación de igualdad en España en el marco de un proyecto de ID, LESIGUALGE, Modelos de legislación en materia de igualdad de género: presupuestos filosófico-jurídicos e impacto jurídico-social (SEJ2006-07645).

En muchas de dichas entrevistas aparece el problema de que con frecuencia las leyes de igualdad no muestran con claridad que el problema de discriminación no sólo afecta a las mujeres, sino que se vincula a una estructura discriminante. Una de las personas entrevistadas, la investigadora Raquel Platero lo definía así:

«Yo cojo la LI y le pregunto cuál es el problema, y me lo define como un problema de desigualdad de género entre hombres y mujeres y que hay que transformar la sociedad. Entonces lo que yo tengo que mirar luego es si las acciones, objetivos y medidas están dirigidas al problema que hay diagnosticado: si no hay coherencia aquí empezamos a tener problemas. Porque si yo digo que tengo que transformar la sociedad y lo que hago es transformar sólo a las mujeres y muy pocas medidas sobre los hombres.»

aquí aparece abiertamente, se encuentra subterráneamente en otras leyes de este bloque.

Esta desarticulación de los conceptos es muy clara cuando vemos de qué forma es utilizado el concepto de «acciones positivas». Dicha medida aparece desde el artículo uno como el principal instrumento de la Ley 1/2003, que el artículo primero afirma: «La presente Ley tiene por objeto regular en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, el marco de actuación en orden a fomentar la igualdad de la mujer de conformidad con lo previsto en el artículo 32.1.19.^a del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, mediante la adopción de medidas de acción positiva para la corrección de desigualdades por razón de género».

El término de «acción positiva» se utiliza muy extensamente en el articulado de la ley, convirtiéndose casi todas las medidas en acciones positivas. Un ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 13 de ley¹². En éste utiliza un concepto de acción positiva muy amplio y se incluyen acciones que no tienen nada que ver con las acciones positivas como es el uso de un lenguaje no sexista.

2) Un segundo grupo de leyes más avanzadas que presentan un análisis más complejo de la desigualdad sexual. Estas leyes no introducen en los títulos el concepto de igualdad de oportunidades, y hablan de «igualdad de mujeres y hombres». En este sentido: Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega, para la igualdad de mujeres y hombres; Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi); Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

¹² Artículo 13. Medidas de acción positiva en favor de la mujer en el ámbito educativo, cultural y artístico.

Las Administraciones Públicas de Castilla y León, en su ámbito de competencias, establecerán medidas que garanticen conseguir los siguientes objetivos en relación con el ámbito educativo, cultural y artístico:

1. El respeto del derecho a la igualdad en todos los ámbitos educativos de la Comunidad.
2. El acceso y la participación de las mujeres en la educación y la cultura, teniendo en cuenta a los colectivos con más dificultades.
3. La incorporación de las mujeres a la investigación.
4. La incorporación de las mujeres a la formación científica y tecnológica.
5. La producción y divulgación de obras de arte realizadas por mujeres.
6. Material didáctico de corresponsabilidad en la vida pública y privada.
7. Sensibilizar a la ciudadanía sobre el derecho de las mujeres a disfrutar del tiempo libre por sí mismas y de ocupar el ocio activamente.
8. Eliminar el lenguaje sexista en todas sus manifestaciones.
9. Utilizar el masculino y el femenino en todos los documentos públicos, con el objeto de hacer visible la presencia de las mujeres en todos los ámbitos de la sociedad.
10. Implantar módulos de enseñanza en igualdad y valores no sexistas en todos los niveles educativos.

El uso de la preposición «entre» o la preposición «de» no es baladí, ya que como se indicó en la discusión de la ley del País Vasco, al utilizarse la preposición «de» se busca mostrar que la igualdad sustantiva, efectiva, no supone meramente adecuar la situación de las mujeres a la de los hombres, sino modificar la estructura de género, las relaciones entre mujeres y hombres y, por lo tanto, la regulación de los derechos para mujeres y hombres.

A pesar de esto tanto en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, como en Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a lo largo del articulado se observa cómo esta idea no está incorporada e indistintamente aparecen las preposiciones «de o entre».

Una de las cuestiones que llama más la atención es la forma casi indistinta de utilizar diversos conceptos relacionados con la igualdad. En el caso de la ley andaluza el título habla de «igualdad de género», concepto que aunque no se encuentra definido, es una terminología más avanzada que el de igualdad de oportunidades. Sin embargo, en el artículo primero al referirse al objeto de la ley se afirma: «Artículo 1. Objeto. Constituye el objeto de esta Ley hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución y 15 y 38 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, seguir avanzando hacia una sociedad más democrática, más justa y más solidaria».

Esta formulación resulta casi idéntica a la de la LOIMH y reduce el contenido específico de la igualdad efectiva a un desarrollo pleno de la igualdad de trato y de oportunidades, que no es lo mismo.

La ley del País Vasco 4/2005 perfila en su artículo primero un objeto que incluye dimensiones más complejas de la igualdad: «La presente Ley tiene por objeto establecer los principios generales que han de presidir la actuación de los poderes públicos en materia de igualdad de mujeres y hombres, así como regular un conjunto de medidas dirigidas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida y, en particular, a promover la autonomía y a fortalecer la posición social, económica y política de aquéllas. Todo ello con el fin último de lograr una sociedad igualitaria en la que todas las personas sean libres, tanto en el ámbito público como en el privado, para desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales en función del sexo, y en la que se tengan en cuenta, valoren y potencien por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres».

En este caso quedan descritas con mucha más claridad las implicaciones del desarrollo de la igualdad. Sin embargo, seguimos en el mismo marco conceptual de referencia. La ley se dirige a promover la autonomía de las mujeres y su posición social, económica y política. El objetivo, así planteado, es encomiable. La cuestión es por qué las mujeres no son autónomas, qué impide que puedan desarrollarse en

libertad e igualdad. La respuesta nos la da la propia ley al hablar de la imposición de roles tradicionales en función del sexo. Si el diagnóstico es acertado y existen mecanismos que «imponen» una estructura de género desigual, deberíamos desarticular esos mecanismos, esas estructuras de poder y no únicamente hacer recaer en la capacidad individual de las mujeres la eliminación de dichas desigualdades.

Hay en este segundo grupo de leyes de igualdad una ambigüedad. Por una parte, tanto la LOIMH, como la ley de igualdad andaluza, vasca y la gallega visibilizan la existencia de mecanismos de desigualdad entre hombres y mujeres estructurales, en ese sentido muchas de las medidas se dirigen a crear mecanismos institucionales que den cuenta de la desigualdad o que puedan combatirla. La existencia misma de estas leyes muestra que los sistemas tradicionales de derecho antidiscriminatorio basados en la denuncia de las violaciones individuales del derecho a la igualdad, son insuficientes cuando nos encontramos con una vulneración sistemática de los derechos humanos. Sin embargo, por otra parte, el énfasis parece todavía estar en «hacer encajar a las mujeres», en facilitarles instrumentos que les permitan vencer su desigualdad. De esta manera, lo realmente problematizado no es una estructura de poder, un sistema de subordinación, sino que se plantea una intervención institucional que podemos denominar «acomodadora», que no llega a cuestionar realmente la estructura de subordinación.

4. CONCLUSIONES: «CIUDADANÍA» Y LA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA RADICAL

Los pasos que se han dado con las legislaciones de igualdad de los últimos cuarenta años señalan las dificultades para abordar la complejidad de la desigualdad sexual. Para avanzar en la lucha contra la opresión sexual debemos tener presente que la legislación de igualdad debe inscribirse en un nuevo marco de relaciones de ciudadanía, de lo contrario dichas leyes de igualdad no harán más que incluir a las mujeres en un modelo que ya ha mostrado sus insuficiencias desde una perspectiva de género. Algunos elementos de ese marco de ciudadanía no androcéntrica hace años que han sido elaborados por las variadas tradiciones de los feminismos¹³. Repensar la ciudadanía desde el feminismo implicaría, por tanto, diferentes elementos:

a) en primer lugar, *romper la estructura dual de la ciudadanía*. Avanzar hacia un modelo de ciudadanía para las mujeres y para toda la sociedad que ponga en duda la estructura social patriarcal moderna, basada en la dicotomía de la esfera pública y privada; b) en segundo

¹³ La relevancia del debate feminista sobre la ciudadanía puede ser examinada en diferentes textos: De Villota, Paloma (1998); Mouffe, Chantal (1999); Rubio, Ana (1997).

lugar, *articular un modelo de ciudadanía plural y diversa*, que exprese la diversidad humana y, concretamente, la diversidad de las mujeres y sus necesidades, *c)* y, en tercer lugar, *pasar de la ciudadanía a la «ciudadanía»*. Desarrollar unas relaciones de ciudadanía que se articulen desde una estructura de derechos que permita reconocer la vinculación de los seres humanos y sus necesidades de relación y cuidado, lo que una parte del feminismo ya ha llamado una nueva «ciudadanía».

a) La ruptura con la estructura dual de la ciudadanía:

La ruptura con la estructura dual tradicional de la ciudadanía implica el reconocimiento de aquellos/as que han quedado fuera de lo definido como espacio público (Líster, 2003). La ciudadanía se ha construido en los últimos siglos como un espacio público de relación, pero entre los espacios públicos existen espacios privados; los espacios públicos son impensables sin un modelo de espacio privado.

b) Un modelo de ciudadanía plural y diversa para las mujeres, para todas/os:

El desarrollo de la plena ciudadanía de las mujeres se encuentra también claramente vinculado al reconocimiento de la diversidad de las mujeres y sus experiencias. Ello implica garantizar el igual acceso en la diversidad a los derechos para las mujeres. Desde esta perspectiva, las intervenciones jurídicas o de políticas públicas que tienen en cuenta la diversidad no deberían ser una excepción. De este modo, la diversidad de las mujeres nos ayuda a construir un nuevo sujeto de derechos, un sujeto que no se caracteriza por lo que le hace falta con respecto al modelo, sino por ser una parte más del nuevo modelo de ciudadanía.

Una ciudadanía enclavada en la perspectiva de género nos permite concienciar a la población de que las acciones específicas y/o diversas no son «discriminaciones positivas», sino formas de construir la igualdad efectiva. El rechazo a la desigualdad social y la exclusión de género implica luchar contra la desigualdad sexual estructural que padecemos las mujeres. Desde esta perspectiva, la lucha contra la discriminación no es algo puntual e individual, sino una estrategia para hacer visible la presencia de vectores de dominación sexual.

c) De la ciudadanía a la «ciudadanía»: una ciudadanía en clave de género:

El acceso a los derechos desde la experiencia de las mujeres significa incluir sus necesidades en los derechos. Reconfigurar los derechos para incluir la vida de las mujeres implica incorporar la ciudadanía, la red de relaciones, los valores y las capacidades desarrolladas por ellas. De este modo, espacios y relaciones pensados como relacio-

nes o espacios no políticos, donde no llega la ciudadanía, pasan desde el concepto de «ciudadanía» a ser espacios y relaciones políticas.

El concepto de «ciudadanía» se vincula con una ciudadanía en clave de género, que va más allá de incluir a las mujeres en el marco de derechos existentes o añadir algunos derechos sexuados. Se trata de transformar las relaciones sociales entre mujeres y hombres y, redefinir el contenido de los derechos, posibilitando la participación real de las mujeres y haciendo presentes sus necesidades y deseos. La construcción de un nuevo modelo de ciudadanía no supone desarrollar medidas de tratamiento privilegiado, o considerarlas, en sentido contrario, como víctimas, sino que implica reconocer los derechos históricamente negados al colectivo de mujeres. La reconfiguración de la ciudadanía no es un mecanismo para definir nuevos mecanismo de privilegio, sino para destruirlos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRÉRE, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, IVAP, Cuadernos Cívitas, 1997.
- «Ciudadanía europea e igualdad de género», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 66, 2003, pp. 47-66.
- BODELÓN, Encarna, «Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, pp. 237-263, 2001.
- BODELÓN, Encarna i Giménez, Pilar, *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 2007a.
- BODELÓN, Encarna, «Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder», en RUBIO, Ana y HERRERA, Joaquim, *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2007b.
- «Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», en: NICOLÁS, Gemma y BODELÓN, Encarna, *Género y Dominación*. Barcelona, Anthropos, 2009.
- DELPHY, Christine, *Classer, Dominer. Qui sont les «autres»?* , París, La fabrique éditions, 2008.
- IZQUIERDO BENITO, María Jesús, «Feminismes i polítiques de gènere», a BODELÓN, Encarna i GIMÉNEZ, Pilar (coords.), *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, pp. 65-74, Barcelona, Diputació de Barcelona, 2006.
- FACIO, Alda, FRIES, Lorena (ed), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio, «El principio de igualdad de género en la Unión Europea», en FIGUERUELO, Ángela; IBÁÑEZ, María Luisa; MERINO, Rosa, *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Granada, Comares, 2007, pp. 143-191.
- FRASER, Nancy, *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- LISTER, Ruth, *Citizenship: Feminist Perspectives*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2003.

- LOMBARDO, Emmanuela, «Integrating or setting the agenda? Gender mainstreaming in the European constitution-making process», *Social Politics*, 12(3): 412-32, 2005.
- MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, Colección Feminismos, 1989.
- MESTRE, Ruth, *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*, València, PUV, 2006.
- MONTOYA, Alfredo; SÁCHEZ-URÁN, Yolanda, *Igualdad de Mujeres y Hombres*, Madrid, Thomson/Civitas, 2007.
- MOUFFE, Chantal, *El retorno de lo político: Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1993.
- NOUSIANINEN, Kevät; GURNANANSSON, Asa (ed.), *Responsible Selves. Women in the nordic legal culture*, Aldershot, Ashgate Publishing Ltd, 2001.
- REES, Teresa, «The Politics of Mainstreaming Gender Equality» en BREITENBACH, Esther; BROWN, Alice (ed.), *The Changing Politics of Gender equality in Britain*, New York, Palgrave MacMillan, 2002.
- RUBIO, Ana, *Feminismo y Ciudadanía*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1997.
- SAINSBURY, Diana (ed.), *GENDER, Equality and Welfare States*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- SASSEN, Saskia, *Contrageografías de la globalización: Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.
- SQUIRES, Judith, «Is Mainstreaming Transformative? Theorising Mainstreaming in the Context of Diversity and Deliberation», *Social Politics* 12(3), 2005, pp. 366-388.
- *The new politics of gender equality*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2007.
- SVENSSON, Eva-María, «Sex equality», en NOUSIANINEN; Kevät, GURNANANSSON, Asa (ed) *Responsible Selves. Women in the nordic legal culture*, Aldershot, Ashgate Publishing Ltd, 2001, pp. 71-104.
- VERLOO, Mieke, «Una atenta mirada a les desigualtats múltiples, a les seves interseccions i a com es tracten a Europa», en BODELÓN, Encarna; GIMÉNEZ, Pilar (ed.), *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Barcelona, Diputació de Barcelona, Sèrie Igualtat i ciutadania, 2008, pp. 17, 37.
- VILLOTA, Paloma (ed.), *Las mujeres y la ciudadanía en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Editorial Complutense, 1998.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, 2000, Cátedra, Col. Feminismos.

Fecha de recepció: 27/05/2009. Fecha de aceptació: 15/11/2009.

Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)

RESUMEN

El trabajo analiza los principales argumentos a favor y en contra de la asignatura de «Educación para la ciudadanía». A partir de la distinción entre el principio de neutralidad estatal y el derecho a la objeción de conciencia, el artículo desarrolla sucesivamente uno y otro tema, haciendo especial hincapié en la discusión de las tachas constitucionales aducidas por los votos particulares de las sentencias del Tribunal Supremo que por el momento han zanjado el debate jurídico sobre la asignatura. El escrito argumenta que la «Educación para la ciudadanía», tal y como la regulan la ley y los decretos estatales, ni viola la neutralidad estatal bien entendida ni da lugar a un derecho a la objeción de los padres.

Palabras clave: «Educación para la ciudadanía», neutralidad estatal liberal, republicanismo, ultraliberalismo, educación en valores, relativismo ético, objeción de conciencia.

ABSTRACT

This work analyses the main arguments for and against «Citizen Education» as an academic subject. Starting from the distinction between the principle of State neutrality and the right to conscientious objection, the article successively develops the themes. Special emphasis is placed on the discussion of constitutional flaws alleged by dissenting opinions in Supreme Court

rulings that have, for the time being, settled the legal debate on the subject. The text argues that «Citizen Education», as regulated by law and State decrees, neither violates State neutrality as properly understood nor gives rise to a parent's right to objection.

Key words: *«Citizen Education», liberal state neutrality, republicanism, ultra-liberalism, values education, ethical relativism, conscientious objection.*

SUMARIO: ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS.—LA NEUTRALIDAD, ENTRE REPUBLICANISMO Y ULTRALIBERALISMO.—LAS OPINIONES DISIDENTES: EDUCACIÓN EN VALORES Y ACTITUDES.—LAS OBJECIONES DE CONTENIDO: IDEOLOGÍA DE GÉNERO, RELATIVISMO Y POSITIVISMO.—UNA OBJECCIÓN ORIGINAL: EL ARTÍCULO 16.2 DE LA CONSTITUCIÓN.—LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: DESDE EL DERECHO GENERAL HASTA EL ÁMBITO EDUCATIVO.—UNA BREVE CONCLUSIÓN.

ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS

El debate sobre la enseñanza escolar de la «Educación para la ciudadanía»¹ entronca con problemas filosófico-jurídicos complejos y profundos. Este escrito tiene el objetivo principal de adoptar una posición razonada sobre el debatido contraste entre la mencionada enseñanza y el principio de neutralidad estatal², pero, a la vez, también se propone distinguir entre ese principio y el derecho a la objeción de conciencia, cuya aplicabilidad a la Educación para la ciudadanía se discute en el penúltimo apartado. Los filósofos del Derecho podemos contribuir así a un rico y largo debate que no ha terminado en absoluto con las recientes sentencias del Tribunal Supremo, ya que seguramente continuará tras las probables decisiones del Tribunal

¹ Aunque la materia tiene varias denominaciones reglamentarias según los cursos («Educación para la ciudadanía y los derechos humanos», «Educación ético-cívica» y «Filosofía y Ciudadanía»), aquí adopto siempre la denominación del título, por la que es generalmente conocida.

² Sobre el tema hay ya una literatura considerable. Limitándome a la jurídica y filosófico-política y en la seguridad de que mi enumeración no es exhaustiva, véanse ALÁEZ 2009, ARTETA 2008; CASTRO JOVER 2008; DE LORA 2009; EMBID 2008; EMBID 2009; FERNÁNDEZ-MIRANDA 2007; GARCÍA FIGUEROA 2007; GARCÍA GUTIÁN 2008; GARCIMARTÍN 2007; GÓMEZ SÁNCHEZ 2008; LLAMAZARES 2008; LÓPEZ CASTILLO 2007; LÓPEZ-SIDRO 2008; MARTÍ SÁNCHEZ 2007b; MARTÍN CORTÉS 2006; MORENO ANTÓN 2008; MORENO MOZOS 2008; PALOMINO 2008; PECES-BARBA 2007; PRIETO 2007a; RIVERA 2007; ROCA 2008c; ROUCO VARELA 2007; RUANO 2008; RUANO 2009; RUIZ MIGUEL 2007; Y SOLOZÁBAL 2007 (dicho sea entre paréntesis, el citado escrito del obispo ROUCO VARELA es un buen resumen de los distintos documentos episcopales de la Iglesia católica española, cuyos argumentos pueden verse por extenso en LLAMAZARES 2008, cap. I.1).

Constitucional y, después, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³. Sin sujetarme a un análisis pormenorizado de unas y otras argumentaciones, trataré de contribuir al diálogo que la filosofía del Derecho, según la concibo, debe mantener con la interpretación jurídica sobre principios y derechos básicos en los diversos puntos y planos en que una y otra se entrecruzan.

Los dos grandes temas jurídicos que la Educación para la ciudadanía plantea son, primero, el de si y hasta qué punto el principio de neutralidad estatal legitima constitucionalmente la imposición de materias educativas de cierto alcance moral e ideológico y, segundo, suponiendo que la anterior pregunta reciba una respuesta positiva, si las personas discrepantes con dichas materias tienen un derecho jurídicamente reconocido a que ellas o sus hijos sean eximidos del deber general de cursarlas. Una y otra son cuestiones distintas y secuencialmente escalonadas, pues, con independencia de ciertas ambigüedades que asedian al concepto de objeción de conciencia, hay un claro criterio divisorio para distinguir entre ambas. Si nos situamos en el marco de una decisión judicial, mientras el argumento de la neutralidad supone que, como juicio propio y directo, el juez adopta una posición sobre la justificación o no justificación de la obligatoriedad general de la asignatura en razón de las competencias del Estado y de sus límites, el argumento de la objeción de conciencia presupone que, si bien el juez acepta que el Estado está legitimado para imponer la asignatura, a la vez considera que el ordenamiento jurídico contiene una regla que permite deferir a los afectados el juicio sobre si obedecen o no en concreto la obligación general establecida.

Así pues, en la medida en que la cuestión del reconocimiento jurídico o no de la objeción de conciencia sólo se puede plantear bajo el presupuesto de que se reconozca la validez de un deber jurídico general, aquí dedicaré el grueso de la argumentación a la primera cuestión dejando para el final, a modo de coda, una más sintética discusión a propósito de la segunda. Anticipo que ninguno de los dos tipos de argumentos contra la obligatoriedad de la Educación para la ciudadanía me parecen de suficiente peso y consideración como para impugnar su diseño legal y reglamentario.

³ No me ocuparé aquí de la jurisprudencia de este tribunal relacionada con la materia (especialmente los casos *Folguero c. Noruega* y *Zengin c. Turquía*), a la que se refieren las sentencias del Tribunal Supremo que luego se comentarán y sobre la que en España hay ya varios estudios que la relacionan con la Educación para la ciudadanía con criterios no coincidentes: cf. EMBID 2008, ap. IV; JUSDADO Y CAÑAMARES 2007; MARTÍNEZ-TORRÓN 2007; y LLAMAZARES 2008, pp. 167-172; sobre jurisprudencia europea anterior relativamente relacionada, en materia de educación sexual, como el caso *Jiménez Alonso c. España*, *vid. Vega* 2008, pp. 379-380.

LA NEUTRALIDAD, ENTRE REPUBLICANISMO Y ULTRALIBERALISMO

En una ocasión anterior en que me ocupé de la enseñanza de la Educación para la ciudadanía utilicé la ya clásica clasificación de Hirschman de los argumentos antirreformistas de perversidad, futilidad y riesgo⁴. Los dos primeros sugieren que los objetivos conseguidos por la materia son opuestos a los pretendidos (perversidad porque el tiro saldrá por la culata) o, en todo caso, que las pretensiones que animan su implantación no se alcanzarán (futilidad porque todo quedará en agua de borrajas). Poco importa que ambos argumentos sean incompatibles, o sólo muy limitadamente compatibles, con el tercer argumento, basado en el riesgo de adoctrinamiento ideológico de la asignatura. No sería la primera vez que los poderes públicos se proponen hacer algo inaceptable pero sin conseguir ser eficaces en su propósito. Sea como sea, aquí sólo me ocuparé de desarrollar la discusión sobre la tercera cuestión, de si la Educación para la ciudadanía compromete el principio de neutralidad del Estado, que resulta ser un punto de encuentro de algunos argumentos filosófico-políticos y jurídico-constitucionales que propongo comenzar por ordenar en tres posiciones diferentes.

En un extremo se encontraría la posición que puede denominarse republicana, para la que la Educación para la Ciudadanía debería comprometerse no sólo con los fundamentos básicos del sistema democrático sino también con alguna particular visión de tal sistema, sea patriótica, pro-socialista, pro-neoliberal o pro-conservadora, según el modelo ideológico que se prefiera. En el otro extremo estaría la posición diafórica o descriptiva, a primera vista eminentemente liberal e incluso ultraliberal pero a fin de cuentas comunitarista, que para salvaguardar los derechos de las familias admite todo lo más una materia de estudio de las instituciones y regulaciones jurídicas básicas del sistema democrático limitada a informar de ellas sin entrar a juzgarlas ni pretender favorecerlas. Entre las dos anteriores –y es fácil adivinar que en este punto medio encuentro yo la virtud– puede situarse una posición que propongo denominar liberal sin más y que, distinguiendo entre el ámbito de la moral privada y la moral pública, o entre concepciones del bien y concepciones de lo justo, defiende que es legítima y puede ser saludable una Educación para la ciudadanía que pretenda formar cívicamente en los principios básicos del sistema democrático-liberal, que combinan de distintos modos la idea de tolerancia ante el pluralismo ideológico y político con la de firmeza ante los derechos humanos básicos y los procedimientos democráticos de deliberación y decisión colectiva.

⁴ Cf. RUIZ MIGUEL 2007.

He dicho que en este punto medio encuentro la virtud porque permite evitar los riesgos particularistas de las dos opciones extremas: de la primera, cuyo ejemplo clásico es el republicanismo jacobino y su instauración de una religión civil, caracterizada por su compromiso limitado a una u otra doctrina política concreta; y de la tercera, cuyo aparente ultraliberalismo conduce en el límite al *homeschooling* y en todo caso a ceder por completo la educación infantil y juvenil a la familia o, derivadamente, a la comunidad religiosa, favoreciendo una especie de multiculturalismo de comunidades diferenciadas⁵.

A mi modo de ver, una posición intermedia como la anterior es coherente con la neutralidad liberal y no puede considerarse perfeccionista, puesto que su pretensión fundamental es difundir y alentar las reglas y conductas propias de la esfera de lo correcto, esto es, de ese ámbito del consenso por superposición relativo a la convivencia entre personas con distintas concepciones. Más allá de las distintas fundamentaciones parciales que esa esfera común pueda recibir según distintas concepciones del bien, la tesis presupuesta postula que existe un núcleo de fundamentación y de acuerdo común, los elementos esenciales del sistema democrático en un marco pluralista, que resulta perfectamente legítimo que el Estado defienda ante posibles desafíos e incluso fomente en el área de la educación de los jóvenes⁶.

Ciertamente, no existe una varita mágica que divida la esfera de lo bueno y la de lo justo de manera perfecta, indiscutible y universal. En el ámbito público hay inevitables interacciones entre la esfera de lo bueno y la de lo justo cuya delimitación no puede hacerse más que a través del propio procedimiento democrático, y siempre de manera aproximada y seguramente imperfecta. Pero es precisamente el propio procedimiento democrático, siempre alimentado de sus valores sustantivos previos, el que puede garantizar la razonabilidad y, a la vez, la revisabilidad de esas inevitables y variables delimitaciones. En todo caso, el fomento mediante la educación del respeto al procedimiento y los valores esenciales del sistema democrático, que para ser verdaderamente tal ha de ser neutral entre las distintas y particulares ideologías que caracterizan a sociedades pluralistas como la nuestra, resulta una tarea perfectamente legítima para cualquier Estado de derecho que quiera defenderse de eventuales amenazas antidemocráticas y mejorar la calidad de sus libertades.

⁵ La ordenación anterior tiene una correspondencia parcial con al menos dos de los cuatro sistemas que distingue Amy Guttmann: el «Estado familia», de tipo platónico, que sería una versión totalitaria del modelo que he denominado republicano, y el «Estado de las familias», que coincide con mi modelo comunitarista. En cuanto al «Estado de los individuos», promotor de una autonomía de tipo milliano, y al «Estado democrático de la educación», que es el sistema defendido por Guttmann bajo un modelo de democracia deliberativa, hay también una fuerte coincidencia de fondo aunque mi exposición siga un camino algo diferente (*vid.* 1999, cap. 1).

⁶ De acuerdo, Arteta 2008, pp. 48-55.

Por supuesto, las tres posiciones anteriores no dejan de ser una simplificación que intenta ordenar un continuo en el que caben diversos matices y varias posiciones intermedias. En particular, y aunque sea brevemente, es de interés comentar la peculiar posición de John Rawls, que, además de introducir como nuevo factor la cuestión de la autonomía de los jóvenes, parece situarse en un ambiguo e inestable lugar entre la posición intermedia que he denominado liberal y la más extrema que confiere derechos prioritarios a las familias o comunitarista. En efecto, en un pasaje de *Political Liberalism* específicamente dedicado a la educación infantil, Rawls revalida su distinción entre el liberalismo comprensivo a lo Kant o Mill, cada uno con su particular visión del bien que exigiría fomentar los valores de autonomía e individualidad, y el más adelgazado «liberalismo político» por él defendido, que aceptaría sólo que

«la educación de los niños incluyera cosas tales como el conocimiento de sus derechos constitucionales y civiles, de modo que, por ejemplo, lleguen a saber que existe en su sociedad la libertad de conciencia, y que la apostasía no es un delito [...]. Además, su educación debería prepararlos también para ser miembros de la sociedad plenamente cooperativos y capacitarlos para tener sus propios medios de vida; debería también estimular en ellos las virtudes políticas generándoles el deseo de honrar los términos equitativos de la cooperación social en sus relaciones con el resto de la sociedad»⁷.

En ese marco, además, Rawls concede que, aunque no sea la intención de su propuesta educativa, es legítimo que pueda tener como efecto la expansión social del liberalismo comprensivo. Con ello remacha la especial ambigüedad e inestabilidad de su posición, por si no hubiera quedado suficientemente plasmada en la oscilación del texto citado entre ofrecer exclusivamente conocimiento o información jurídico-política (que los estudiantes *sepan* que apostar no es delito) y transmitir valores y virtudes sociales esenciales (que *acepten* la idea de una justa cooperación social).

No me interesa entrar aquí en la agotadora y prácticamente ya agotada discusión sobre si el estricto liberalismo político de Rawls implica necesariamente una forma al menos limitada o parcial de liberalismo comprensivo, de modo que su resistencia a defender un modelo educativo que primara el valor de la autonomía infantil frente a la familia habría resultado a fin de cuentas formalmente incoherente y materialmente errónea⁸. Más allá de si tal o cual posición es estrictamente neutral o más bien perfeccionista, la cuestión importante y sustantiva está en proponer una posición suficientemente razonable en la sin duda compleja relación de tensión entre los derechos del joven a su autonomía, los derechos de la familia a la transmisión de valores y

⁷ Rawls, 1993, V, § 6.3, p. 199, trad. cast., pp. 233-234.

⁸ En tal sentido, cf. Callan, 1997, pp. 13-50.

los derechos (o, si se quiere, el papel) de una organización política bien constituida en la defensa y promoción del respeto al sistema de derechos y libertades. Los tres elementos en tensión aparecen expresamente, aun sin una solución claramente definida, en dos números del artículo 27 de nuestra Constitución⁹:

«2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»

En la tríada anterior, es bien claro que los derechos y libertades fundamentales cuyo respeto ha de fomentar el Estado mediante la educación enmarcan el perímetro dentro del cual puede justificarse tanto el fomento de la autonomía de los jóvenes como el derecho de los padres a transmitir sus valores morales y religiosos. Dejando por el momento a un lado la cuestión de delimitar el alcance de tales derechos y libertades, quiero detenerme por ahora en el problema del equilibrio entre los otros dos otros elementos de la tríada, compuestos por dos específicos derechos en tensión: el derecho a la autonomía o «pleno desarrollo de la personalidad humana» de los jóvenes y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos, especialmente en el ámbito moral y religioso. Como uno y otro se oponen al modo de un juego de suma cero, lo único indiscutible es que ninguno de los dos derechos puede considerarse absoluto, ni la autonomía personal de los jóvenes como objetivo del sistema educativo ni el derecho de los padres a decidir en toda la materia educativa¹⁰.

La solución al problema puede ilustrarse mediante una nueva distinción de tres formas y grados en la idea de autonomía, de los que comenzaré comentando los dos más extremos. En el lado más exigente, la autonomía puede ser vista, según lo propuso Stuart Mill, como el máximo desarrollo de una individualidad independiente mediante el fomento de la originalidad e incluso la excentricidad frente a las con-

⁹ Textos, por cierto, que no inventan nada, hasta el punto de que vienen a reproducir la sustancia de sendos números del artículo 26 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948: «2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales [...]. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» (véase también el art. 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el art. 29.1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989).

¹⁰ Para resolver la tensión entre ambos derechos me temo que no se gana nada con esgrimir el brocardo *in dubio pro libertate* (Vega, 2008, p. 383, que lo hace en concreto para apoyar la previsión reglamentaria de una cláusula de conciencia que convierta la Educación para la ciudadanía en materia de libre elección): ¿se trata de la libertad de los padres para elegir por sus hijos o de la libertad de los hijos para formar autónomamente su personalidad?

venciones sociales, o también como el riguroso sometimiento de todo criterio moral al propio juicio bajo el criterio kantiano de universalización, o, en fin, como el éxito en el autogobierno y la autorrealización de las mejores potencialidades de cada uno. En el lado opuesto, menos exigente, la idea de autonomía puede resultar trivializada hasta comprender cualquier conjunto de decisiones discretas que el individuo va adoptando por sí solo aun sin una particular reflexión o criterio razonado, incluyendo la aceptación acrítica de las pautas y tradiciones de la propia familia o comunidad, en el límite aunque tal aceptación sea el resultado de un proceso eminentemente coactivo.

Basta el enunciado de los dos extremos anteriores para caer en la cuenta de que si la posición más exigente choca frontalmente con el derecho de los padres a intervenir en la formación religiosa y moral de sus hijos, derecho al que tiende a disolver en la nada, en cambio, la posición trivializadora disuelve en la nada la idea de autonomía del menor al permitir una expansión ilimitada del derecho de los padres a transmitir sus propias pautas y valores. El punto medio entre ambos extremos, a mi modo de ver, no se halla en un sistema educativo que, como propone Rawls, se limite a informar de los derechos básicos y a capacitar para ganarse la vida y para vivir cooperativamente en sociedad. El sistema educativo debe además fomentar en los jóvenes el cultivo de una autonomía mínima o básica, que les permita considerar crítica y razonadamente sus propios criterios, sean o no los de su ámbito familiar, en el marco del pluralismo ético, político y social¹¹, a la vez que debe alentar también su plena libertad para, una vez examinadas, bien reafirmarse en sus posiciones originarias bien asumir otras nuevas. Esa autonomía básica puede definirse también en negativo, como superación del «servilismo ético»¹² o de la «clonación ideológica» familiar¹³, es decir, de una falsa «autonomía» trivializada y acrítica, pero sin pretender fomentar ningún ideal fuerte o exigente de autonomía individual. Para mantenerse en ese punto medio parece necesario y suficiente suministrar al joven elementos informativos y

¹¹ Martha Nussbaum lo expresa de esta irreprochable manera: «La indagación ética requiere un clima en el que los jóvenes sean alentados a ser críticos de sus costumbres y convenciones; y esa búsqueda crítica, a su vez, requiere la conciencia de que la vida contiene otras posibilidades» (1997, p. 54, trad. cast., p. 84).

¹² Cf. Callan, 1997, pp. 149-158, que fundamenta ese límite en la propia concepción de Rawls sobre la aceptabilidad del pluralismo razonable de acuerdo con el argumento de las «cargas del juicio» (*burdens of judgment*), es decir, del reconocimiento de las limitaciones humanas en el razonamiento moral, especialmente ante casos límite y difíciles, y de la existencia de hecho de valores plurales con distintas ordenaciones individuales. La principal insistencia de Callan es que la libertad y la igualdad políticas garantizadas por el sistema democrático exigen que la sociedad, a través de la escuela, vaya más allá de la propuesta educativa del propio Rawls y fomente la autonomía de los jóvenes precisamente formándoles en el respeto al pluralismo social, lo que no debe dirigirse ni conducir al escepticismo sino sólo a combatir el dogmatismo ético (cf. *ib.*, pp. 24-50).

¹³ La expresión es de Llamazares, 2008, p. 151.

formativos que, siempre dentro del respeto a los principios democráticos y los derechos básicos, le permitan contrastar con argumentos sus propios criterios ético-políticos.

Pues bien, creo que la posición jurídica que puede derivarse tanto de nuestra jurisprudencia constitucional en materias conexas como de las recientes sentencias del Tribunal Supremo que han decidido sobre la polémica asignatura apuntan en una dirección convergente con la anterior¹⁴.

En la jurisprudencia constitucional me parece relevante, por un lado, el límite externo que estableció la STC 5/1981 al afirmar que en nuestro sistema constitucional «todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales», estando prohibida a los docentes en los centros públicos «toda forma de adoctrinamiento ideológico» (FJ 9); y, por otro lado, a pesar de su negación formal de que nuestro sistema sea de «democracia militante» en el sentido de que imponga una «adhesión positiva», no deja cualificar esa negación la aceptación por el TC como constitucionalmente lícita de la exigencia de formalización del acatamiento a las propias reglas básicas del juego constitucional, incluso en relación con figuras tan sensibles como los partidos políticos o los parlamentarios, respecto de quienes ha aceptado la constitucionalidad de la imposición legal de un juramento o promesa (SSTC 122/1983, 101/1983, 8/1985, 119/1990, 74/1991, 48/2003). Entre ambos límites, aunque el TC no se haya pronunciado expresamente sobre ello, parece perfectamente razonable afirmar que, conforme al mandato del artículo 27.2 de la Constitución de dirigir la educación hacia «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», nuestro modelo constitucional sí es de democracia militante en materia educativa¹⁵.

Por su parte, en directa relación con la enseñanza de la Educación para la ciudadanía, cuatro sentencias de febrero de 2009 dictadas por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

¹⁴ En contra, afirmando que la nueva materia se inspira en el republicanismo antes aludido, se habfan pronunciado al menos Martí Sánchez, 2007b, p. 229; Rouco Varela, 2007, esp. apartado III; Moreno Mozos, 2008, pp. 446-448; Palomino, 2008, pp. 357-359. En cambio, con argumentos coincidentes o convergentes con el Tribunal Supremo, cf. Aláez, 2009; Embid 2008, esp. aps. IV-VI; Embid, 2009; Gómez Sánchez, 2008; Peces-Barba, 2007.

¹⁵ Coincido así con el planteamiento de Alfonso Fernández-Miranda, que considera que «en materia educativa la Constitución ha querido ser ya no implícita sino explícitamente militante» (2007, p. 151) y se pronuncia en favor de una asignatura formativa en valores no meramente procedimentales pero a la vez limitadamente densos: «hay contenidos inexcusables como la proscripción del racismo, del machismo, de la xenofobia o de la homofobia, etc., pero habrá otros que no pasarán de ser opciones políticas. [...] la Constitución ni exige ni impone la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales, ni exige ni impone la apertura de la institución de la adopción a las mismas parejas» (pp. 150 y 153).

Tribunal Supremo han admitido su compatibilidad con la neutralidad ideológica de los poderes públicos. Dicho sea entre paréntesis, es de alabar la buena calidad técnica y argumentativa de tales sentencias, en las que se entrecruzan dos ponencias diferentes y hasta cinco votos particulares, uno concurrente y cuatro discrepantes¹⁶. En cuanto al contenido, una sustancial mayoría del tribunal ha considerado que la asignatura, en su planteamiento y desarrollo normativo general, fomenta la adhesión a los valores y derechos básicos y comunes que subyacen al sistema democrático sin incurrir en adoctrinamiento sobre materias y valores específicos que estarían fuera de esa esfera común en cuanto manifestación del pluralismo ideológico. Desde un punto de vista jurídico-constitucional, ha de anotarse además que estas sentencias enmarcan la legitimidad de la nueva asignatura en una interpretación del derecho que el citado artículo 27.3 de la Constitución reconoce «a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» como un derecho no absoluto. Tal derecho, según el TS, resultaría limitado ante todo por la noción de orden público mencionada en el artículo 16.1 como linde de la libertad ideológica y religiosa (una noción que incorpora la garantía de los derechos de terceros que merecen protección) y, además, por la finalidad atribuida a la educación por el también citado artículo 27.2 de dirigirse al «pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», que el Estado debe garantizar dentro de las competencias de programación de la enseñanza que le atribuye el artículo 27.5 de la Constitución¹⁷.

¹⁶ Las cuatro sentencias, de fecha 11 de febrero de 2009, resuelven dos tipos de recursos distintos –la primera sobre una sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y las otras tres sobre sendas sentencias similares del Tribunal Superior de Justicia de Asturias– con algunas variaciones entre las dos fundamentaciones jurídicas entre la primera, con ponencia de Luis-María Díez Picazo, y las otras tres, básicamente idénticas, con tres ponentes formalmente distintos: Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Ramón Trillo Torres y Nicolás Maurandi Guillén (respectivamente, recursos 905/2008, 948/2008, 949/2008 y 1013/2008); en adelante, se citarán como STS-Andalucía y SSTS-Asturias. Por su parte, de los veintinueve componentes del pleno, siete firmaron cuatro votos particulares discrepantes (algunos de ellos con variantes según las distintas sentencias) y tres el único voto concurrente. Las sentencias pueden verse, al menos a fecha de hoy, 11 de marzo de 2009, en la siguiente dirección: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/desmonta/oposicion/Ciudadania/pide/vigilar/adoctrina/textos/elpepusoc/20090217elpepusoc_8/Tes.

Coincide con mi criterio sobre la buena calidad de las sentencias Embid 2009, p. 42.

¹⁷ Cf. el FD 6.º de las cuatro sentencias citadas en la nota 18, así como el 9.º de la STS-Andalucía y el 8.º de las tres SSTS-Asturias, que son prácticamente idénticos.

LAS OPINIONES DISIDENTES: EDUCACIÓN EN VALORES Y ACTITUDES

Con mucho mayor detalle que la escueta síntesis anterior, se han publicado ya dos competentes análisis de los principales argumentos de las sentencias del TS, ambos sustancialmente conformes con ellos, uno de Antonio Embid Irujo y otro de Benito Aláez Corral¹⁸. Para no insistir con un nuevo resumen detallado, una buena forma de contrastar el valor y calidad de la argumentación de la mayoría del TS es revisar los principales argumentos de fondo que se desarrollan en los votos particulares. Aun con distintas insistencias, estas opiniones disidentes niegan que la regulación de la Educación para la ciudadanía sea neutral, acogiendo una u otra de las tres principales alegaciones de los recurrentes: que la normativa impugnada alentaría la ideología de género, el relativismo valorativo y el positivismo ideológico, suscribiendo así posiciones en materia moral que deben ser patrimonio de la libre opción de los padres y ajenas a la intervención del Estado. Pero detrás de esos reproches específicos hay una objeción previa y más general que conviene analizar antes: que la neutralidad a que está obligado el Estado liberal le impide imponer educación alguna en valores y actitudes.

En efecto, un reproche común a la mayoría de los votos disidentes es el argumento de que la Educación para la ciudadanía no sólo pretende transmitir información sino también promover adhesión moral y evaluar actitudes, lo que comportaría necesariamente adoctrinamiento y sobrepasaría por tanto los límites de la actuación neutral del Estado¹⁹. Obsérvese que en esta tesis es el mero hecho de transmitir —o incluso sólo el intentar transmitir— actitudes y valores lo que se condena, no el modo insistente y obstinado de hacerlo, que ambas cosas parecen necesarias en la acepción tradicional, eminentemente peyorativa, del término «adoctrinar»²⁰. Sea como sea, el reproche de fondo

¹⁸ *Vid.* Aláez 2009 y Embid 2009.

¹⁹ Así, varios votos particulares denuncian como contrarios a la neutralidad estatal que los decretos que regulan la materia tengan la pretensión de «promover la adhesión vivencial con lo enseñado» (Peces Morate, apartado 7.º de su voto particular a las SSTS-Asturias) y de obtener «asentimiento o adhesión moral» al contenido de los principios democráticos y de los derechos y libertades fundamentales (Campos Sánchez-Bordona, apartado 2.º de su voto particular a la STS-Andalucía), o, en fin, que prevean «criterios de evaluación [...] que] juzgan la actitud y no la aptitud» (González Rivas, introducción a su voto en las cuatro sentencias; cf. también los aps. IX-X de su voto a la STS-Andalucía y los aps. VII-VIII de las SSTS-Asturias).

²⁰ Según veo en la página correspondiente de Internet, la Real Academia Española ha enmendado la definición de «Adoctrinar» en el avance de la vigésima tercera edición de su Diccionario, que ahora dice: «Inculcar a alguien determinadas ideas o creencias», excluyendo la ambigüedad en cuanto a los modos y a la carga peyorativa de la palabra que parecía mantener la definición anterior: «Instruir a alguien en el conocimiento o enseñanzas de una doctrina, inculcarle determinadas ideas o creencias».

de estos votos disidentes es que en materia educativa el Estado debe limitarse a «instruir» o transmitir conocimientos estrictamente objetivos y no a formar en actitudes y valores²¹.

Por recordar la formulación más contundente del argumento, uno de los magistrados disidentes, Peces Morate, llega a escribir que:

«la coactividad sólo es legítima para imponer el cumplimiento de las leyes pero no para acomodar las conciencias a una determinada forma de pensar y sentir por muy común que sea»²².

Sin embargo, aparte de la solapada e indebida connotación de la frase de que en la Educación para la Ciudadanía, a diferencia de la lengua o las matemáticas, se habría autorizado algo semejante al principio de que «la letra con sangre entra», lo que el magistrado está negando es que pueda ser labor legítima de la escuela tratar de infundir hábitos de estudio o actitudes y valores de respeto a uno mismo y

Es en el nuevo sentido no peyorativo en el que Benito Aláez Corral, con buenas razones, defiende abiertamente la constitucionalidad del «adoctrinamiento democrático pluralista», en cuanto «inculcación a través de la educación de los valores y principios democráticos» (2009, p. 30).

²¹ De tal modo, en este específico punto, algunos votos disidentes del TS van bastante más lejos que el obispo Rouco Varela. Para este último, «nadie dudaría de la legitimidad» del Estado «para obligar a los ciudadanos, desde los primeros pasos de su itinerario formativo, a que conocieran, aprendieran y supieran valorar la estructura jurídica-política de la sociedad y comunidad política concreta a la que pertenecen –sean cual sean los lazos históricos que los unen a ella–, poniendo incluso un énfasis formativo especial en el conocimiento y dominio del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, como sería en el caso de España, de los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias» (2007, ap. III; las cursivas son mías). La insistencia de Rouco Varela está en que tanto la Ley Orgánica de Educación como sobre todo los Decretos que la desarrollan introducen a través de la Educación para la ciudadanía contenidos formativos que van más allá de ese marco básico, hasta propugnar «una concepción ideológica del Estado –en nuestro caso, laicista-radical–», precisa el jerarca católico, que pretende pasar a una indebida «formación doctrinal sobre el hombre y a los principios y normas ético-morales que han de presidir y regir su conducta y «su sitio en la vida»» (ídem). Con ello, la discusión se establece en el plano de si la regulación de la materia, por sus contenidos concretos, viola el deber de neutralidad del Estado, que coincide con una de las líneas argumentativas de los votos particulares de las sentencias del TS, sobre lo que se hablará aquí más adelante. Sin embargo, en el texto se quiere discutir ahora la otra línea de algunos votos particulares, que se encuentra en un plano diferente, que no impugna los contenidos de la materia sino el supuesto previo de que el Estado pueda pretender la «formación» en cualesquiera valores político-morales a través del sistema educativo.

²² Ap. 5.º del voto particular de Peces Morate (al que se adhieren De Oro-Pulido Lópe y Yagüe Gil) a las SSTS-Asturias.

La misma argumentación que sigue en el texto vale para la afirmación del voto particular de González Rivas de que la imposición de actitudes implicada en la educación de la autonomía personal (desarrollar un pensamiento propio, reforzar la autoestima, la identidad y la afectividad, construir la conciencia moral) implica adoctrinamiento, invade la esfera de la intimidad del sujeto e «incide» en el derecho de los padres del 27.3 (aps. VII y VIII de sus votos particulares tanto a la STS-Andalucía como a las SSTS-Asturias).

a los derechos ajenos, algo tan común y elemental en las legislaciones democráticas y en las tradiciones educativas europeas y, en general, occidentales que no se entiende bien cómo se ha podido llegar a considerar censurable. Por lo demás, la coactividad que el Estado emplea en la Educación para ciudadanía se limita a la posibilidad de negar la superación del curso y, en el límite, la obtención del título a quienes no la cursen o no la aprueben, que es el régimen ordinario para cualquier materia obligatoria²³. Si no se parte del prejuicio de que la Educación para la ciudadanía no debe ser obligatoria, el argumento de Peces Morate se vuelve tan poco persuasivo como la hipotética afirmación de que «la coactividad sólo es legítima para imponer el cumplimiento de las leyes pero no para formar al estudiante en el pensamiento lógico y matemático o en la comprensión de la ley de la gravedad». Así pues, la cuestión revierte en si el Estado está legitimado para imponer alguna formación en valores.

Tomada en su generalidad y sin más cualificaciones, la negación de que el Estado pueda imponer cualquier formación en valores exigiría dos condiciones: primera, mantener una rígida separación entre instrucción y educación, entendida la *instrucción* como mera transmisión de información y de instrumentos de conocimiento y utilidad técnica y la *educación* como formación integral no sólo para poder entender el mundo y la sociedad, sino también para el desarrollo personal de hábitos de estudio, autodisciplina, valoración del entorno natural, respeto a los demás, etc.²⁴; y, segunda condición, exigiría excluir de la enseñanza pública toda contribución a tal educación como no fuera a través de materias, programas y actividades libremente elegidas o en todo caso aceptadas por los padres. Basta, creo, enunciar las dos condiciones anteriores para caer en la cuenta de que ninguna de ellas es muy sensata por sí misma ni se puede encontrar en la tradición pedagógica occidental, incluida la española, en la que por cierto destaca una interpretación del liberalismo tan favorable al modelo formativo y de enseñanza pública como la de la Institución Libre de Enseñanza.

Además, si se repasa la legislación aprobada en materia de educación desde la Constitución de 1978 se puede observar que el anterior

²³ No obstante, la normativa educativa admite la posibilidad de que los alumnos obtengan el título de Educación Secundaria Obligatoria aun cuando cuenten con una «evaluación negativa en una o dos materias, y excepcionalmente en tres, siempre que a juicio del equipo docente hayan alcanzado las competencias básicas y los objetivos de la etapa» (art. 15.3 del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria).

Sobre la variable interpretación de esta normativa según las Comunidades Autónomas en relación con la Educación para la ciudadanía, véase J. A. AUNIÓ, «Más de un centenar de alumnos sigue boicoteando Ciudadanía», *El País*, 8 de junio de 2009, p. 50.

²⁴ Sobre el sentido de esta clásica distinción entre instrucción y educación, remito a Savater 1997, cap. 2. Aplicándola a la interpretación del artículo 27 de la Constitución (bajo la terminología de «enseñanza» y «educación»), véase ALÁEZ, 2009, pp. 27-28.

no es un punto en el que hayan existido discrepancias entre parlamentos conservadores y progresistas. Así, la Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Educación, aprobada en la segunda legislatura de Aznar, se refiere expresa o implícitamente a la educación como formación en actitudes o en valores más de una veintena de veces, con prescripciones de este tenor (las cursivas son mías):

Artículo 1. «Son principios de calidad del sistema educativo: [...]; b) La capacidad de *transmitir valores* que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la cohesión y mejora de las sociedades, y *la igualdad de derechos entre los sexos*, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación, así como la práctica de la solidaridad, mediante el impulso a la participación cívica de los alumnos en actividades de voluntariado; [...]; i) La capacidad de los alumnos para confiar en sus propias aptitudes y conocimientos, *desarrollando los valores y principios básicos de creatividad, iniciativa personal y espíritu emprendedor*».

Artículo 2.1.b) «Todos los alumnos tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de *formarse en los valores y principios* reconocidos en ellos y en los Tratados y Acuerdos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España».

Se trata de criterios básicamente coincidentes con los contenidos en la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (en adelante LOE), en la que el primer gobierno Zapatero introdujo la Educación para la ciudadanía, que establece principios generales y funciones de los educadores muy similares, así como objetivos de las etapas primaria, secundaria y de bachillerato que mantienen la misma idea de la trasmisión de valores y de actitudes que contribuyan a una formación integral de los estudiantes²⁵. La única diferencia entre una y otra ley está en que mientras en la última se incluye una materia específicamente dedicada a la Educación para la ciudadanía, en la primera tal tipo de formación se venía a proponer únicamente como transversal. En ese marco compartido, parece claro que la alternativa entre la transversalidad y la expresa previsión curricular²⁶ podía ser objeto de discusión a propósito de su oportunidad pedagógica pero no, en sí misma, de discrepancia ideológica, como en cambio ha venido ocurriendo durante el proceso de desarrollo de la LOE por los Reales Decretos correspondientes.

²⁵ En similar sentido, compárense también los artículos 15.1, 34.1, 56 y 79 y la disposición adicional tercera de anterior LO 10/2002, con los artículos 1.c, 17.a y b, 33.a, b, c, h y k, 91.1.e y g, 132.f y g, y la disposición adicional cuarta, n. 2, de la LOE.

²⁶ Hago observar que la alternativa es excluyente porque el establecimiento de una asignatura específica no tiene por qué sustituir a la adecuada transmisión transversal de valores, que también se debe seguir produciendo por aspectos como el buen ambiente en el colegio, el ejemplo de los profesores, la contención de los comportamientos incíviles y el fomento de los cívicos o, en fin, la atención a los valores cívicos en los contenidos de otras muchas materias del currículum.

En todo caso, los argumentos alegados en los votos particulares sobre el adoctrinamiento de la Educación para la ciudadanía se aplicarían perfectamente tanto a la LOCE como a la LOE, es decir, tanto a una materia específica como a una transversal y, en general, a cualquier modelo educativo que pretenda transmitir actitudes y valores, y no sólo en materias estrictamente morales o ideológicas (sin contar, naturalmente, con que si, quiera o no quiera, la escuela, como, entre tantos otros, la familia, los amigos, los telediarios, los dibujos animados y la publicidad, transmite y no puede dejar de transmitir valores y actitudes no dejará de ser sensato que haga expresos mediante una enseñanza formalizada los valores proclamados por el sistema democrático).

Ante ello, no me parece que existan más que dos posibilidades para admitir que la formación en valores y actitudes de la materia Educación para la ciudadanía viola algún precepto constitucional relativo a la neutralidad del Estado: o bien los decretos que han desarrollado la ley han ido más allá de lo establecido en ella o, si no lo han hecho, es la propia LOE la que incurre directamente en inconstitucionalidad, como, por cierto, lo habría hecho también la LOCE del gobierno Aznar, aunque nadie, que yo sepa, lo advirtiera en ningún momento. La segunda hipótesis parece excluida, al menos implícitamente, por el hecho de que ninguno de los jueces de las sucesivas instancias que han decidido sobre los recursos contra la asignatura, incluidos los magistrados disidentes del Tribunal Supremo, hayan propuesto plantear una cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos correspondientes de la LOE, como deberían haber hecho si hubieran tenido alguna duda de que el vicio estaba en ella y no sólo en los decretos que la desarrollan. Queda por analizar, así pues, la primera hipótesis, que los decretos hayan ido más allá de lo permitido por la ley mediante contenidos que, por añadidura, violarían la neutralidad constitucionalmente exigible al Estado en materia educativa.

LAS OBJECIONES DE CONTENIDO: IDEOLOGÍA DE GÉNERO, RELATIVISMO Y POSITIVISMO

Hay tres temas específicos en los que se viene insistiendo como injustificados ética y jurídicamente desde que comenzó el debate público sobre la introducción de la Educación para la ciudadanía: los contenidos dirigidos a inculcar la ideología de género, el relativismo valorativo y el positivismo jurídico²⁷. Veamos con algún detalle estas objeciones en su mejor interpretación posible, especialmente tomando

²⁷ No se agotan con ellos los reproches a la asignatura, que también ha sido genéricamente acusada de haber sido concebida desde un «laicismo de cuño europeo [...] y] de acuerdo con unos patrones ideológicos que exigen dejar fuera a las instancias religiosas» (López-Sidro, 2008, p. 6).

en consideración los argumentos de los votos particulares a las sentencias del Tribunal Supremo.

No está muy claro el sentido de la objeción de que los contenidos de la Educación para la ciudadanía defienden, difunden o alientan la llamada «ideología de género», entre otras razones porque no está claro en qué consiste tal ideología. Si por tal se entiende una teoría densa que no sólo interpreta la discriminación contra las mujeres y otras minorías sexuales y los modelos de familia como construcciones sociales históricamente dadas, con especial insistencia en la categoría del patriarcado, sino que también considera la identidad y la orientación sexuales como abiertas al libre desarrollo personal²⁸, debo afirmar que en vano se buscará en los cuatro decretos estatales que desarrollan la enseñanza en cuestión apoyo alguno a semejante teorización. Tras una detenida lectura de esos prolijos decretos no he sido capaz de ver más referencias a dicha ideología de género que las alusiones a la valoración crítica de las discriminaciones, incluidas, naturalmente, las discriminaciones por razón de sexo o de orientación sexual²⁹. En par-

²⁸ Cf. en tal sentido Gamper, 2009, pp. 40-42, que, según lo interpreto, la defiende como un contenido adecuado derivado de la Educación para la ciudadanía, aunque sin aportar el más mínimo argumento textual derivado de los Decretos que han desarrollado la materia. La sobreinterpretación de Gamper se basa en el vago argumento de que tal contenido viene exigido por el libre desarrollo de la personalidad de los jóvenes en combinación con la peregrina tesis de que «los derechos» (así, en general) están en una expansión histórica sin vuelta atrás que el liberalismo debe reconocer so pena de alejarse de la democracia. Al margen de un núcleo básico en el que seguramente estamos de acuerdo (prohibición de torturas, presunción de inocencia, no discriminación, libertad de pensamiento y expresión, irretroactividad de la ley penal, participación política, etc.), el alcance y límites de los derechos no está sometido a leyes históricas, en especial porque, como lo muestra bien la historia del derecho de propiedad, algunos de ellos pueden colisionar entre sí, como los de libertad y los de igualdad, o los políticos y los civiles y sociales.

²⁹ Así, en el RD 1630/2006, sobre las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil (de 3 a 5 años), se propone «la adquisición de actitudes no discriminatorias», añadiendo que «[l]a presencia de rasgos personales diferentes, bien por razón de sexo, origen social o cultural, debe ser utilizado por el profesorado para atender la diversidad, propiciando un ambiente de relaciones presidido por el respeto y la aceptación de las diferencias» (apartado «Conocimiento de sí mismo y autonomía personal» del Anexo). En el RD 1513/2006, sobre Educación primaria (de 6 a 11 años), el área de «Competencia social y ciudadana» tiene como objetivo «la valoración de las diferencias, a la vez que el reconocimiento de la igualdad de derechos entre los diferentes colectivos, en particular, entre hombres y mujeres». El citado RD 1631/2006, sobre la Educación Secundaria Obligatoria incluye los siguientes temas: «Las relaciones humanas: relaciones entre hombres y mujeres y relaciones intergeneracionales. La familia en el marco de la Constitución española. El desarrollo de actitudes no violentas en la convivencia diaria» y «Valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios racistas, xenófobos, antisemitas, sexistas y homófobos» (contenidos de «Educación para la ciudadanía y los derechos humanos» del Anexo). Y, en fin, el RD 1467/2007, sobre el Bachillerato, establece entre los objetivos de la materia «Filosofía y ciudadanía» el siguiente: «7. Adoptar una actitud de respeto de las diferencias y crítica ante todo intento de justificación de las desigualdades sociales y ante toda discriminación, ya sea por sexo, etnia, cultura, creencias u otras características individuales y sociales».

ticular, tampoco he sido capaz de encontrar indicios de adoctrinamiento en favor de un modelo de familia no heterosexual, como no se confunde indebidamente la valoración crítica de los prejuicios homófobos a la que se refiere uno de los cuatro decretos que desarrollan la LOE con la apología del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin duda porque dichos decretos han excluido deliberadamente la inclusión de un tema tan conflictivo como el de los modelos de familia³⁰.

Más desarrollada en los votos particulares aparece la objeción que reprocha a la nueva materia aceptar o propugnar el relativismo en materia moral, que, curiosamente, aparece en dos opiniones disidentes que parten de posiciones filosóficas (y quizá también ideológicas) tan opuestas como el objetivismo moral y el relativismo ético. Así, desde una posición moralmente objetivista, los dos votos redactados por Frías Ponce sostienen que es contraria al principio de neutralidad la imposición de los valores de una moral común elegidos por el Estado porque al adoptar los derechos humanos como «un referente moral universal y común para la conducta, con menosprecio de la ética natural», se estaría imponiendo «una moral concreta, no neutra». Más aún, añade este magistrado, al tomar «como referente único los derechos humanos reconocidos por la ley positiva», la regulación reglamentaria excluye «implícitamente la fundamentación de una moral natural» e impone

«como obligatoria una moral relativista, que no todos los ciudadanos pueden compartir, y que, además, invade el terreno de la moral privada».

Aunque este magistrado, remitiéndose al artículo 27.2 y 27.5 de la Constitución, no cuestiona

«[1]a competencia del Estado en la formación de los alumnos en valores y virtudes cívicas que favorezcan la cohesión social y fomenten la participación activa y responsable de los ciudadanos»,

³⁰ En efecto, en el decreto correspondiente al segundo ciclo de Educación infantil (de 3 a 5 años) se dice: «La familia y la escuela como primeros grupos sociales de pertenencia. Toma de conciencia de la necesidad de su existencia y funcionamiento mediante ejemplos del papel que desempeñan en su [la de los niños] vida cotidiana. Valoración de las relaciones afectivas que en ellos se establecen». Por su parte, el Decreto de Educación primaria (de 6 a 11 años) menciona a la familia sólo de pasada en dos ocasiones: «Valoración de la igualdad de derechos de hombres y mujeres en la familia y en el mundo laboral y social» y «Aplicación de los valores cívicos en situaciones de convivencia y conflicto en el entorno inmediato (familia, centro escolar, amistades, localidad)...». Y, en fin, en el de Educación Secundaria Obligatoria (de 12 a 15 años) se contiene los siguientes temas: «Las relaciones humanas: relaciones entre hombres y mujeres y relaciones intergeneracionales. La familia en el marco de la Constitución española. El desarrollo de actitudes no violentas en la convivencia diaria» y «Valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios racistas, xenófobos, antisemitas, sexistas y homófobos» (cf., respectivamente, Reales Decretos 1630/2006, 1513/2006 y 1631/2006; por su parte, en el RD 1467/2007, sobre las enseñanzas mínimas del Bachillerato, en la materia «Filosofía y ciudadanía» no hay la más mínima alusión a la cuestión).

precisa enseguida que:

«más allá de los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional, la intervención en la educación de los poderes públicos es difícilmente justificable en cuanto puede afectar al ejercicio de los derechos y libertades, como la libertad de enseñanza»³¹.

Sin embargo, la argumentación de esta opinión disidente no especifica en qué y por qué los decretos que la desarrollan proponen una visión relativista y, por tanto, sobrepasan ese «sustrato moral del sistema constitucional». En realidad, los textos de los decretos –varios de los cuales Frías Ponce cita textualmente en su voto, pero sin que se destaque o se pueda apreciar su clara y directa relación con las más bien genéricas y sumarias «reflexiones personales» que pretenden justificar su crítica–, remiten la «ética cívica común» precisamente al «sustrato moral del sistema constitucional» que el magistrado dice aceptar, con especial remisión a los derechos humanos reconocidos en la Declaración y en la Constitución.

En el otro lado del espectro filosófico, ahora precisamente desde una posición de relativismo ético, se encuentra el voto redactado por Peces Morate, que parte de la afirmación del «hecho innegable» de la variedad de interpretaciones sobre los derechos humanos. Según su criterio,

«los hechos demuestran la inexistencia de unos valores éticos comunes al venir incorporados éstos en unas normas que los desarrollan de forma diversa y, en ocasiones, contrapuesta, [... de modo que] no existe una ética o moral universal, que derive como precipitado natural y lógico de las Declaraciones Universales de derechos».³²

No obstante, la conclusión de este voto es que dentro de tan variopinta maraña sí existe un derecho indisputable y jurídicamente bien establecido que debe prevalecer en el caso: el derecho de los padres a educar a sus hijos en su particular y relativa moral.

Ahora bien, el anterior argumento relativista es poco persuasivo en dos aspectos diferentes: por un lado, en el plano más general, que haya distintas interpretaciones y desarrollos normativos de unos u otros derechos según épocas y culturas no excluye la validez de un núcleo básico que pueda obrar como común denominador del conjunto de tales derechos; y, por otro lado, más en concreto, la plasmación que un determinado sistema jurídico democrático hace de los derechos básicos puede perfectamente presuponer y alentar unos valores

³¹ Las citas anteriores recogen textos de los apartados I y II del voto particular de Frías Ponce a las SSTs-Asturias y de los apartados II y IV de su voto a la STS-Andalucía.

³² Ap. 5.º del voto particular de Peces Morate a las SSTs-Asturias.

éticos comunes lo suficientemente precisos y abiertos a la vez como para garantizar la convivencia dentro del pluralismo ideológico y político. En realidad, Peces Morate termina aceptando abiertamente esta última conclusión cuando afirma que la mayoría del Tribunal

«insiste en que existen unos *valores éticos comunes*, lo que hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica, pero la cuestión está en conocer si real y verdaderamente esos valores éticos, recogidos como precipitado en las normas positivas, son aceptados y aceptables por todos y cada uno de los ciudadanos, pues bastaría con que alguno o algunos no los tuviesen por tales para que sea necesario respetar sus convicciones y permitirles que eduquen a sus hijos conforme a ellas»³³.

Sin embargo, en este texto se viene a reformular por completo el argumento inicial, que asentaba el derecho prevalente de los padres en la inexistencia de una ética común, para asentar el derecho de los padres en su posible discrepancia particular con dicha ética común, cuya existencia se reconoce abiertamente. Y de lo que trata la Educación para la ciudadanía es de promover esa ética común, especialmente frente a quienes la impugnan.

Queda sólo pendiente de comentario el reproche sobre el positivismo ideológico de los decretos estatales que regulan la Educación para la ciudadanía, que consistiría en que los valores ético-políticos objeto de enseñanza y formación no se limitarían a los derechos humanos y al núcleo básico constitucional, sino que se comprometerían con las concretas regulaciones y especificaciones legales de tales derechos. Aunque mencionado genéricamente en los votos de Frías Ponce y de Peces Morate, el único voto que argumenta con detalle y solidez esta objeción es el de Campos Sánchez-Bordona. Sin embargo, creo que su interpretación del texto reglamentario es algo forzada, por lo que su objeción no resulta concluyente.

Citando únicamente uno de los decretos de desarrollo –el 1631/2006, de enseñanzas mínimas en la Educación Secundaria Obligatoria–, y, dentro de él, un solo párrafo de su extensa regulación, Campos Sánchez-Bordona argumenta que:

«El respeto de los derechos –que, insisto, debe enseñarse y fomentarse– no equivale siempre y en todo caso, en mi opinión, al asentimiento o adhesión moral a su contenido»,

mientras que el decreto, según lo interpreta este magistrado, establece una vinculación necesaria entre el reconocimiento de un derecho legal y su aceptación moral

«cuando afirma que los derechos y obligaciones “que se derivan” de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Cons-

³³ *Idem.*

titución Española han de ser “aceptados” por los alumnos como “criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales”»;

de tal manera –concluye–, el reconocimiento legal de ciertos derechos, como la eventual «admisión de la clonación no reproductora de seres humanos en una carta de derechos», se convertiría en fuente de creencias morales indebidamente impuestas por el Estado³⁴.

Conviene tener en cuenta el tenor literal del texto en cuestión, enunciado entre los «Objetivos» de la materia para el cuarto curso de la Enseñanza Secundaria Obligatoria:

«4. Conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales.»

No negaré que la redacción de este texto podría haber sido más cuidadosa en varios aspectos, en especial evitando la expresión «que se derivan», que entendida en sentido técnico-jurídico daría una amplitud desmesurada y absurda al objetivo educativo (en rigor, obligaría a valorar positivamente cualquier derecho u obligación reconocidos no sólo en cartas de derechos internacionales o autonómicas, sino en cualquier norma jurídica derivada de la Constitución, incluidas las ordenanzas municipales, es decir, desde las obligaciones de los transportistas de pescado hasta los derechos de los usuarios de aparcamientos públicos subterráneos). Pero tal interpretación me parece inapropiada por diversas razones. Ante todo, un texto jurídico como éste, que sin duda no ha sido redactado por un Kelsen, no merece ser interpretado de manera literal, estrictamente técnico-jurídica, sino teniendo en cuenta a los profesionales de la educación a los que está destinado (y presumiblemente de quienes procede su redacción).

Junto a ello, no es sólo que una interpretación literal llevaría a consecuencias tan insensatas como las temidas por el voto particular, sino que una lectura integrada del conjunto del Decreto y en relación con la LOE indica clara y positivamente que los derechos y obligaciones a los que el texto se refiere son los que «se derivan» en el sentido de que se establecen (o se reconocen por estar establecidos) en la Declaración Universal y la Constitución³⁵. Por lo demás, esos son los dere-

³⁴ Ap. 2.º del voto particular de Campos Sánchez-Bordona a la STS-Andalucía.

³⁵ En efecto, en la larga introducción que el Anexo del Decreto 1631/2006 dedica a la «Educación para la ciudadanía», así como en el apartado sobre «Contribución de la materia a la adquisición de las competencias básicas», ninguna de las referencias directas a los derechos humanos y a los valores que los fundamentan avala, sino todo lo contrario, la interpretación literal adoptada en el voto particular de Campos Sánchez-Bordona.

chos respecto de los que, por su carácter fundamental, tiene sentido identificar «los valores que los fundamentan» y aceptar tales valores como criterios de enjuiciamiento ético: a mi modo de ver, la coma que sigue a la expresión «identificando los valores que los fundamentan» indica que, sensatamente, son tales valores y no los distintos derechos y obligaciones los que deben operar como criterios éticos; para entenderlo de la otra manera la norma debería haber utilizado la conjunción «y» en lugar de dicha coma. En esta interpretación, en fin, el peso debe estar en la adhesión moral a los valores que subyacen a los distintos derechos más que en una estricta y pormenorizada asunción y valoración positiva de los derechos mismos, cuyo respectivo alcance y límites son y pueden ser objeto de legítimas discrepancias ideológicas en las que la enseñanza de la Educación para la ciudadanía no debe tomar partido.

UNA OBJECCIÓN ORIGINAL: EL ARTÍCULO 16.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque no considerada propiamente en las sentencias del TS ni, que yo sepa, en la discusión doctrinal, una objeción de considerable peso frente a la materia alega que, con independencia de su intención formativa, sus formas de evaluación podrían violar el artículo 16.2 de la Constitución, que establece que «nadie podrá ser obligado a decla-

Aunque sea prolijo, puede valer la pena reproducir tales referencias: (a) «Esta nueva materia se propone que la juventud aprenda a convivir en una sociedad plural y globalizada en la que la ciudadanía [...] incluya como referente la universalidad de los derechos humanos que, reconociendo las diferencias, procuran la cohesión social. Para lograr estos objetivos se profundiza en los principios de ética personal y social y se incluyen, entre otros contenidos, los relativos a [...] las teorías éticas y los derechos humanos como referencia universal para la conducta humana»; (b) «También son comunes el conocimiento y la reflexión sobre los derechos humanos, desde la perspectiva de su carácter histórico, favoreciendo que el alumnado valore que no están garantizados por la existencia de una Declaración, sino que es posible su ampliación o su retroceso según el contexto»; (c) «Además del conocimiento de los principios recogidos en los textos internacionales, propone la reflexión en el sentido de dichos principios, en la identificación de situaciones de violación de los derechos humanos y en la actuación que corresponde a los tribunales ordinarios y a los Tribunales Internacionales cuando esas situaciones de violación de los derechos humanos se producen»; (d) «El estudio de los Derechos Humanos desde la perspectiva ética y moral lleva al alumnado a la comprensión de los fundamentos morales de la convivencia, identificando los distintos elementos comunes que desde las diversas teorías éticas se aportan para la construcción de una ética común, base de la convivencia en las modernas sociedades complejas»; (e) «En el bloque 3, Teorías éticas, los derechos humanos, se incluye el análisis de las grandes líneas de reflexión ética y, particularmente, el referente ético universal que representan las diferentes formulaciones de los derechos humanos»; (f) «Los valores universales y los derechos y deberes contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Constitución española constituyen el referente ético común» (cf. Decreto 1631/2006, «BOE» núm. 5, de 2007, pp. 715-718).

rar sobre su ideología, religión o creencias»³⁶. El alcance de la objeción no debe exagerarse, al menos en el sentido de que tal derecho constitucional –a semejanza del derecho a no declarar contra uno mismo del artículo 17.3– en absoluto implica para terceros un deber genérico de no preguntar sino, aparte de la obvia exclusión de cualquier forma coactiva de interrogatorio, única y estrictamente el derecho a que la negativa a declarar sobre la propia ideología, religión o creencias se pueda considerar jurídicamente indebida por el hecho de venir constreñida por cualquier sanción o consecuencia jurídicamente negativa³⁷. Pero si la objeción no puede exagerarse, tampoco debe menospreciarse, pues plantea el problema del alcance del derecho del artículo 16.2 ante las eventuales preguntas por las actitudes ideológicas, religiosas y similares que, en principio, deberían responderse como condición para aprobar una materia obligatoria como la Educación para la ciudadanía.

Hay una posible réplica a esta objeción que, aunque pueda recibir algún peso de situaciones más o menos análogas, no me resulta a fin de cuentas convincente: que el ejercicio del derecho del artículo 16.2 no operaría en el ámbito educativo por tratarse de menores de edad que, precisamente, se encuentran en su etapa de formación. Acudiendo a las analogías, es cierto que, en aras de la formación de los menores, consideramos justificable la imposición de obligaciones y castigos informales que nos parecerían infamantes o, al menos, claramente inapropiados como medio de disciplinar el comportamiento de personas adultas (algunos ejercicios de educación física, reprimendas verbales, castigos del tipo «escribir cien veces...» o «en silencio contra la pared», etc.). Sin embargo, la clara dicción del artículo 16.2 y el sentido más inmediato del derecho a no declarar sobre las propias creencias, que pretende garantizar específicamente ese espacio a las perso-

³⁶ Esta aguda y original objeción fue planteada por el profesor Lorenzo Peña en el coloquio que siguió a la versión oral de este texto en las Jornadas de Filosofía del Derecho celebradas en Logroño el 26 de marzo de 2009. En mi respuesta, desde luego improvisada, me limité a decir que si un estudiante alegara semejante derecho a no declarar en un examen de la materia demostraría con ello tan buen conocimiento de los derechos y de la Constitución que los ampara que merecería ser evaluado positivamente. Reconociendo que esta respuesta es algo lateral –tanto porque la objeción afecta al conjunto de la evaluación y no sólo al acto formal del examen como porque nada garantiza la aplicación de la solución en todos los centros docentes y, lo que es peor, si la respuesta se ritualizara entre algunos estudiantes mi solución dejaría de estar sustantivamente fundada–, en el texto intento replicar por otro camino.

Quiero observar asimismo que si bien en el FD 14.º de las SSTs-Asturias se alude y resuelve el problema central aquí considerado de la evaluación de actitudes y valores, en ningún momento se considera específicamente el argumento relativo al artículo 16.2 CE.

³⁷ De todos modos, una diferencia entre los dos derechos mencionados es que en el caso del derecho a no declarar contra uno mismo sí puede haber consecuencias jurídicamente negativas en la medida en que la negativa de un acusado a declarar puede contribuir a determinar su culpabilidad si existen además otros elementos de prueba.

nas que desean mantenerlo en el ámbito de su intimidad, no hace fácil distinguir por la edad en el ejercicio de tal derecho y, en todo caso, la distinción sería muy difícilmente aplicable a estudiantes con cierta madurez, especialmente a los más cercanos a la mayoría de edad.

La única réplica que me parece plenamente convincente ante la objeción del artículo 16.2 es que las formas de evaluación de la Educación para la ciudadanía, al igual que las de cualquier otra materia del currículo escolar, deben excluir cualquier tipo de examen, indagación o pregunta de carácter ideológico, moral o religioso presentada como condición necesaria para la superación de la materia³⁸. Desde luego, ni la LOE ni los decretos estatales que han desarrollado las enseñanzas de aquella y otras materias establecen formas específicas de evaluación que incluyan tales forma de examen o indagación. De todas formas, si resultara que en la práctica los estudiantes son sometidos a semejantes procedimientos de evaluación, sin duda que habría razones para impugnarlas, de modo similar a como serían impugnables, según lo ha reconocido el Tribunal Supremo, las interpretaciones concretas de unos u otros libros de texto que pretendan adoctrinar en ideologías o creencias que superen el estricto marco de la amplia y abierta ética pública común propia del sistema democrático-liberal amparado por nuestra Constitución.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: DESDE EL DERECHO GENERAL HASTA EL ÁMBITO EDUCATIVO

Una vez concluido que la obligatoriedad de la Educación para la ciudadanía no viola el criterio de neutralidad del Estado democrático en el ámbito de la educación, es posible plantear la cuestión de la admisibilidad jurídica de la objeción de conciencia de los padres a que sus hijos cursen dicha materia, es decir, la cuestión de si la obligación general jurídicamente establecida puede o debe ser excepcionada en concreto para quienes aleguen, y en su caso prueben, que tienen razones de conciencia frente a ella. Pero la cuestión de si tal objeción puede fundamentarse en nuestro Derecho positivo abre una serie de preguntas diversas, como las relativas a su justificación ético-política subyacente, a su carácter legal o, en su defecto, jurisprudencial, a la aceptabilidad y alcance del discutido derecho general a la objeción de conciencia, a su aplicabilidad en el ámbito educativo y, en fin, a si su

³⁸ Lo que no significa que los estudiantes no puedan ser evaluados por las opiniones y actitudes que muestren libremente en relación con los objetivos de la materia: ¿por qué habría de aprobar la Educación para la ciudadanía alguien que, aun cuando demuestre un buen conocimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos constitucionales, defienda o practique el racismo o propugne acabar violentamente con el sistema democrático?

eventual reconocimiento judicial correspondería en exclusiva a la justicia constitucional o puede ser también acordado por la jurisdicción ordinaria. Sin ánimo de agotar todas las perspectivas y argumentos³⁹, tarea imposible en los límites de un escrito como éste, trataré de responder a las anteriores preguntas de manera lo más sintética posible, teniendo en cuenta la algo errática evolución del Tribunal Constitucional y la específica posición del Tribunal Supremo en sus cuatro sentencias sobre la Educación para la ciudadanía.

En la conceptualización aquí adoptada la objeción de conciencia jurídicamente reconocida se entiende de manera estricta como una excepción singular al cumplimiento de un deber general (en el sentido de establecido de forma genérica) para quienes aleguen y, en su caso, prueben motivos de conciencia frente a tal deber. Tal es el concepto que encaja con la historia y la finalidad de la objeción de conciencia, cuyo origen ante las obligaciones militares muestra su pretensión de salvaguardar la moralidad del objetor frente a una institución o conducta cuya existencia y obligatoriedad no impugna en general, sino sólo para él mismo, al modo como el israelí ultraortodoxo está lejos de desear la desaparición del ejército israelí. Según esta caracterización, la objeción de conciencia no puede identificarse con un simple derecho a eximirse libremente de lo establecido por una determinada norma, porque si se incluyera una figura tan amplia la conclusión necesaria sería que la norma no impone en realidad un deber general sino sencillamente un permiso (o una «opción de conciencia»⁴⁰), que es lo que en España ha venido a ocurrir en la práctica con la llamada objeción de conciencia al aborto, en la que si basta la simple negativa

³⁹ La literatura española sobre la objeción de conciencia ha crecido exponencialmente en los últimos treinta años, especialmente por parte de los cultivadores del Derecho eclesiástico. Para hacerse una idea de ello, baste citar los siguientes libros, de los que excluyo los muchos específica y exclusivamente dedicados a la objeción de conciencia al servicio militar: Gascón, 1990; García Herrera, 1991; Escobar, 1993; Guitarte y Escrivá-Ivars, 1993; Peces-Barba, 1993; Armenteros, 1997; López Guzmán, 1997; Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 1997; Siera 2000; Flores Mendoza, 2001; Sánchez González, 2002; Cebriá, 2005; Sancho Gargallo, 2007; Llamazares, 2008; y Roca, 2008a.

Sobre la objeción de conciencia a la Educación para la ciudadanía en particular, con variedad de criterios e interpretaciones, ha habido bastantes escritos de los cultivadores del Derecho eclesiástico del Estado: véase Jusdado y Cañamares, 2007; Martí Sánchez, 2007a; Martínez-Torrón, 2007; Embid, 2008, esp. p. 31-32; López-Sidro, 2008; Llamazares, 2008, cap. IV; Ruano, 2008; y Ruano 2009. No en todos estos escritos se distingue adecuadamente entre el argumento contra la neutralidad y el «instrumento» de la objeción de conciencia, como ocurre en Ruano, 2008, p. 51, y Ruano 2009, pp. 53-54; sí lo hace claramente, en cambio, Garcimartín, 2007, p. 25.

⁴⁰ Esta es la terminología adoptada en el ámbito del Derecho eclesiástico, donde a veces resulta confusa o indistinta la relación entre objeción y opción de conciencia (así, por ejemplo, aparte del título de la recopilación de Roca 2008a, y en ese mismo libro, Míguez, pp. 125 ss; en cambio, resultan clarificadores los textos de Comblía, 2008, pp. 75 ss y 94-99, y de Brage, 2008; por su parte, también Dionisio Llamazares propugna una diferenciación tajante entre opción y objeción de conciencia (2008, p. 160, nota 179).

del personal sanitario para no intervenir parece que no existe deber alguno al respecto⁴¹.

Por lo demás, el carácter excepcional de la objeción de conciencia se correlaciona habitualmente con el rasgo de protección de minorías religiosas y similares: de otro modo, si la objeción fuera un comportamiento generalizado entre la población, la propia técnica jurídica de imposición de un deber general se mostraría, cuando menos, como pragmáticamente inadecuada para conseguir los objetivos buscados, que deberían reformularse políticamente o, en todo caso, intentarse por otras técnicas, especialmente mediante incentivos⁴². Ciertamente, son posibles casos de objeción de conciencia generalizada de hecho en coexistencia con deberes generales formalmente existentes, pero tales situaciones son esencialmente inestables y generalmente provocarán la ineficacia jurídica e incluso la supresión formal del deber, como en España ocurrió sucesivamente con la objeción de conciencia al servicio militar en las dos últimas décadas del pasado siglo, que concluyeron con la profesionalización del servicio militar en 2001 y la ulterior eliminación por la Ley Orgánica 3/2002 de los delitos contra los deberes de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y de prestación del servicio militar, reconocidos entonces como «de imposible comisión».

En una franja intermedia entre el mero permiso y la objeción de conciencia se sitúan casos como los anteriores, en los que si bien existe formalmente un deber general respecto del que puede haber una exención excepcional, la norma se interpreta en la práctica como un simple permiso de cumplir o no el deber. En tales casos parece haber

⁴¹ En efecto, en el marco de la amplísima cláusula con que la STC 53/1986 se refirió a ese caso –sobre lo que se habla más adelante en el texto–, el deber genérico del personal médico de la sanidad pública de «prestar personalmente sus servicios profesionales» en las circunstancias que especifica el Real Decreto 2409/1986, de 23 de diciembre, parece que de hecho decae ante la mera y genérica alegación de que un médico (o ATS, etc.) no desea realizar abortos; esa práctica tiene además una alegable base legal en la vaga previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 9 del Real Decreto de 21 de noviembre de 1985, sobre centros sanitarios acreditados para la práctica de abortos legales, que dice que la negativa a realizar un aborto «habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda con el tiempo suficiente acudir a otro Facultativo». Junto a esta última salvedad, de difícil incumplimiento, el único límite a la libertad de cualquier médico para no practicar un aborto se encuentra en el caso de peligro grave para la vida de la madre, donde el delito de homicidio por omisión opera como deber que protege un bien claramente superior ante el que la objeción de conciencia no puede eximir de responsabilidad penal (remito sobre ello a Ruiz Miguel 1990, pp. 109 ss).

⁴² En tal sentido, no comparto el criterio de Martínez-Torrón y Navarro-Valls de que la objeción de conciencia es «una parte “normal” del orden jurídico (una parte, además, de singular importancia: derechos fundamentales) y no una excepción al orden jurídico que exigiría una acomodación sólo cuando inexorablemente lo requirieran razones políticas» (2006, p. 2). Aunque se defienda un derecho «general» (limitado) a la objeción de conciencia, la aceptación de ésta no dejará de ser la excepción a la regla de la obligatoriedad de obediencia a la inmensa mayoría de las normas.

una conducta debida «en general», en el sentido debilísimo de debida formalmente por defecto, pero, a la vez, eximible en la práctica «en general», en el sentido de no obligatoria para cualquiera que simplemente alegue que no desea cumplirla⁴³. A mi modo de ver, sin embargo, si se piensa en un currículo escolar, una regulación de ese tipo equivaldría más bien a un sistema de pleno permiso, convirtiendo a las asignaturas «excusables» en prácticamente voluntarias. Ese carácter voluntario es, a fin de cuentas, lo que explica la pertinaz batalla de la Iglesia católica, desde el momento en que su religión dejó de ser una materia obligatoria, para que no fuera tan propia y plenamente voluntaria, sino sólo optativa en relación con una asignatura alternativa, de modo que fuera obligatorio cursar una u otra.

La objeción de conciencia a la Educación para la ciudadanía ha sido fundamentada jurídicamente como una manifestación específica del discutido derecho general a la objeción de conciencia. Conviene observar que, a pesar de tal denominación, se trataría siempre de un derecho *prima facie*, que no opera como una regla estricta sino como un principio que debe ser ponderado judicialmente con otros principios y derechos en posible conflicto y que, por tanto, es un derecho especialmente limitado y limitable⁴⁴. Según sus valedores, tal derecho estaría incluido en el derecho a la libertad religiosa e ideológica del artículo 16.1 de nuestra Constitución, que en el ámbito educativo recibiría un reconocimiento suplementario y específico en «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» reconocido en el sucesivo artículo 27.3. Quizá no esté de más insistir en que ninguno de esos dos preceptos constitucionales establece expresamente la posibilidad de objetar en conciencia a deberes jurídicamente establecidos, algo que –como bien afirman las sentencias del TS sobre nuestro tema⁴⁵– únicamente ocurre en el artículo 30.2 CE respecto del servicio militar obligatorio. Esa es, desde luego, una diferencia relevante con el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, aunque todavía no ha entrado propiamente en vigor⁴⁶, parece haber previsto un amplio derecho genérico a la obje-

⁴³ Una manera estipulativa de resolver esta ambigüedad es entender que la objeción de conciencia jurídicamente reconocida presupone un deber general previo ante el que es lícito eximirse pero con algún requisito que vaya más allá de una mera alegación que de hecho convierta aquel deber en un simple permiso, como los mecanismos legales de comprobación de veracidad o, al menos, de aceptación no mecánica de la objeción, o como también, sea alternativa o complementariamente a los anteriores, los deberes sustitutivos para los objetores, a veces incluso aparentemente más gravosos que la obligación general.

⁴⁴ Cf., por ejemplo, Prieto 2007b, p. 39.

⁴⁵ Cf. FD 8.º de la STS-Andalucía y 7.º de las SSTS-Asturias.

⁴⁶ Las sentencias del TS aceptan como «probable» la aplicabilidad interpretativa de la Carta tras su mención específica en la Ley Orgánica española 1/2008, que autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, pero excluyen la relevancia directa del precepto para el caso, incluso aunque el texto hubiera entrado en vigor, tanto porque «la

ción de conciencia, si bien remitiendo a la regulación de las distintas leyes nacionales, mediante esta redacción:

«Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.»

La interpretación de que nuestra Constitución contiene tal derecho general a la objeción de conciencia suele entender que, a falta de desarrollo legal, tal derecho puede y debe ser judicialmente reconocido mediante una ponderación judicial de los principios en conflicto que pueda dar lugar a exenciones específicas al cumplimiento de deberes jurídicamente establecidos. No siempre se precisa claramente si tal ponderación judicial compete únicamente al Tribunal Constitucional o también a los jueces ordinarios, aunque esta última posibilidad parece ser sobreentendida y estar más extendida. El Tribunal Constitucional dio una apoyatura literal muy fuerte a ese derecho general no sólo en sus primeras sentencias sobre la objeción de conciencia al servicio militar, al conectarla directamente con el derecho del artículo 16.1 CE, sino sobre todo de la expeditiva declaración con la que aceptó la objeción de conciencia del personal sanitario ante la práctica de abortos legalmente despenalizados:

«cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»⁴⁷.

Dos años después de esta sentencia, sin embargo, el TC revisó implícita y genéricamente el conjunto de la doctrina anterior tanto precisando que la conexión entre la objeción de conciencia al servicio militar con el derecho a la libertad ideológica y religiosa se debía únicamente a la expresa mención constitucional de aquel derecho como excluyendo apodícticamente la idea de un derecho general a la objeción de conciencia:

«La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera

propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado», como por la *interpositio legislatoris* exigida por el precepto (cf. los mismos FFD de la nota anterior).

⁴⁷ STC 53/1985, FJ 14.

en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (STC 161/1987, FJ 3).

Entre ambas posiciones, que en su poco cualificada formulación no excluyen por completo la posibilidad de la más matizada defensa doctrinal de un derecho a la objeción de conciencia judicialmente ponderable en casos especialmente conflictivos⁴⁸, el TC no ha seguido una línea absolutamente definida, pues si por un lado hay varios casos de inadmisión de objeciones a la prestación civil sustitutoria del servicio militar y en materia fiscal, por otro lado, si bien en una sola y compleja resolución, en una ocasión realizó una compleja ponderación entre distintos derechos que puede contener una cierta aunque limitada aceptación de una objeción de conciencia de los padres al tratamiento médico de un menor que terminó muriendo por su negativa a recibir una transfusión de sangre⁴⁹. En todo caso, aunque la conclusión no pueda ser del todo decidida, se diría que el TC tiende a abocar finalmente a una posición más bien restrictiva, poco inclinada a aceptar la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia en el artículo 16.1 CE⁵⁰.

Por su parte, las sentencias del TS sobre Educación para la ciudadanía, tras resaltar la escasa nitidez de la línea del TC en esta materia, reconocen la posibilidad de que la objeción de conciencia sea reconocida como un derecho en casos distintos a los expresamente establecidos en la Constitución o en las leyes, pero «en circunstancias verdaderamente excepcionales», propias de casos límite como los que precisamente plantean el servicio militar o el aborto, pero no la Edu-

⁴⁸ A modo de ejemplo, cf. Gascón, 1990, caps. IV y V; Escobar 1993, caps. IV-V y VII-VIII; Martínez-Torrón y Navarro-Valls, 2006, en parte coincidente con Martínez Torrón, 2005, ap. II; Prieto, 2007b; Vega, 2008; y González Moreno, 2009, ap. III. Con más o menos cautelas hacia el anterior criterio judicial, se pronuncian más bien en favor de un reconocimiento legal (general o mediante normas pacticias con confesiones religiosas) Roca, 2008b, pp. 57-63; Brage, 2008; y Míguez, 2008.

⁴⁹ Para más detalles sobre la anterior evolución en cierto zigzag por parte del TC remito a Ruiz Miguel, 2008, donde se dan las referencias concretas de las resoluciones del TC aquí aludidas. En todo caso, aunque sea relativamente usual, me parece erróneo considerar casos de objeción de conciencia los de las SSTC 177/1996 y 101/2004, que ampararon la negativa de un militar y de un policía nacional en paradas o desfiles de naturaleza religiosa, porque, además de ser meros reconocimientos de la libertad religiosa, constituían actividades oficiales que violaban palmariamente el principio de aconfesionalidad del Estado.

⁵⁰ De acuerdo con esta interpretación, por ejemplo, Castro, 2008, p. 312; Moreno Antón, 2008, p. 421; y, con una extensa y muy bien articulada argumentación, Llamazares, 2008, pp. 176-186; también Navarro-Valls y Martínez Torrón aceptan esa interpretación, aunque también defienden que en nuestra Constitución existe un derecho general a la objeción de conciencia que debe delimitarse mediante ponderación judicial (1997, pp. 23-29).

cación para la ciudadanía⁵¹. Frente a este planteamiento de la mayoría del Tribunal, varios votos particulares acogen abiertamente la tesis de la existencia de un derecho general aunque no ilimitado a la objeción de conciencia, derivado de la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 de la Constitución, y cuya delimitación, a falta de interposición del legislador en su reconocimiento y desarrollo, correspondería a la ponderación judicial⁵².

En mi criterio, es importante comenzar subrayando la distinción entre la cuestión sustantiva de si existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia amparado por la libertad religiosa e ideológica y la cuestión procesal de quién puede reconocer la extensión y límites de tal derecho. Sobre el primer aspecto, creo que una concepción liberal de los derechos de los individuos y de las funciones del Estado como la que estoy manteniendo aquí debe ser favorable en principio a dicho reconocimiento, por más que éste deba ser cualificado en varios sentidos⁵³. Ante todo, puede resultar razonable esta-

⁵¹ Cf. FD 8.º de la STS-Andalucía y 7.º de las SSTS-Asturias.

En la doctrina, en una línea similar, Dionisio Llamazares considera que no cabe objeción de conciencia a falta de reconocimiento legal, por lo que, ante su clara exclusión en la LOE, sólo cabría o bien el recurso de inconstitucionalidad (que el Partido Popular no interpuso en su momento) o, en caso de duda en un proceso, la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad (cf. LLAMAZARES 2008, pp. 186-188); desde una perspectiva más filosófica, véase también DE LORA 2009, § 4.

⁵² En tal sentido se pronuncian todos los votos particulares, salvo el firmado por Frías Ponce, que considera que «la regulación reglamentaria no se ajusta a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación, pues su texto no hace referencia en ningún momento a valores morales ni impone ética determinada», por lo que aquella regulación debería haber sido anulada, convirtiendo así –concluye su voto–, «la objeción de conciencia pretendida más bien en una objeción de legalidad» (cf. ap. IV de su voto particular a las SSTS-Asturias). Aunque sea entre paréntesis, ha de observarse que la llamada «objeción de legalidad» no es propiamente una objeción de conciencia en el sentido aquí conceptualizado, puesto que lo que en tal caso demanda y obtiene el recurrente no es una exención personal por razones de conciencia a un deber jurídico general que sigue siendo válido, sino la anulación de tal deber; el que además las razones jurídicas alegadas tengan una fundamentación más o menos coincidente con las de la conciencia del recurrente constituye un rasgo perfectamente contingente y, por lo demás, posiblemente extensible a muchos recursos judiciales que no tienen nada que ver con la figura de la objeción de conciencia; confirma la impropiedad de la figura de la «objeción de legalidad», el que, según reporta Rafael Navarro-Valls, la expresión se acuñara en relación con nuestro régimen jurídico de objeción médica al aborto (cf. 2005, p. 4, nota 14; véase también *supra*, nota 44 y el texto correspondiente).

Por lo demás, cabe precisar que otro de los votos particulares, el de Sieira Míguez, aunque comienza admitiendo un cierto derecho general a la objeción de conciencia, concluye que en el caso concreto de la Educación para la ciudadanía la ponderación ha de ser desfavorable al reconocimiento de la objeción por las razones dadas por la mayoría del TS en los fundamentos 9.º y siguientes de las cuatro sentencias (cf. el ap. 4.º de su voto particular). De tal modo, en suma, son sólo tres de los cinco votos particulares (y cinco magistrados en total) los que aceptan la aplicabilidad a la Educación para la ciudadanía del derecho a la objeción de conciencia: en concreto los firmados por Peces Morate, González Rivas y Campos Sánchez-Bordona, al primero de los cuales se adhieren los magistrados De Oro-Pulido López y Yagüe Gil.

⁵³ Así lo he hecho en ocasiones anteriores: cf. RUIZ MIGUEL, 1987 y RUIZ MIGUEL 1996.

blecer mecanismos de comprobación de la veracidad de la objeción (y, si proceden, también deberes sustitutorios) que disuadan de comportamientos fraudulentos. Además, como límites reclamados por el sentido esencial de la cláusula del orden público del artículo 16.1 CE, no sólo sería inaceptable reconocer jurídicamente dictados de la conciencia individual que procedan de criterios fanáticos, intolerantes o dañinos para los derechos de terceros —y entre ellos los de los menores, incluso en relación con las creencias de sus padres o cuidadores—, sino que hay un ámbito público que debe ser inmune al reconocimiento de las razones de la conciencia individual, como el de las funciones de jueces, militares profesionales y, en general, funcionarios con la obligación específica de aplicación de la ley, cuya conciencia en caso de conflicto grave sólo puede ser salvada jurídicamente mediante la cesación voluntaria en el oficio público⁵⁴.

Por lo demás, la limitación a la libertad ideológica y religiosa impuesta por los derechos ajenos, noción que incluye no sólo derechos constitucionales sino cualquier derecho legalmente reconocido, apunta a la necesidad de mantener un difícil equilibrio entre el daño social producido por el incumplimiento excepcional de ciertos deberes y el valor de reconocer una especialmente amplia libertad de conciencia de los ciudadanos⁵⁵. En general, ese equilibrio parece salvaguardado en el reconocimiento de la posibilidad de objetar ante tres tipos diferentes de deberes: primero, los de cumplimiento último colectivo o no individualizado, que incluyen a los deberes públicos o establecidos en interés de terceros no identificables cuyas finalidades se satisfacen mediante un conjunto complejo de actividades de sujetos diversos, como ocurre típicamente con la defensa militar; segundo, los de sujeto activo indistinto, es decir, aquellos que se atribuyen a colectivos u organizaciones en los que no es necesario que todos y cada uno de los miembros actúen conforme al deber porque está razonablemente garantizado el cumplimiento de la función o servicio de que se trate por parte de otros miembros, como puede ocurrir en materia sanitaria; y, tercero, aquellos que deben realizarse aleatoriamente por muy pocas personas y en los que la carga de la sustitución de los objetores no resulta especialmente significativa, según ocurre típicamente en deberes cívicos como la participación en jurados o en mesas electorales. En contraste con casos como los anteriores, hay sectores jurídicos que

⁵⁴ El tema es, a pesar de todo, debatido en la doctrina, en especial en lo que se refiere a los jueces. Una interpretación acepta la posibilidad de su objeción mediante la figura de la abstención: en tal sentido, cf. DE ASÍS, 1993, en relación con los jueces; BUXADÉ 2007, en la función pública en general; DEL MORAL, 2007, pp. 264 ss., en relación con jueces y fiscales el Ministerio Fiscal; y PÉREZ DEL VALLE, 2007, ap. IV, en relación con la objeción de jueces; en contra, además de mis observaciones en RUIZ MIGUEL, 1996, esp. nota 25, *vid.* REQUERO, 2008, con la excepción de los jueces encargados del Registro Civil en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo; e IGLESIAS 2008, específicamente en contra del anterior supuesto.

⁵⁵ Cf. RUIZ MIGUEL, 1996.

parecen particularmente inapropiados para la objeción de conciencia, como el de las obligaciones fiscales, y no sólo por las dificultades de comprobación y los riesgos de generalización que pueden poner en riesgo el interés general, sino también porque la exención de algunas personas puede imponer cargas permanentes injustificables en quienes cumplen la ley de manera completa.

Pues bien, la objeción de conciencia a la Educación para la ciudadanía, a la vez que no encaja en ninguna de las tres categorías de deberes que resultan especialmente propicias al reconocimiento de la objeción, parece más bien similar a una categoría tan reacia como la objeción fiscal, ante la que existen razones rotundas para excluir su aceptación jurídica. No encaja entre las primeras porque la asignatura en cuestión impone un tipo de deber especialmente individualizado en el menor educado cuya justificación esencial, como la del derecho a la educación, es el interés del propio joven, lo que explica su habitual construcción como un derecho-deber. Y se aproxima a la categoría de la objeción fiscal porque si, como se alega, los titulares del eventual derecho a la objeción son los padres, su ejercicio podría afectar tanto al interés objetivo del menor, a quien podrían perjudicar en el desarrollo de su personalidad, como al interés general de que el sistema educativo fomente el respeto a los valores democráticos y a los derechos básicos de una sociedad pluralista.

La anterior conclusión, por un lado, insiste en la antes argumentada prioridad de la autonomía básica de los menores frente a una abusiva pretensión parental de aislamiento social y de clonación ideológica: si la autonomía básica exige la exposición a las condiciones necesarias para elegir entre diferentes modos de pensar y de vivir, incluida la posible aceptación de las creencias familiares, una posibilidad que la sociedad debe intentar excluir es la de cualquier servilismo ético, incluido el familiar, es decir, el sometimiento a cualquier disciplina educativa dogmática y excluyente que pretenda blindar al joven frente al mundo exterior. Sin olvidar que, por otro lado, más allá de la eventual tensión entre la autonomía del joven y las convicciones familiares, ambos derechos están también limitados por «el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», cuyo fomento en el proceso educativo por parte del Estado no parece admitir objeción justificable.

Una argumentación distinta aunque complementaria de la anterior la ofrece el clásico argumento de la pendiente resbaladiza. Como he dicho, por la naturaleza de la propia objeción de conciencia, quien acepta tal exención en un determinado ámbito, sea legislador, juez o teórico, no puede negar o reducir el contenido de las razones de conciencia de los sujetos autorizados a ejercer el derecho, que lo ejercerán según sus particulares creencias. Una vez reconocido el derecho en una esfera circunscrita, como la de la educación, no parece posible desde fuera juzgar el contenido mismo de las razones de la objeción, aceptando éstas y rechazando aquéllas, sino sólo establecer un proce-

dimiento para determinar su veracidad, es decir, el hecho de que tales razones son auténticas, de modo que la objeción responde a un deber de conciencia, diga ésta lo que diga ⁵⁶.

Por ello, una consecuencia obligada de la aceptación de la objeción de conciencia de los padres a ciertos contenidos del sistema educativo es que la decisión sobre qué es o no admisible en la enseñanza, y en el límite sobre la obligatoriedad del sistema educativo mismo, se remite plenamente a los padres. De tal suerte, si algunos padres, libremente o siguiendo las pautas de tal o cual obispo católico, afirman que cierto contenido educativo invade sus convicciones morales, el reconocimiento de su objeción es por completo independiente de que el tribunal correspondiente considere que en realidad no las invade. Lo que significa que cuando otros padres, libremente o a sugerencias de un imán musulmán, objeten genuinamente la enseñanza del principio de no discriminación sexual o del criterio de aconfesionalidad estatal, tendrán el derecho a que se reconozca su objeción de conciencia en idénticos términos.

En definitiva, una vez aceptada la objeción de conciencia ante la Educación para la ciudadanía de los actuales padres católicos, en adelante no ya sólo partes limitadas sino prácticamente cualquier materia, sea la historia, la biología u otras ciencias naturales, las ciencias sociales, la educación sexual, la audición escolar de música religiosa, así como también la escolarización obligatoria ⁵⁷ y, en el límite, la propia enseñanza básica obligatoria misma serán también susceptibles de ser objetadas por razones de conciencia. Y por si no es suficiente con los casos ya conocidos, de las sectas automarginadas al antidarwinismo, basta esperar a que aparezcan creencias lo suficientemente intensas,

⁵⁶ Esta es la razón por la que Martí Sánchez resuelve mal el caso de la objeción a la música religiosa (que, para mi asombro, no es puramente libresco), al que considera «de naturaleza distinta a la [...] enseñanza sobre sexualidad y la aparición de la Educación para la ciudadanía» aduciendo que, a diferencia de éstas, la música religiosa no afecta a la neutralidad estatal porque la comunidad política ha asimilado ese rasgo de tradición religiosa como parte de su identidad y porque, además, no es una materia «con carga moral» o que afecte a las grandes cuestiones como el sentido de la vida (Martí Sánchez 2007a, pp. 30-31). Sin embargo, el problema del reconocimiento genérico de la objeción de conciencia se plantea porque las únicas razones de conciencia que tienen relevancia son las del objetor, con independencia de lo que tal o cual autor o un juez piense sobre la neutralidad o falta de neutralidad en abstracto de la enseñanza mediante música religiosa, cantos eróticos nahuas o deslenguada música rap. Como coherentemente dicen dos autores decididamente partidarios del derecho general a la objeción de conciencia, «el análisis jurídico de cada caso de objeción de conciencia, de acuerdo con el proceso del equilibrio de intereses en conflicto, debe ser realizado con independencia del contenido específico de las creencias invocadas por el objetor, esto es, con independencia de si esas creencias son “razonables” o no, típicas o atípicas, estrictamente individuales o aceptadas por los preceptos institucionales de una iglesia» (Martínez-Torrón y Navarro-Valls 2006, p. 12).

⁵⁷ A favor del derecho constitucional al *homeschooling* en nuestro sistema jurídico, considerando desproporcionada la obligatoriedad legal de la escolarización obligatoria, se ha pronunciado Redondo 2003, esp. pp. 163-167; en el prólogo de esa misma obra Paloma Biglino se opone a tal criterio (p. 18).

por minoritarias que sean y por raras que nos resulten, para que quien justifique la objeción de conciencia en materia educativa deba estar dispuesto a aceptar las nuevas demandas⁵⁸. Si hoy aceptamos que se objete a la Educación para la ciudadanía por los padres que consideran que difunde la ideología de género, ¿por qué enseñar hoy física y biología a quienes creen literalmente en el relato del Génesis? ¿y por qué no aceptar mañana la objeción de los padres de alguna particular creencia religiosa que considere inmoral la coeducación en la escuela pública o a la enseñanza por parte de mujeres?

Si todo ello es así, el criterio más prudente en materia educativa resulta ser que los padres no puedan objetar jurídicamente las enseñanzas obligatorias establecidas, naturalmente siempre bajo el supuesto previo e inexcusable de que se respete la razonable neutralidad del Estado, desde la regulación general hasta los libros de texto y su traslación a las aulas.

No obstante, aunque la argumentación anterior hubiera conducido a la conclusión opuesta hasta aceptar la objeción de conciencia en materia educativa, todavía quedaría pendiente el problema de quién debe decidir autorizadamente sobre ello. Visto que en nuestro caso concreto el legislador ha optado claramente por excluir el derecho, la cuestión más importante es si los jueces tienen la competencia para decidir sobre su existencia mediante el socorrido criterio de la ponderación de derechos. En la discusión judicial sobre la Educación para la ciudadanía apenas en ningún momento se ha puesto en duda, ni siquiera por parte de la mayoría del TS, que los tribunales ordinarios tendrían la posibilidad de aceptar o no la existencia de dicho derecho.

Como ejemplo extremo de esta tesis, en el voto particular de Peces Morate tal competencia no sólo se atribuye directamente a los jueces en general —aunque se cite como argumento a tribunales «no ordinarios», como nuestro Tribunal Constitucional, dos altos tribunales de un sistema jurídico tan atípico como el británico y varios tribunales de un sistema jurídico con jurisdicción difusa como el de Estados Unidos⁵⁹—, sino que en algún momento la tesis se llega a teorizar con este desparpajo:

«Para impedir tales vulneraciones [de los derechos de libertad ideológica y religiosa] estamos los jueces, ya que, si bien nuestro oficio es la aplicación de la ley, nuestra esencial razón de ser está en

⁵⁸ Las hipótesis anteriores no son del todo académicas: al parecer, una de las familias que objetan la Educación para la ciudadanía ha alegado que un libro de texto de la materia contradice sus creencias éticas en el capítulo dedicado al medio ambiente (que alegan que «introduce una ética entre naturista y panteísta») o en la afirmación de que los impuestos directos y progresivos son más justos que los indirectos y meramente proporcionales (que impugnan por defender una «política económica y fiscal de carácter socialista») (cf. Planelles, M., «Objeción contra el medio ambiente», *El País*, lunes 8 de junio de 2009, p. 50).

⁵⁹ Cf. apartado 7.º del voto particular de Peces Morate a la STS-Andalucía, que coincide con el ap. 6.º de las SSTS-Asturias.

proteger los derechos, singularmente de las minorías, dado que las leyes, como no puede ser de otra manera en sistemas democráticos, las aprueban las mayorías, que, con harta frecuencia, se olvidan de dichas minorías que no tienen más amparo que el judicial»⁶⁰.

Bien está que se comience reconociendo que el oficio de juez consiste en la aplicación de las leyes, que, dicho sea de paso, no siempre se limitan a reconocer derechos y a veces tienen la osadía de imponer deberes, quizá para proteger otros derechos. Y bien está asimismo que se aliente a los jueces a la protección de derechos constitucionales de contenido tan claro y objetivo, por más que en otros lugares de este mismo voto particular se reputen en general como relativos. Y bien está, en fin, que se dé por pacífica y resuelta la archidebatida y abierta cuestión doctrinal del control judicial de las leyes. Pero de todo ello a la afirmación de que nada menos que la «esencial razón de ser» de los jueces en un sistema democrático sea proteger los derechos frente a las mayorías legislativas hay un salto, yo diría que mortal, que parece olvidar el complejo y delicado mecanismo procedimental de nuestro sistema de jurisdicción constitucional concentrada, que alivia a los tribunales ordinarios de la carga de controlar al legislador.

Dije antes que «apenas» se había puesto en duda la posibilidad de que los tribunales ordinarios reconozcan la objeción de conciencia porque, por excepción, uno de los magistrados firmantes de un voto particular, Campos Sánchez-Bordona, avanza un criterio preciso que, a mi modo de ver, centra adecuadamente el ámbito de la discusión:

«A quién corresponda este juicio [de ponderación ante casos graves de conflicto] dependerá del rango de la norma que imponga o desarrolle el deber. Cuando se trate de un texto emanado del poder legislativo, el monopolio de rechazo que ostenta el Tribunal Constitucional hará que sólo él pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley (si considera que así procede) o decidir que su aplicación debe dejar abierto el derecho a la objeción (como sucedió en la sentencia 53/1985, ya citada). Si, por el contrario, la objeción no se plantea frente a la Ley sino frente a un deber impuesto tal como resulta de determinadas disposiciones reglamentarias, aquella misma doble opción corresponde a los órganos jurisdiccionales comunes y, en último término, a esta Sala del Tribunal Supremo»⁶¹.

⁶⁰ Apartado 3.º del voto particular de Peces Morate a la STS-Andalucía y a las tres SSTs-Asturias.

Aun sin semejante argumentación, aceptan sin mayores precisiones la competencia de la jurisdicción ordinaria para reconocer mediante ponderación la objeción de conciencia a la Educación para la ciudadanía tanto González Rivas (cf. apartado VII del voto particular a la STS-Andalucía y apartado V de los votos a las SSTs-Asturias) como Sieira (apartado 1.º de su voto concurrente a las cuatro sentencias).

⁶¹ Apartado 1.º del voto particular de Campos Sánchez-Bordona a la STS-Andalucía.

Dado el tenor del artículo 163 de nuestra Constitución⁶², no me parece que quepa discutir el criterio de que los jueces ordinarios no pueden «corregir» los deberes impuestos en una ley introduciendo excepciones de conciencia directamente derivadas de una interpretación del artículo 16 CE, con la única salvedad, naturalmente, de que se encuentren ante un caso igual o similar a alguno claramente decidido en tal sentido por el TC. Por su parte, aunque afecta al no del todo pacífico asunto de las sentencias interpretativas, puede aceptarse también la competencia del TC para optar entre declarar la inconstitucionalidad de una ley o establecer alguna cualificación como la de la citada sentencia 53/1985⁶³. Más discutible es, en cambio –pero únicamente quiero limitarme a dejarlo apuntado–, si los tribunales ordinarios tienen una opción semejante ante disposiciones reglamentarias que, por definición, imponen deberes que exceden lo autorizado por la ley o si, en cuanto disposiciones *ultra vires* y que limitan la libertad de los ciudadanos, deberían ser anuladas sin más como contrarias a Derecho.

UNA BREVE CONCLUSIÓN

Concluyo ya. Aunque mi entusiasmo por la materia de Educación para la ciudadanía está lejos de ser ilimitado, no dejo de ser favorable a su implantación. Es cierto que su regulación reglamentaria es tan prolija y, en ocasiones, lindante con lo innecesario y ocasionalmente lo imprudente en sus contenidos como cicatera y seguramente insuficiente en su reducida implantación horaria. También es cierto que la aplicación práctica de la materia tiene riesgos de sectarismo, sea a través del desarrollo autonómico, en varios casos conocidamente infectado de nacionalismo, sea a través de la letra pequeña de los variopintos libros de texto, que, al parecer, tanto pueden llevar sesgos católicos como marxistas⁶⁴. Sin embargo, más allá de los riesgos, que

⁶² «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.»

⁶³ Cf. *supra*, texto correspondiente a la nota 47.

⁶⁴ Pablo de Lora ha repasado muchos de los libros de texto de la materia y, salvo alguna excepción, llega a conclusiones más bien tranquilizadoras (cf. 2009, § 3).

Por lo demás, la disposición adicional cuarta de la LOE dice que «corresponde a los órganos de coordinación didáctica de los centros públicos adoptar los libros de texto y demás materiales que hayan de utilizarse en el desarrollo de las diversas enseñanzas» y aunque añade que «la edición y adopción de los libros de texto y demás materiales no requerirán la previa autorización de la Administración educativa», encomienda «la supervisión de los libros de texto y otros materiales curriculares» al «proceso ordinario de inspección que ejerce la Administración educativa sobre la totalidad de elementos que integran el proceso de enseñanza y aprendizaje, que debe velar por el respeto a los principios y valores contenidos en la Constitución y a lo dispuesto en la presente Ley».

se pueden y se deben controlar, quiero ver su implantación como una apuesta necesaria y razonable para intentar que nuestros jóvenes sean mejores ciudadanos. No está excluido el fracaso de la apuesta⁶⁵, como nos viene ocurriendo con la enseñanza del inglés y de las matemáticas, sin que se oigan voces en favor de su supresión del currículo escolar. Pero fracasar tras haberlo intentado, a diferencia de seguir fracasando sin intentarlo nunca, al menos puede permitir apreciar los errores y aprender de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (2009): «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre “Educación para la ciudadanía”», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 5, pp. 24-33.
- ÁLVAREZ PRIETO, Luis (2002): «La objeción de conciencia a las transfusiones sanguíneas», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVI, pp. 611-648.
- ARMENTEROS CHAPARRO, Juan Carlos (1997): *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Madrid, Colex.
- ARTETA, Aurelio (2008): «Aprender democracia. ¿Por qué?», en Aurelio ARTETA (comp.), *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Madrid, Alianza, cap. 1, pp. 31-55.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2008): «Breves reflexiones sobre una posible regulación global por ley de las “opciones de conciencia” (en particular, de determinadas objeciones de conciencia)», en ROCA, 2008a, cap. III, pp. 101-124.
- BUXADÉ VILLALBA, Jorge (2007): «La objeción de conciencia en la función pública», en SANCHO GARGALLO, 2007, pp. 149-186.
- CALLAN, Eamonn (1997): *Creating Citizens. Political Education and Liberal Democracy*, Oxford, Clarendon Press.
- CASTRO JOVER, Adoración (2008): «Los valores de la Democracia y Educación para la Ciudadanía», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 291-312.
- CEBRIÁ GARCÍA, María Dolores (2005): *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas: doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- COMBALÍA, Zoila (2008): «La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)», en ROCA, 2008a, cap. II, pp. 65-99.

⁶⁵ Según varios estudios empíricos, la enseñanza escolar de la educación cívica es sólo relativamente influyente en los jóvenes con independencia de que se ofrezca de manera transversal o como asignatura específica: la mayoría alcanza una comprensión baja de las instituciones y valores democráticos, pero la predisposición a participar en actividades cívico-políticas depende más bien del mayor nivel educativo familiar (cf. GARCÍA GUITIÁN 2008, pp. 82-89).

- CRICK, Bernard (1998): *Education for Citizenship and the Teaching of Democracy in Schools*. Final Report of the Advisory Group on Citizenship. 22 September 1998 (puede encontrarse en Internet).
- DE ASÍS ROIG, Rafael (1993): «Juez y objeción de conciencia», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, núm. 113, marzo, pp. 57-72.
- DE LORA, Pablo (2009): «¿Puede mi hijo ser utilitarista? (o neoliberal, para el caso). Notas sobre la educación para la ciudadanía», original mecanografiado (de próxima publicación en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*).
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2007): «La objeción de conciencia de los miembros del Ministerio Fiscal», en SANCHO GARGALLO, 2007, pp. 233-282.
- EMBED IRUJO, Antonio (2008): «La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, pp. 11-56.
- (2009): «Educar a ciudadanos. Reflexiones en torno a las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre la “Educación para la ciudadanía”», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 4, pp. 40-49.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo (1993): *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso (2007): «Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional», en LÓPEZ CASTILLO, 2007, pp. 147-153.
- FLORES MENDOZA, Fátima (2001): *La objeción de conciencia en Derecho penal*, Granada, Comares.
- GAMPER, Daniel (2009): «Educación para la ciudadanía. Derechos, democracia y la moralidad del espacio público», *Claves de razón práctica*, núm. 193, pp. 36-42.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2007): «La nueva asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Un test para la racionalidad del sistema educativo»; *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 199, pp. 61-78.
- GARCÍA GUIJIÁN, Elena (2008): «Educación y competencias cívicas», en DEL ÁGUILA, Rafael, Sebastián ESCÁMEZ y José TUDELA (comps.), *Democracia, Tolerancia y Educación Cívica*, Madrid, Ediciones UAM, pp. 79-95.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (1991): *La objeción de conciencia en materia de aborto*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Carmen (2007): «Neutralidad y escuela pública: A propósito de la educación para la ciudadanía», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, pp. 1-26.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1990): *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2008): «Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura: “Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos”», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 313-336.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz (2009): «La regulación legal de las opciones de conciencia y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, pp. 1-28.
- GUITARTE IZQUIERDO, Vidal y ESCRIVÁ-IVARS, Javier (comps.) (1993): *La objeción de conciencia*, *Actas del VI Congreso Internacional de Derecho*

- Eclesiástico del Estado*, Valencia, Conselleria d'Administració Pública de la Generalitat Valenciana.
- GURTMAN, Amy (1999): *Democratic Education*, Princeton, N.J., Princeton University Press (1.ª ed. 1987); *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, trad. cast. de Águeda Quiroga, Barcelona, Paidós, 2001.
- HIRSCHMAN, Albert O. (1991): *The Rethoric of Reaction (Perversity, Futility, Jeopardy)*, Harvard University Press; trad. cast., *Retóricas de la intransigencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- IGLESIAS CANLE, Inés Celia (2008): «El juez ante la obligación de asistir a matrimonios de dos personas del mismo sexo», en Roca 2008a, cap. VI, pp. 205-222.
- JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel Ángel y CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (2007): «La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15, pp. 1-14.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2008): *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Madrid, Dykinson.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio (comp.) (2007): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LÓPEZ GUZMÁN, José (1997): *Objeción de conciencia farmacéutica*, Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel (2008): «La objeción de conciencia a la Educación para la ciudadanía ante los tribunales superiores de justicia», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, pp. 1-26.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2007a): «Objeciones de conciencia y escuela», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15, pp. 1-55.
- (2007b): «La «Educación para la Ciudadanía». Ley Orgánica 2/2006, de Educación», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIII, pp. 211-255.
- MARTÍN CORTÉS, Irene (2006): *Una propuesta para la enseñanza de la ciudadanía democrática en España*, Madrid, Fundación Alternativas.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2005): «Las objeciones de conciencia de los católicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005, pp. 1-35.
- (2007): «La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15, pp. 1-22.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, y NAVARRO-VALLS, Rafael (2006): «Protecting Conscientious Objection as a Fundamental Right. Considerations on the Draft Agreements of the Slovak Republic with the Catholic Church and with Other Registered Churches», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 12, pp. 1-28.
- MÍGUEZ MACHO, Luis (2008): «Límites a la regulación por ley de las opciones de conciencia», en Roca 2008a, cap. IV, pp. 125-160.
- MORENO ANTÓN, María (2008): «La Educación para la Ciudadanía en clave jurídica», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 411-426.

- MORENO MOZOS, María del Mar (2008): «Educación para la Ciudadanía»: ¿Enseñanza de la Constitución y los Derechos Humanos?», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, pp. 427-448.
- NAVARRO-VALLS, Rafael (2005): «La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, pp. 1-27.
- NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (1997): *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, con la colaboración de Rafael P. Palomino y Vincenzo Turchi, Madrid, McGraw-Hill.
- NUSSBAUM, MARTHA C. (2001): *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge (Mass.), etc., Harvard University Press, 1997; hay trad. cast. de Pailaya, Juana, *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*, Barcelona, Editorial Andrés Bello.
- PALOMINO, Rafael (2008): «Laicidad y ciudadanía», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, 2008, pp. 336-359.
- PECES-BARBA, Gregorio (comp.) (1993): *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1993.
- (2007): *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Madrid, Espasa Calpe, 2007.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2007): «Prevaricación judicial y objeción de conciencia», en SANCHO GARGALLO, 2007, pp. 283-313.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007a): «La escuela (como espacio) de tolerancia: multiculturalismo y neutralidad», en LÓPEZ CASTILLO, 2007, pp. 51-70.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007b): «Desobediencia civil y objeción de conciencia», en Sancho Gargallo 2007, pp. 11-42.
- RAWLS, John (1993): *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press; trad. cast. de Antoni Domènech, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.
- REDONDO, Ana María (2003): *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y «homeschooling»)*, con «Prólogo» de Paloma Biglino Campos, Valencia, Tirant lo Blanch.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis (2008): «La objeción de conciencia por los jueces», en ROCA 2008a, cap. V, pp. 161-203.
- RIVERA, Juan Antonio (2007): «¿Cómo educar en valores? Sobre Educación para la Ciudadanía», Claves de razón práctica, núm. 176, pp. 34-41.
- ROCA, María José (comp.) (2008a): *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- (2008b): «Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia», en Roca 2008a, cap. I, pp. 39-64.
- (2008c): «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, pp. 1-37.
- ROUCO VARELA, Antonio María (2007): «“La Educación para la ciudadanía”. Reflexiones para la valoración jurídica y ética de una nueva asignatura en el sistema escolar español», discurso en la Real Academia de Ciencias

- Morales y Políticas, 29 de mayo de 2007, en <http://www.archimadrid.es/princi/menu/vozcar/framecar/conferencias/29052007.htm>.
- RUANO ESPINA, Lourdes (2008): «Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, 2008, pp. 1-61.
- (2009): «El derecho a elegir en el ámbito escolar la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, pp. 1-58.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1987): «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez, 1986-87, pp. 399-421.
- (1990): *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1996): «La objeción de conciencia a deberes cívicos», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 25, marzo 1996, pp. 35-45; también en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, pp. 101-24.
- (2007): «Educación, escuela y ciudadanía», en LÓPEZ CASTILLO, 2007, pp. 27-49; también, con la supresión de algunas notas, en *Claves de razón práctica*, núm. 161, abril 2007, pp. 68-75.
- (2008): «Artículo 16.1 y 16.2. La libertad de pensamiento», en María Emilia CASAS BAAMONDE, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Mercedes PÉREZ MANZANO e Ignacio BORRAJO INIESTA (comps.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 341-355.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (2002): *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio (comp.) (2006): *Objeción de conciencia y función pública*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- SAVATER, Fernando, 1997: *El valor de educar*, Barcelona, Ariel.
- SIERA MUCIENTES, Sara (2000): *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Dickinson.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2007): «La enseñanza de valores entre la libertad religiosa y el derecho a la educación», en LÓPEZ CASTILLO, 2007, pp. 137-146.
- VEGA GUTIÉRREZ, Ana María (2008): «Objeciones de conciencia y libertades educativas: los conflictos de conciencia ocasionados por determinados contenidos curriculares», en ROCA, (2008a), cap. IX, pp. 323-383.

Recepción: 15/06/2009. Aceptación: 15/11/2009.

Tercera sesión

DERECHO Y CIENCIA

Algunos problemas de la biotecnología y su tratamiento jurídico ¿Ciencia o doctrina del Derecho?

Por ASCENSIÓN CAMBRÓN
Universidade da Coruña

RESUMEN

El objeto de esta investigación consiste en la búsqueda de una explicación que identifique las razones que justifican que la intervención jurídica se plasme tan multiforme e incluso contradictoriamente cuando regula las aplicaciones de la biotecnología en la materia relativa a la vida humana. En esa búsqueda se diferencian claramente dos partes en la investigación. La primera, de carácter analítico, describe los rasgos de la biotecnología, acompañada de algunos ejemplos de cómo actúa la intervención jurídica sobre sus aplicaciones.

En la segunda parte se lleva a cabo una aproximación a la noción de «ciencia jurídica» desde el decisionismo, normativismo y constructivismo, perspectiva que se completa y complementa aplicando a esas construcciones las exigencias de la reflexión iusfilosófica; es decir, analizando lo habitualmente no dicho por las doctrinas: sus fundamentos ontológicos y axiológicos. De todo lo cual se concluye que las razones por las que la regulación de las aplicaciones biotecnológicas son como son, diversas y contradictorias, y también que el derecho no es todavía una ciencia cognitiva, aunque quizás la reflexión iusfilosófica pudiera contribuir a hacer más consistente este saber. Esta problemática recoge el eslogan del Congreso: «Nuevos problemas y viejos temas».

Palabras clave: *Biotecnología, vida humana, ciencia jurídica, doctrina y derechos.*

ABSTRACT

The object of this investigation consists in the search for an explanation that identifies the reasons that justify legal intervention appearing in so many forms and even in contradictory ones when regulating applications of biotechnology related to human life. This search must be divided in two parts. The first, analytical one, describes the features of biotechnology, and is illustrated with some examples that show how legal intervention acts over its applications.

In the second one an approach to the notion of «legal science» is done from the decisionism, normativism, and constructivism points of view. This perspective is completed and complemented applying the demands of iusphilosophical reflections, that is to say, to analyse what the doctrine does not explicitly say: its ontological and axiological foundations. The conclusions of the investigation points to these reasons, the reasons why the regulations of biotechnological applications are, as said before, diverse and contradictory, but also that law is not a cognitive science yet, besides that perhaps the contribution of philosophy of law could make it possible.

Key words: *Biotechnology, human life, law science, doctrine, rights.*

SUMARIO: 1. PRECISIONES SOBRE LA BIOTECNOLOGÍA.–2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS APLICACIONES BIOTECNOLÓGICAS.–3. ¿EL DERECHO ES UNA CIENCIA? 3.1 *El derecho como norma, decisión u ordenamiento.* 3.2 *Segunda oposición: derecho natural versus derecho positivo.*–4. A MODO DE CONCLUSIÓN.–5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PRECISIONES SOBRE LA BIOTECNOLOGÍA

En los últimos treinta años el desarrollo de la bioquímica, la genética molecular y del saber sobre la vida ha sido extraordinario. Paralelo al desarrollo de estos conocimientos han proliferado nuevos recursos técnicos potenciados por los medios informáticos. Así, junto a las biotecnologías tradicionales –como las fermentaciones y la mejora genética mediante cruce y selección– se ha concretado un conjunto de nuevas biotecnologías, como son las técnicas de ADN recombinante o ingeniería genética, fusión celular, cultivos de células y tejidos *in vitro*, clonación molecular de seres vivos, etc. Considerada en su conjunto la nueva biotecnología permite manipular los seres vivos y la materia viva en su constitución, dando a lugar a situaciones nuevas cargadas de consecuencias múltiples sobre la vida social que conocemos.

La discusión sobre las consecuencias de las aplicaciones de la biotecnología ha crecido de modo espectacular, cuando los medios de comunicación informaron (febrero de 1997) de que el investigador Ian Wilmut había clonado a la famosa oveja Dolly. Como es de todos conocido éste ha sido un procedimiento con grandes consecuencias simbólicas y sociales, puesto que lo que se puede realizar con mamíferos es igualmente factible con seres humanos. Sobre el alcance de esta proeza científica, en general, se puede afirmar que: «la clonación de cualquier animal es un tremendo avance en los procesos de cosificación y mercantilización de la materia viva y de los seres vivos». Aunque, en efecto, ningún animal es reductible a su genoma, pues todo ser vivo es el resultado de un proceso biológico guiado por ese material genético, pero es quitar también el fruto de un proceso vital «biográfico» marcado por encuentros singulares, azares irrepetibles, imprevisibles contingencias, ambientes diferenciados y aprendizajes decisivos.

Esto, que es cierto para cualquier animal, lo es en grado superlativo en los seres humanos, para quienes lo cultural y simbólico se añade a lo genético; de este modo lo prolonga y perfecciona en un grado mayor que en cualquier otra especie animal. En un ser humano, el genoma es cosa, objeto; punto de partida desde el cual se llega a ser sujeto en un proceso biográfico –vital e histórico a la vez– que es diferente para cada uno de nosotros y que singularizaría incluso a «clones» cuyo genoma fuese rigurosamente idéntico. Fabricar clones de animales o seres humanos en la creencia de que así conseguiremos seres idénticos supone considerar cosificadamente a los seres así obtenidos, reduciéndolos a objetos.

Un aspecto importante de la biotecnología, a tener en cuenta, es el problema de la mercantilización de la vida: la compatibilidad o incompatibilidad entre los seres vivos y los mercados lucrativos. Esta confrontación afecta a la posibilidad de patentar materiales biológicos y a los seres vivos mismos, hasta la comercialización de partes y sustancias del cuerpo humano, pasando por el coordinado asalto que un grupo de empresas multinacionales realiza para controlar y beneficiarse del gran potencial que acompaña a todas las aplicaciones de la biomedicina.

La base misma de la espectacular expansión de la investigación en biotecnologías se asienta en la relación entre seres vivos y mercados lucrativos. Los gastos en I+D, en este campo, están altamente concentrados: más de un 90 por 100 de la investigación en ingeniería genética se realiza en Estados Unidos, Japón y Europa, y dos tercios de estos gastos son realizados por empresas privadas (Duran, A./J. Riechmann, 1998:13). Sin embargo, la investigación básica y su desarrollo sigue siendo financiada con fondos públicos. La combinación de ambos procesos está en la base del conocido progreso de la medicina e, indirectamente, del éxito de la industria farmacéutica. Este gran esfuerzo de los Estados del mundo industrializado ha acelerado el proceso de

privatización del conocimiento científico y técnico, rasgo asociado al proceso que caracteriza a la tercera revolución industrial y que constata el ocaso del paradigma de Galileo (Esteve Pardo, J., 2008: 145¹).

El enorme volumen de inversiones necesario para innovar en el campo de las biotecnologías ha eliminado de hecho las posibilidades de competir a las pequeñas empresas e incluso a los propios Estados nacionales. La entrada en esta carrera biotecnológica de las grandes compañías multinacionales, junto a la actitud tolerante de los gobiernos occidentales y la concentración del gasto público en I+D de estos países, significa en la práctica una apropiación privada del conocimiento colectivo por esas grandes compañías. Éstas actúan, especialmente en el campo de la genómica, como «el soberano difuso», invisibles a la opinión pública, sin necesidad de rendir cuentas a nadie (aunque con el respaldo de la OMC y los acuerdos ADPIC); a su vez juegan con las lagunas legales en el campo de las patentes e impiden la divulgación de informaciones genéticas valiosas a la espera de su revalorización en el mercado, perpetrando asimismo verdaderos actos de pillaje respecto a la investigación pública.

En el presente, otro rasgo esencial de la biotecnología es la reducción progresiva del «período de maduración» de los avances conseguidos, es decir, del tiempo que transcurre entre la investigación y la aplicación del producto final puesto en el mercado. Este modo de actuar limita peligrosamente los mecanismos de control público sobre los resultados de la investigación y la imposibilidad de aplicar el principio de precaución, con frecuencia invocado retóricamente.

Sin embargo: «El saber específicamente científico es bastante más problemático, epistemológica y ontológicamente, de lo que da por supuesto nuestra cultura, que lo ha integrado en la producción económica como un factor más. Pero a pesar de sus deficiencias y peligros [...], ese saber se ha mostrado muy capacitado para ampliar la eficacia de la actividad de los seres humanos. No puede ser preterido, sino sólo perfeccionado y encauzado al menos mediante la toma de consciencia de sus deficiencias reales y a través de un mayor dominio colectivo de su transposición técnica en la actividad humana» (J. R. Capella, 1999:13).

Al discutir en semejante contexto los aspectos ético-políticos de las nuevas tecnologías genéticas, o al proponer criterios para la evaluación social de las mismas, muchas veces se adivina que el debate está falseado de antemano. Pues, con frecuencia, se tiene la impresión de que los resultados de esos debates apenas pueden influir en el curso de la I+D, ni en los desarrollos industriales. Y que las comisiones de bioética que los agentes sociales participativos se esfuerzan por democratizar están condenados casi estructuralmente a servir poco más que como una instancia legitimadora para las decisiones que se toman en

¹ Organización Mundial del Comercio, 1994 (WTO en inglés) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS, en inglés), incorporado al anterior.

otra parte (Durán, A/J. Riechmann, 1998:14). En este contexto y circunstancias es obvio que el recurso a la «responsabilidad» moral sirve de poco, pues ante todo es necesaria la *responsabilidad jurídicamente exigible* a tenor de los bienes sociales implicados en estos asuntos.

La descripción crítica anterior no significa sostener una apuesta por frenar el desarrollo del conocimiento científico, lo que supondría renunciar a ese tipo de racionalidad, pues constituye una de las formas más útiles e importantes de aproximarnos a la realidad y, además, implicaría mutilar sin remedio la política democrática. Con esta salvedad, además, nos parece de interés evidenciar la paradoja que produce la ciencia actual: «[O]curre que en este final de siglo estamos finalmente percibiendo que lo peligroso, lo inquietante, lo problemático de la ciencia es *precisamente su bondad epistemológica*. Dicho retorcendo la frase de Ortega: lo malo de la Física es que sea buena [...]. Lo que hace problemático lo que hacen hoy los físicos es la calidad epistemológica de lo que hacen. Si los físicos atómicos se hubieran equivocado todos, si fueran unos ideólogos pervertidos que no supieran pensar bien, no tendríamos hoy la preocupación que tenemos con la energía nuclear. Si los genetistas hubieran estado dando palos de ciego, si hubieran estado obnubilados por prejuicios ideológicos, no estarían haciendo hoy las barbaridades de la ingeniería genética» (M. Sacristán, 2005: 62).

De lo dicho anteriormente se colige el alcance problemático de la biotecnología, pero también que no se trata de un futurible sino que ya ha comenzado. Aquí se sitúa el drama: en la actualidad cualquier conocimiento científico o supuesto tal tiende con fuerza y rapidez a transformarse en realidad y de modo general sin las precauciones necesarias. Este es un hecho capital: no vivimos en una era de ciencia sino sobre todo de la tecnociencia. En este sentido Gilbert Hottois (2000) y Jacques Ellul (1977) sostienen que la tecnociencia es cosa diferente de la ciencia: la técnica, con toda su carga económica, penetra a la ciencia para hacerla operacional. En este entramado social el teórico se transforma en simple instrumento de un proceso práctico que no gobierna. La ciencia «desinteresada» pasa a estar sometida a la intervención del mundo de los intereses. Esto es así de modo especial en el ámbito de la biomedicina, ampliamente unida a las biotecnologías.

Es necesario evaluar entonces no sólo la ingenuidad sino la peligrosidad de la creencia ritual de quienes consideran que existe un «conocimiento puro» sin contar los beneficios cuando su aportación mayor, según sostiene Jacques Testart, es que no habrá en adelante «ciencia fundamental» en el campo de la biología humana sino sólo investigaciones-aplicaciones permeadas por la tecnociencia y sus normas de representación. Y añade: «Lo que anima hoy la investigación en biología no es la inquietud por conocer más sino la de dominar más eficazmente, incluso aunque dominar esté disfrazado de saber. Estamos en disposición de considerar este camino como una perversión;

tenemos el deber de reconocer que, una vez iniciada, esta dinámica es irremediable. Hacer creer que se sigue aún una investigación «fundamental» en este ámbito sería mantener culpablemente el mito de una ciencia neutra, a la cual no se debe poner ninguna barrera, como si ella fuera indemne a la ideología y a las redes industriales y económicas» (J. Testart, 1990:11).

Las informaciones anteriores evidencian *una* de las nuevas problemáticas jurídicas que la tercera revolución industrial plantea a la *reflexión filosófica* sobre el derecho. Los problemas son de diversa naturaleza: unos tienen que ver con la potencia de la tecnología genética y con el alcance de sus consecuencias para el presente y el futuro de la vida sobre la Tierra; otros problemas son de tipo moral y axiológico acerca de lo que es aceptable realizar pero que, en cualquier caso, es técnicamente posible, y, por último, se nos plantea la capacidad de evaluar la capacidad del derecho para dar respuestas coherentes, acordes con la ciencia, y democráticas, al haz de problemas que plantean a la sociedad las aplicaciones de la biotecnología en la actualidad.

2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS APLICACIONES BIOTECNOLÓGICAS

La *insulina humana* ha sido la primera sustancia producida mediante manipulación genética en Estados Unidos. Genetech la desarrolló y después firmó un acuerdo con Eli Lilly, poseedora de un monopolio del 85 por 100 sobre la insulina procedente del cerdo, proporcionándole a esta última compañía derechos exclusivos sobre la producción de insulina humana en los Estados Unidos.

¿Por qué producir insulina humana? En un primer momento se pensó que sería inmunológicamente menos reactiva que la insulina porcina. Pero, de hecho, ambos tipos de insulina tienen las mismas ventajas y defectos, así que la insulina humana no tiene valor terapéutico adicional. Los anuncios publicitarios de Eli Lilly afirman que producen insulina humana para anticiparse a posibles escaseces de insulina porcina. ¿Bajo qué circunstancias podría ocurrir esto? Supongamos que si hipotéticos objetores de conciencia a consumir cerdo se hicieran con el control del mundo, entonces faltarían cerdos. Si esto ocurriera entonces la insulina humana sería necesaria. Aunque, en realidad, se sabe que este laboratorio ha creado la insulina humana para controlar en régimen de monopolio la producción de insulina que ya posee.

Imaginemos que Genetech hubiera firmado el contrato de cesión con otra compañía. Entonces Eli Lilly tendría un competidor en la producción de insulina. En este caso, es obvio que el interés en producir insulina humana nada tiene que ver con la preocupación social por

los enfermos, sino con el interés por mantener la vieja posición de monopolio.

Jesse Gelsinger muerto por terapia genética. Este joven, de 18 años, sufría una deficiencia parcial en ornithina transcarbamylasa (la patología que padecen los ratones *sparse fur*, y que se les había corregido en el laboratorio por transgénesis entre 1988 y 1990). Esta deficiencia conduce a una gran acumulación de amoniaco en el organismo y es mortal si no se la trata. Este joven gozaba de una buena vida, aunque su enfermedad le obligaba a seguir un régimen medicamentado y severo. Al mismo le fue propuesto participar en un ensayo clínico de terapia genética, no orientado a conseguir efectos terapéuticos, sino a controlar la inocuidad del tratamiento.

Cuatro días después de haber recibido una inyección de partículas virales Jesse Gelsinger murió. Según el doctor James Wilson, la inyección del vector le produjo una reacción inmunitaria que le provocó un choque inflamatorio violento que no pudo superar. Los otros diecisiete pacientes que también habían recibido el tratamiento no desarrollaron ningún síntoma negativo, subrayó Wilson. Pero muchas cosas habían sido silenciadas o incluso ocultadas. No sólo con relación a la terapia. El *Nacional Institutes of Health* (NIH) dirigió una encuesta a todos los hospitales y laboratorios del país que habían realizado ensayos clínicos aplicando terapia genética para conocer las reacciones provocadas. En las respuestas se comprobó que se habían producido más de 650 incidentes en esos ensayos y todos se habían ocultado. Varias muertes sospechosas no habían sido recogidas en la documentación. En la respuestas devueltas a la *Agencia Norteamericana del Medicamento*, FDA, el IHGT reconocía un determinado número de insuficiencias en el procedimiento adoptado. Pero, tras las explicaciones, se colegía la verdadera motivación, no respecto a las negligencias sino a algo aún más grave: a la necesidad de conservar el *secreto* por razones comerciales respecto a las concretas terapias experimentadas y a sus consecuencias.

Finalmente el resultado de la encuesta dirigida por la FDA al IHGT reveló el «conflicto de intereses» existente entre los investigadores (James Wilson) y una firma de biotecnología (Genovo). James Wilson, director del IHGT, era también el fundador y el consultor científico de Genovo, que financia el 20 por 100 del presupuesto del Instituto que él mismo dirige. La sociedad Genovo es una firma de capital-riesgo, una de las *star-up* cuya eficacia comercial y dinamismo económico son con frecuencia alabados en Europa. Estas sociedades se lucran de una capitalización fundada en la obtención de beneficios que prometen a los inversores. Estos inversores, poco expertos en ciencia, son proclives a retirar sus inversiones ante los primeros signos de alarma para la empresa. Importa pues, a los investigadores y promotores, no divulgar las informaciones que pudieran tener efectos desfavorables sobre los beneficios que esperan obtener los inversores. Por estas razones, ni otras muertes acaecidas antes, ni la de Jesse Gel-

singer, fueron divulgadas a fin de no desprestigiar la imagen de la empresa que había promovido el ensayo.

Contradicción, pues: de un lado se predica la transparencia como condición indispensable al progreso de la investigación biomédica y del otro se mantiene la opacidad para no disuadir a los inversores que pueden no estar interesados si se declaran resultados desfavorables. Paul Gelsinger comprendió que su hijo había sido víctima de esta contradicción (C. Debru, 2003: 330 y ss).

El tema del final de la vida. Si se reflexiona sobre el caso paradigmático de Ramón Sampredo y su final, no es difícil percibir, primero, la gran indefensión en que se encuentra este tipo de enfermos desde el punto de vista social y jurídico. Este hombre llevaba veinticinco años sin poder moverse, en cama. No percibía pensión alguna y dependía totalmente de otras personas que lo atendieran; sólo en los tres últimos años de su vida había empezado a recibir una pequeña contribución (diez mil pesetas mensuales) del ayuntamiento de Porto do Son. Este dato debería hacer reflexionar, de modo especial, a los tan preocupados por la «sacralidad» de la vida; sin embargo, a Sampredo no era lo que más le hacía sufrir porque el afecto y la solidaridad de su familia siempre le acompañó. El sólo demandaba que no se penalizase a la persona que le ayudara a morir.

Más sorprendente resulta su situación si se la analiza desde el punto de vista jurídico-institucional a partir de las sucesivas resoluciones que fueron recibiendo sus demandas en sede jurisdiccional. Primero, la del juez de Primera Instancia número cinco de Barcelona, señor don Victoriano Domingo Lorén, que concluye la incompetencia «de la jurisdicción civil para conocer de su solicitud» y de la inviabilidad procesal y legal de la petición. Este magistrado, amparado en el dictamen del representante del Ministerio fiscal, sostiene «la falta de competencia territorial de este Juzgado para conocer de las pretensiones del solicitante»; a esto añade que «existe un obstáculo insalvable a la pretensión del solicitante, la existencia de la admonición que contiene el artículo 409 del Código Penal, conforme al cual, el que prestare auxilio o induzca a otro a que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor». Finalmente, añade el fiscal: «No significa ello, y no es el supuesto que nos ocupa, desconocer el derecho del solicitante a autoinferirse la muerte y a no soportar un tratamiento médico (si por tal puede ser tenida la alimentación) prolongador artificialmente de la vida humana y, en general, impuesto coactivamente al paciente psíquicamente lúcido, pero entonces la protección jurídica deberá prestarse, como dijimos, por la jurisdicción penal, en atención a la comisión de un presunto delito de coacciones, tipificado en el artículo 496 del CP, por más que pudiera precisarse una circunstancia, la del artículo 9 del CP (téngase en cuenta que el auto 369/84, de 20 de junio, reconoce, bajo determinadas

circunstancias, la preferencia del derecho a la salud sobre el de la libertad de conciencia)».

Entre los argumentos jurídicos que el juez toma en consideración para dictar la sentencia destacan, además de los referidos a la «forma», los relativos a la competencia de la jurisdicción civil para conocer el problema, al cauce procesal elegido por el solicitante y la competencia territorial del Juzgado de Barcelona, sobre todo el argumento de fondo referido a la «viabilidad constitucional de la pretensión». En respuesta a la pretensión de R. Sampedro de ajustar su demanda al contenido de los artículos 10, 15 y 24 de la Constitución española, el juez argumenta con relación al derecho a la vida:

«El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar amparo judicial frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o integridad [...] e impone a esos mismos poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985).»

«Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del “agere licere” en cuanto que privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo de carácter fundamental que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni mucho menos un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho (STC 120/1990, FJ 7).»

«En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.»

Asimismo, el juez rechaza que la «libertad» invocada por Sampedro (recogida en el art. 17 de la CE), tampoco autoriza al actor a rechazar los tratamientos terapéuticos, ni tampoco lo autorizan a invocar el «derecho a la intimidad personal» del artículo 18 CE. Con los anteriores fundamentos, el juez concluyó que «No ha lugar a

admitir a trámite la petición formulada» por el representante del señor R. Sampedro².

El itinerario jurisdiccional del representante de R. Sampedro siguió por los juzgados (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Noia [12 de noviembre de 1995], Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), instancias que desestimaron sus demandas, en cuanto al *fondo*, con similares argumentos a los antes expuestos y por «defecto de forma» complementariamente.

Este movimiento de «vaivén» y ambigüedad de las instancias jurisdiccionales se completó, como veremos, tras la muerte de Sampedro el día 12 de enero de 1998 auxiliado por su compañera Ramona Maneiro. Conocido el fallecimiento del tetrapléjico se abrió un expediente para investigar quién había sido el colaborador al suicidio del actor y que, finalmente, fue archivado por falta de pruebas para imputar a la persona que había colaborado.

Una vez que R. Maneiro reconoció en público su contribución a la muerte de Sampedro, en la comunidad gallega no han faltado voces que la han acusado de «asesinato». Mas también se han oído otras voces puntualizando jurídicamente la cuestión:

«Pese a que la intervención de Ramona Maneiro en la muerte de Ramón Sampedro ha sido adjetivada por algunas personas con gruesos epítetos [...], su contribución en modo alguno puede ser calificada como tal, ni siquiera como homicidio.

La razón es simple: Maneiro no realiza la conducta que pueda ser entendida como autora de un homicidio, puesto que se limita a participar en el suicidio de Sampedro, que es quien en última instancia tiene el *dominio del hecho*, o sea, quien efectivamente decide quitarse la vida.

Dicho de forma más precisa, la conducta de verter cianuro en el vaso y acercárselo a Sampedro para que éste lo beba es una cooperación necesaria activa en el suicidio de otra persona, conducta que aparece expresamente prevista con carácter general en el apartado 2 del artículo 143 del Código Penal y que se castiga con la pena de prisión de dos a cinco años.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa concurren, además, dos requisitos que sin duda permiten aplicar un tipo penal más específico; esto es, el relativo a situaciones eutanásicas. Por una parte, Sampedro padecía una tetraplejía desde hacía muchos años, lo que constituye un supuesto paradigmático de «enfermedad que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar». Por otra parte, pocas veces está tan claro a los ojos de los ciudadanos que la petición de auxilio de Sampedro para poder suicidarse era expresa, seria e inequívoca».

² Resolución emitida por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, el 19 de junio de 1993.

Al cumplirse ambos requisitos, el precepto aplicable es el definido en el apartado 4 del artículo 143, que fija una sanción penal notablemente atenuada con respecto al tipo del apartado 2; a saber, pena inferior en uno o dos grados a la prevista en éste, lo cual se traduce en una pena de prisión cuyo marco queda establecido entre un mínimo de seis meses y un máximo de un año, once meses y 29 días.

Así las cosas, un delito castigado con esta pena prescribe a los tres años, según señala el artículo 131-1. del Código Penal. Por consiguiente, si el procedimiento penal iniciado a raíz de la muerte de Sampedro se paralizó en el mes de noviembre de 1999 (momento en el que el juez decretó el archivo del sumario) el delito presuntamente atribuido a Maneiro está prescrito desde noviembre de 2002.

[...] El único delito que no estaría prescrito sería el de inducción al suicidio, que se castiga en el apartado 1 del artículo 143 con una pena de cuatro a ocho años y que, por tanto, prescribiría a los diez años. Sin embargo, quienes conocimos a Sampedro podemos afirmar (y testificar si es preciso) algo obvio, a saber, que nunca puede haber una inducción eficaz (penalmente sancionable) cuando desde hacía muchos años el destinatario del influjo psíquico ya estaba firmemente decidido a quitarse la vida. Utilizando la expresión latina que los penalistas empleamos para descartar la inducción, Ramón Sampedro sería el ejemplo más claro de un *omni modo facturus*» (Carlos Martínez-Buján, 2005).

Obviamente, no toda la doctrina ni los magistrados concordaron con la opinión de Carlos Martínez-Buján, lo que evidencia la inseguridad jurídica en que nos movemos cuando se trata de pensar el tema del suicidio asistido.

El derecho de patentes y alguna de sus consecuencias (A. Cambrón, 2003). El equipo de investigación estadounidense, dirigido por los doctores William Prusoff y Tai-Shum, demostró en 1988, en la *Medical School* de la Universidad de Yale, las propiedades de la estavudina en el tratamiento del VIH-sida.

La estavudina y los cuatro antirretrovirales de la familia de los inhibidores nucleosídicos han sido inventados en los Estados Unidos y han sido financiados con fondos públicos. Para los otros nuevos antirretrovirales los fondos estatales han sostenido, en un momento u otro, la investigación o las fases de ensayo. No son pues los fondos privados los que han aportado *la* ayuda fundamental. Las universidades efectivamente son propietarias de las invenciones que ellas realizan, incluso si en Yale, como en todos los demás centros públicos, el 80 por 100 de los presupuestos de investigación biomédica son financiados por los fondos públicos federales del *National Institute of Health* [NIH].

Pero una invención patentada no es nada si la misma no es llevada al mercado. En 1990, dos años después de haber depositado su patente, la Universidad concedió al gigante farmacéutico Bristol-Myers Squib [BMS] los derechos exclusivos de explotación sobre su invento, con la «licencia exclusiva». BMS ha adquirido el monopolio en todos

los países del mundo: Estados Unidos, Europa, Canadá, Australia, África del Sur, etc. Con el nombre comercial de Zerit®, este medicamento se ha convertido, desde 1998, en el antirretroviral más prescrito del mundo. Pero en África del Sur, el país más afectado por la pandemia de VIH-sida el precio de venta del Zerit® lo hace inaccesible a la mayoría de la población afectada.

A lo largo del año 2001 el Zerit® se situó en el centro de la batalla de los más pobres por el acceso a las medicinas. Y fue la emisora surafricana de *Médicos sin Fronteras* [MSF] la que abrió el fuego. En febrero del 2001 el doctor Eric Goemaere, en nombre de MSF se dirigió a Jonathan Soderstrom, director de la *Office for Cooperative Research*, entidad que administra las patentes y las licencias en Yale. MSF solicitaba a la Universidad «autorización para exportar [a África del Sur] una versión genérica de la estavudina a fin de proporcionar el tratamiento gratuito a las personas afectadas por el VIH-sida». En la carta menciona también que si se lo autorizaba para fabricar el genérico de la estavudina, el laboratorio hindú *Cipla Ltd.* se comprometía a producir el retroviral «treinta y cuatro veces más barato» que la versión «Zerit®». La respuesta fue negativa.

A finales de febrero (2001), treinta y nueve compañías farmacéuticas norteamericanas denunciaron al gobierno de Sudáfrica ante los tribunales, porque aquel había autorizado la producción del genérico mediante el recurso a las «licencias obligatorias», tal como autoriza la OMC para la concesión de patentes en caso de «urgencia sanitaria». Estos hechos movilizaron el campus de Yale, movilización a la que se unieron también un sindicato universitario y la petición urgente de la organización MSF para fabricar el genérico. A pesar de lo cual, la movilización sólo consiguió una disminución de los precios y así desincentivar la concurrencia, que ha impedido desde entonces la producción de productos genéricos para supuestos semejantes.

A modo de síntesis podemos concluir que el ejemplo expuesto anteriormente pone de manifiesto el entramado institucional que existe entre investigación, concesión de patentes y comercialización de los fármacos. Las investigaciones básicas que conducen al descubrimiento del retroviral se realizan en un centro de investigación público. El descubrimiento se registra en la Oficina de Patentes y Marcas, obteniendo de ese modo licencia para la explotación del producto en exclusiva durante veinte años.

Las técnicas de reproducción humana asistida a examen. La aplicación de la inseminación artificial en seres humanos se remonta a finales del siglo XIX aunque no fue hasta 1949 cuando Jean Rostand la practicó con semen congelado. A partir de las experiencias de los científicos Bunge y Sherman, que en 1953 consiguieron tres embarazos con semen humano congelado, estas técnicas comenzaron a prosperar silenciosamente ante la sorpresa de la población y la oposición de quienes se mantienen anclados en el *non possumus*.

Como es obvio, las aplicaciones de las TRHA han ido acompañadas de múltiples problemas relacionados con los distintos campos de poder: culturales y simbólicos, éticos, político-jurídicos y económicos. El proceso técnico que se justificó en sus inicios para paliar la esterilidad humana comprobada fue acompañado por una regulación limitada pero, una década después, la mayoría de ellas han desaparecido sin otras justificaciones que la *demanda* y la *perfección* técnica. Pero al final ¿a quién imputar esta deriva incontrolable sino, como ha mostrado entre otros L. Vandélaç de modo muy argumentado, a la «mutación de la procreación en operación tecnológica y económica, la mercantilización total de la economía sobre la reproducción».

El primer aspecto, de carácter general, que llama la atención se centra en lo que Carlos Lema ha llamado «la aporía de la esterilidad». La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se justifica *médicamente* como destinadas a combatir la *esterilidad* humana, justificación que inicialmente recaba la aceptación social –con excepciones claro está– y que su posterior tratamiento jurídico no cuestiona (cfr. Ley 35/1988 y Ley 14/2006, ambas sobre técnicas de reproducción humana asistida). Sólo que sabemos, desde el comienzo de su aplicación, que la infecundidad no es necesariamente una enfermedad y que se recurre a ellas en otros supuestos socialmente controvertidos. El discurso acerca de la «esterilidad» es en realidad una cobertura justificadora que persigue directamente legitimar esas prácticas (C. Lema, 1999: 157).

El segundo aspecto sorprendente tiene relación con la tipificación de las tres fases que la Ley 35/1988, citada, distingue en los embriones: preembrión, embrión y feto cuya especial «autoridad» nos remite a Mary Warnock (1985). La introducción de esta clasificación en nuestra legislación no fue casual sino claramente justificada para obviar el problema ideológico a que daba lugar: la oposición de quienes sostienen que el embrión, sin matices, es «persona». Asunto controvertido que entre otros objetivos persigue allanar el camino para la aceptación de la investigación con embriones; aunque a pesar de ser la clasificación una distinción convencional, como cualquier otra, deja pendiente el problema ontológico que no puede resolver la ciencia, ni tampoco la teología ni el derecho.

No obstante, la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida tiene también otras «indeterminaciones» que merecen ser destacadas, como son: *el acceso* a las mismas, *la determinación de la filiación* de los nacidos por estas técnicas y *la protección* de los embriones. Indeterminaciones no atribuibles de igual manera a buena o mala técnica jurídica, sino más bien a opciones doctrinales y políticas relativas a la salud, a la población y a la investigación, que evidencian algunas de las limitaciones que hay que atribuir a la actual «ciencia jurídica».

En la ley hoy vigente, en cuanto al *acceso* se incluyen aspectos relativos al conjunto de opciones que configuran la organización del

sistema, de forma que permita a los sujetos beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida. Con este título se agrupan cuestiones como la licitud de determinadas técnicas o los *sujetos* a los que se les permitirá su uso. Las respuestas dadas por la ley a este conjunto de cuestiones no se han adoptado a partir de decisiones normativas explícitas, sino de forma negociada entre el colectivo profesional que aplica estas técnicas y las reglas del mercado (C. Lema, 2001: 25).

El segundo conjunto de cuestiones de interés en relación con la reproducción humana asistida consiste en la *determinación de la filiación* de los infantes nacidos por estas técnicas. Nos referimos a la adaptación de las reglas de determinación de la filiación jurídica a las nuevas situaciones creadas por las aplicaciones de estas técnicas. Pero, en un sentido amplio, se refiere también a la determinación de las consecuencias jurídico-civiles de estas conductas. Entre todas las cuestiones suscitadas la más llamativa quizás sea la relativa al «anonimato» de los donantes de gametos y embriones, cuestión relacionada con la filiación en sentido estricto; del pago o la gratuidad de esas «donaciones» y del caso de la maternidad subrogada.

La Ley 14/2006, sobre reproducción humana asistida, avala el anonimato de los donantes de gametos y embriones: «es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado«derecho salud» (art. 5.1). Y según el artículo 5.5: «La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias excepcionales que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

Con estas medidas, la legislación española no hace más que reconocer un principio impuesto por los profesionales que venían aplicando estas técnicas antes de que estuvieran reguladas por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Esta consideración del «anonimato» en la Ley contraviene el principio recogido por la Constitución española, artículo 39.2, según el cual «La ley posibilitará la investigación de la paternidad» y que, a todas luces, en la Ley no está *jurídicamente* justificado. Con mayor razón aún abunda el artículo 39.2 CE, que establece también que «los hijos serán iguales ante la ley con independencia de su filiación» y a ello se añade la cláusula de igualdad ante la ley del artículo 14 CE Buena parte de la doc-

trina jurídica española, en su momento, tomó partido en contra de la solución adoptada por la Ley de 1988, que la segunda Ley reitera como hemos visto, y que, en algunos supuestos, se defendió incluso su inconstitucionalidad (C. Lema, 2001: 37).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 116/1999, no apreció motivos de inconstitucionalidad (fundamento jurídico 15); a lo sumo, aprecia la necesidad de «cohonestar la obtención de gametos y preembriones [...] con el derecho a la intimidad de los donantes». Aunque la cuestión central cuestionada no es el «supuesto derecho a la intimidad de los donantes», pues, como se sabe, nadie está obligado a donar y como ocurre en otras legislaciones de nuestro entorno (por ejemplo, Suecia) el acceso a ese conocimiento de la paternidad puede regularse con limitaciones. El interés real que subyace a este modo de regular el acceso al conocimiento de los orígenes biológicos no es otro que el fomento de las «donaciones de gametos», que se supone podrían disminuir con una regulación distinta.

El segundo aspecto a considerar es *el pago por las donaciones*. La *gratuidad* aparece en la Ley como el otro gran principio organizativo tradicional de la donación de gametos. Durante el tiempo que sólo se podía congelar el semen, el principio de la gratuidad estuvo operativo y los comportamientos de los donantes fueron presentados como ejemplo de solidaridad y de dignidad de las personas frente a la posible comercialización. Sin embargo, a partir del momento en que técnicamente se empezaron a congelar los óvulos el asunto empezó a recibir un nuevo tratamiento. Ante las notables diferencias y grados de dificultad entre la obtención de semen y la obtención de óvulos el principio de gratuidad empezó a ser cuestionado. Este no fue un cambio inmediato, sino que se ha producido mediante la desactivación del sentido lato de esa expresión, para ser sustituido por el eufemismo de «donación».

La compensación económica por la donación de gametos es rechazada rotundamente en la Ley 35/1988, en sus artículos 5.1 y 5.3, y se mantiene, aunque con matices, en la Ley vigente, que dice: «La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer un incentivo económico para ésta. [A lo que, añade]. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación» (art. 5.3).

El primer Informe emitido por la CNRHA (diciembre de 1998) reconoce que estos materiales, con carácter general están sometidos al principio de *res extracomercium* pero, a tenor de las dificultades y molestias que ocasiona su extracción, deben ser compensados y sugiere unas cantidades que «no supone vulnerar la gratuidad»: 5.000 pesetas por la donación de semen y 100.000 pesetas por la donación de

óvulos (pp. 56-57). Pero interpretar el principio de gratuidad de ese modo significa desvirtuarlo hasta convertirlo en simple argumento de legitimación, el cual cede obviamente ante las presiones mercantiles sin la menor resistencia. «La opción de predeterminar y limitar el pago, con la pretensión de que no sea suficiente como para por sí sólo significar la motivación para la “donación”, se hace difícilmente sustentable cuando el objetivo confeso es el mantener un determinado nivel de «donaciones» para salvar las exigencias legales y las reticencias morales» (C. Lema, 2001: 42).

Esta exigencia legal hasta ahora existente viene avalada también por la jurisprudencia constitucional que, en la sentencia 216/1997, afirma que si el uso del término «donación» no resulta incompatible con la dignidad de la persona, es porque esta singular «donación» (referida en este caso a los embriones muertos o no viables) «no implica en modo alguno la «patrimonialización» que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por nuestra legislación».

El tercer supuesto problemático del que nos ocupamos es el relativo a la *protección de los embriones*. Pues, con la posibilidad de creación y mantenimiento extracorpóreo de embriones preimplantatorios, estos se han hecho accesibles y vulnerables. Y ello no sólo por la extensión que han alcanzado las prácticas de la reproducción asistida: también por la intensificación que la investigación con células embrionarias ha alcanzado en estos últimos años. A pesar de que no faltan voces defendiendo y criticando ambas utilidades de los embriones, la demanda crece exponencialmente (web <http://www.ronsangels.com>) y el tráfico con ellos no disminuye (cfr. A. Cambrón, 2008a).

La utilización de embriones preimplantatorios en la reproducción humana asistida ha presentado dos problemas notables: por un lado, la pérdida de gran número de embriones que se desechan por no ser útiles para la gestación y, por otro, el indeterminado número de embriones congelados sobrantes de los procesos de fecundación *in vitro* (el I Informe de la CNRHA, de 1998, los cifraba en 25.000). Este segundo problema ha quedado parcialmente resuelto con la Ley 14/2006, que en su artículo 11.4 contempla posibles utilidades de los mismos (A. Cambrón, 2008a). En este punto se puede observar también el aumento de la permisividad experimentada no sé si en la sociedad española, pero evidente en el legislador. La legislación española de 1988 prohibía (art. 15.2) la investigación con embriones «viables», aunque fueran de los congelados. En el mismo sentido se pronunciaba la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, sosteniendo que: «es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos (el de los arts. 15 y 16 de Ley entonces vigente) a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE» (fundamento jurídico 9). No obstante, si atendemos al

contenido de la nueva Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, ésta permite ese tipo de investigación.

La lectura anterior lleva a la conclusión siguiente: el tratamiento jurídico de estos nuevos problemas no se adecuan a estrictas exigencias científicas ni a las de naturaleza moral. Si se presta atención a los casos antes descritos se observa:

a) La *insulina humana* se investiga, experimenta, patenta y produce no por razones terapéuticas –frente a la existente insulina procedente del cerdo– sino para asegurar la venta de esta última en régimen de monopolio. El derecho interviene en este caso para proteger los intereses empresas multinacionales;

b) La muerte de *J. Gelsinger* víctima de la terapia genética pone de manifiesto el escaso valor atribuido por los investigadores a la *vida humana* haciendo prevalecer discursivamente sobre ella «intereses generales», opacos; es decir, en este supuesto se anteponen los intereses científico-empresariales al derecho a la vida y los representantes del Ministerio Público actúan *como si* «el fin justificara los medios»;

c) Los enfermos como *Ramón Sampedro* y tantos otros pacientes terminales con plenas facultades mentales y volitivas que solicitan ayuda para acabar con la indignidad que les supone vivir, ven denegado el necesario amparo legal con razonamientos apoyados en defectos de *forma*, primero, y de *fondo* después: «la vida es indispensable»;

d) El derecho a la salud *versus* el derecho a la propiedad intelectual. El primero aparece en las Declaraciones Internacionales de derechos humanos, en convenios y en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho social y garantizado a los/las ciudadanos/as, esta materialidad lo asemeja a un derecho fundamental. El segundo, se ha transformado en un derecho patrimonial y, obviamente, en la confrontación de ambos debería prevalecer el primero, lo que no sucede ni teórica ni prácticamente;

e) La aplicación de las *técnicas de reproducción humana asistida* se han justificado para combatir la esterilidad humana pero, a la vez, han abierto la caja de los truenos ya se atiende al problema del acceso a las mismas, a la intervención sobre los embriones, a la disociación entre sexualidad y maternidad, la elección del sexo de los descendientes, al tráfico con gametos y embriones, etc., ante los cuales las doctrinas jurídicas se manifiestan polimorfas y divergentes. Ante esas insuficiencias del tratamiento jurídico quizás se argumente que son defectos atribuibles a lo novedosos de la materia que regulan, no obstante, aunque así fuera, estamos obligados a reflexionar sobre ellos porque es una manera de avanzar hacia su solución y de intentar relacionar los «nuevos problemas» con los «viejos temas» de la filosofía del derecho.

Pretender que el derecho, desde la sola *perspectiva interna*, se enfrente a la resolución de estos problemas como meramente «científicos» es una tarea inútil y engañosa porque: «No todos nuestros asertos fundamentales en el plano del saber, y sobre todo del saber social, pueden tener carácter científico. Los seres humanos no vivimos en un mundo esencialmente natural, como los demás animales, sino también, y sobre todo, en un *mundo cultural*, histórico por un lado e *inventado* por otro. Un aspecto de ese mundo es asequible al análisis científico, pero otro es irreductible a él. [...]. Pero el analista no puede eliminar de sí mismo su propia dimensión poética, sus proyectos, sus valores, que necesita sostener en cada momento como irreductibles o últimos pese a saber que son históricos» (J. R. Capella, 1999: 15).

Sin pretender aplicar a un saber social los criterios epistemológicos seguidos por las ciencias naturales a la llamada «ciencia jurídica», se nos presenta imperativo seguir la cautela metodológica siguiente: «Con esta observación no pretendo, como es obvio, hacer anticencia sino todo lo contrario: lo que supongo es que intentar hacer metafísica como ciencia rigurosa es no saber qué es ciencia y, por consiguiente, practicar también mala metafísica» (M. Sacristán, 2005: 57). Innece-sario es advertir que, en la lectura de esta cita, se puede sustituir «metafísica» por «derecho».

3. ¿EL DERECHO ES UNA CIENCIA?

En una primera aproximación, los datos del microcosmos analizado nos autorizan a dar una respuesta negativa a la pregunta que encabeza este apartado: se observan tratamientos doctrinales dispares ante supuestos semejantes, tolerancia de la autoridad jurídico-política ante prácticas prohibidas en las normas vigentes que regulan estas materias, aplicación del principio de filiación a los nacidos mediante FIV diferente a los aplicados a infantes que nacen por procesos naturales, la prevalencia concedida al derecho a la propiedad privada frente al derecho a la salud, etc. A esto todavía se puede añadir el frecuente recurso a las falacias de abstracción —o *abstracciones prácticas*— que aparecen en la doctrina y en la legislación que regulan estas materias y que desempeñan importantes funciones simbólicas en el imaginario colectivo y en la vida de los ciudadanos/as. Son concepciones y procedimientos que, en todo caso, nos alejan de las exigencias de las ciencias empíricas en general y de las sociales en particular. Por ello, se puede sostener con Juan Ramón Capella que: «El “saber jurídico interno” que pasa muchas veces por ser una *ciencia* jurídica, versa sobre un conjunto de *doctrinas* que sirven para interpretar la ley. Estas doctrinas se contraponen entre sí o con el cambio histórico. Un saber sobre el derecho que aspire a no ser meramente doctrinal sino científico —en sentido sustancial y no retórico— ha de tomar también por obje-

to suyo esas doctrinas, sus diferencias, sus funciones históricas, etc.» (J. R. Capella, 2008: 51).

Pero también se dispone de otros recursos teóricos que ilustran y reafirman esa conclusión. En primer lugar, se pueden contrastar algunas de las grandes opciones doctrinales de épocas recientes construidas por cualificados juristas y en las que se constata la falta de coincidencia en la misma definición de qué es el «derecho». Al respecto resulta ejemplar la definición de H. Kelsen acerca de qué es «la ciencia del derecho» (H. Kelsen, 1960: 83); también lo son las páginas escritas por el iusfilósofo H. L. A. Hart (1961: 2-7), sobre el concepto de derecho. El contraste entre ambas concepciones, basta tomar cuenta de la falta de coincidencia respecto al objeto formal de esa supuesta ciencia del derecho. Pero las disonancias no acaban en las diferencias conceptuales citadas, pues como veremos entre las distintas doctrinas del derecho se dan además otras distinciones y carencias epistemológicas y ontológicas, significativas para el propósito central en este trabajo.

3.1 El derecho como regla, como decisión u ordenamiento

Si se toma el derecho moderno y a su institución como objeto de referencia es necesario considerar también otros componentes ineliminables para su comprensión, como son los contextuales, siendo imprescindible además utilizar determinados parámetros de naturaleza filosófica sin los cuales esta explicación quedaría incompleta. De acuerdo con estas premisas, se puede afirmar que el derecho es una institución humana de normas coactivas o sancionables, destinada a imprimir públicamente una regularidad y un orden determinado a los comportamientos individuales y colectivos. Por esta razón, la aproximación a los problemas desde la filosofía del derecho ha de partir de ese concepto básico de derecho como fenómeno social e histórico a la vez.

Este planteamiento inicial que presupone la existencia de un derecho relativamente separado y autónomo de la institución histórico-social de la modernidad incluye la existencia de diversas acentuaciones en la comprensión del fenómeno jurídico. Aquí es útil referirse a un famoso ensayo de Carl Schmitt (1888-1985) en el que distingue tres «tipos de pensamiento jurídico», según se privilegie la comprensión del «derecho» como *regla*, *decisión* u *ordenamiento*. Ciertamente, todo pensamiento jurídico opera tanto con reglas, decisiones y con ordenamientos y estructuras concretas. «Pero la concepción última que se posea acerca de lo jurídico, de la cual será deducida todo lo que posteriormente venga a ser considerado jurídico, es siempre sólo una: bien una norma (en el sentido de regla o ley), bien una decisión, bien un orden concreto» (C. Schmitt, 1934: 5).

De este planteamiento se siguen tres orientaciones jurídicas concurrentes, que reciben el nombre de *normativismo*, *decisionismo* e *insti-*

tucionalismo. Cada una de las tres privilegia respectivamente la comprensión fundamental del derecho, bien como norma, o como decisión, o como ordenamiento jurídico concreto. Obviamente, cada una de estas orientaciones trata de captar la totalidad del fenómeno jurídico, aunque destacando en el mismo un único componente específico. La opción por una u otra acepción, que será situada a su vez como fundamento de la aproximación científica al derecho, estará determinada, obviamente, por consideraciones más generales. Cada autor se decantará, en sustancia, por la dimensión del derecho que aparezca como más coherente con el planteamiento histórico o con el proyecto social perseguido por la teoría y por la cosmovisión del propio autor. En la opción por el elemento a privilegiar respecto de los demás autores aparece como decisiva la situación concreta; es decir, el contexto histórico-social al que la ciencia jurídica toma como referente cada vez, que se propone orientarla, y de la cual recibe los estímulos.

Esta remisión al contexto histórico-social clarifica perfectamente lo puesto en juego por la oposición entre decisionismo y normativismo. El propio Schmitt sostiene la primera de las opciones, quien en otro importante ensayo, reeditado en los primeros años del régimen nazi (1934), escribe que «también el ordenamiento jurídico, como cualquier otro orden, se basa en una decisión y no en una norma» (C. Schmitt, 1934: 24). Es obvio que con esta afirmación Schmitt no se limita a enunciar un principio científico general, sino que en su preferencia por el «decisionismo» desempeña un papel decisivo su adhesión política al régimen hitleriano, considerado como la única respuesta posible y eficaz a la crisis del Estado liberal clásico. Schmitt concibe el derecho como «decisión» soberana y originaria. A su entender sólo así es posible poner término a la crisis de la legalidad, a la que las normas del estado liberal ya no estarían en condiciones de aportar un remedio eficaz. La teoría decisionista se convierte entonces en la óptica operativa a través de la cual Schmitt teoriza el carácter «inevitable» del régimen nazi, lo que le autoriza indirectamente a infravalorar la destrucción de los principios jurídicos tradicionales que eso comporta. Así, tras la comprensión «científica» y, por tanto aparentemente neutral del funcionamiento concreto del derecho, se puede reconocer sin dificultad como determinante la toma de posición política del intelectual que se ha adherido al régimen nazi.

El segundo gran jurista aquí considerado por su aportación científica, en esos mismos años, es Hans Kelsen (1881-1973), quien comparte la escena social con C. Schmitt y que también pretendió elaborar una ciencia jurídica «normativista» que «Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica». (H. Kelsen, 1934: 15). Pero en el prefacio de esta obra reconoce que «El ideal de una ciencia objetiva del derecho y el Estado sólo tiene perspectivas de un reconocimiento general en un período de equilibrio social. De ahí que nada

parezca tan poco correspondiente con su tiempo como una doctrina sobre el derecho que pretende mantener su pureza, cuando para los otros no hay, en general, poder alguno al que no estén dispuestos a ofrecerse» (H. Kelsen 1934: 12). Es en esta obra en la que Kelsen expone su teoría de la «ciencia pura» del derecho; pero, a su vez, en ella admite que no corren tiempos favorables a un ideal objetivo del derecho. Es decir, en la segunda cita este autor deja entrever que a su propuesta de ciencia jurídica subyacen posiciones precientíficas, de tipo ético y político, que guían su inclinación por la objetividad formal del «normativismo».

La tercera aproximación científica al derecho, aquí considerada, es la que privilegia en él su componente de ordenamiento concreto, y que recibe el nombre de institucionalismo y remite a la obra de Santi Romano (1857-1947), *L'ordinamento giuridico* (1917), que obtuvo amplísimo eco. Como se verifica en la lectura de sus escritos sobre la experiencia jurídica, este autor no parte de la norma sino que, en cambio, sitúa la fuente de la existencia, de la validez y de la eficacia de las normas en el ordenamiento jurídico. Schmitt considera paradigmática la posición de Romano, al que se refiere en el siguiente pasaje: «El ordenamiento jurídico (*L'ordinamento giuridico*) es una unidad esencial, una entidad que en parte se mueve según reglas, pero que sobre todo mueve ella misma las reglas como figuras de una tablero; por eso, las reglas representan el objeto o mejor el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura» (S. Romano, 1918: 113). Por consiguiente, para S. Romano la fuente del derecho no son las normas, sino el ordenamiento jurídico. Y este último constituye, a su vez, una institución histórico-social: «El orden social que es puesto por el derecho no es el que viene dado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que éstas se originen; aquél no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que el derecho, antes de ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia» (S. Romano, 1918: 113).

En esta construcción la realidad de la norma no resulta negada, sino que se la inserta en el conjunto complejo de la realidad social. El orden de las normas es, por tanto, consecuencia de la institución de la sociedad en su conjunto: en él no denota un orden natural ya dado y predeterminado, sino que se expresa la creatividad determinada sucesivamente por grupos humanos concretos. Es decir, aquí se vuelve decisiva la equivalencia entre ordenamiento jurídico e institución.

3.2 Segunda oposición: derecho natural *versus* derecho positivo

En la modernidad, que constituye no sólo nuestro punto de partida sino también la época histórica en que el derecho conquista una relativa autonomía y distinción de las demás esferas sociales, y ante todo que asume la transmisión tradicional del *ethos*, el conjunto ordenado de las normas jurídicas se presenta como el resultado de complejos procedimientos de deliberación colectiva; es evidente, por tanto, que el derecho moderno ya no se puede configurar, salvo que sea en términos puramente ideológicos, como un ordenamiento fijo y predeterminado, capaz de establecer de una vez por todas, desde fuera, el comportamiento humano en cualquiera de sus aspectos. Es justamente este carácter «instituido» del derecho el que, sin embargo en la misma modernidad, es al mismo tiempo reconocido y luego ambiguamente ocultado, hace pasar al primer plano, con toda su dramática actualidad, la cuestión de una necesaria «justificación» o legitimación del mismo.

Mientras que la oposición entre normativismo y decisionismo es una oposición de tipo esencialmente operativo, el debate abierto acerca de la cuestión de la justificación del derecho se caracteriza por concepciones filosóficas radicalmente opuestas, que interpretan de modos irreductibles entre sí, no ya sólo los componentes esenciales de la experiencia jurídica sino los propios fundamentos filosóficos de esta última. La discordia entre quienes pretenden justificar el derecho reconduciéndolo a un origen universal, o sea, extrasocial y extrahistórico, *trascendente*, y quienes rechazan esta pretensión, no es una discordia puramente jurídica: no se refiere solamente a la naturaleza o al papel del derecho, sino que es una discrepancia radicalmente filosófica y se refiere al núcleo de toda teoría filosófica; esto es, a la ontología o metafísica; es decir, a la concepción fundamental del ser en su totalidad.

Antes se ha aludido al régimen nazi, cuyo advenimiento puso fin dramáticamente al Estado liberal clásico; después el ordenamiento jurídico quedó profundamente modificado por él y la teoría jurídica experimentó las repercusiones consiguientes. Tras el fin de la guerra y la derrota del nazismo, la percepción de las distorsiones del derecho realizadas por los nazis indujo a muchos estudiosos a recuperar el «derecho natural»; esto es, la tesis clásica (cuyo origen se remonta a los estoicos y que más adelante se vuelve a encontrar en la filosofía escolástica), según la cual hay y es accesible una determinación universal y racional de lo que es «justo por naturaleza», en contraposición a lo dispuesto convencionalmente por las leyes humanas. Desde esta perspectiva, a partir del postulado originario de un fundamento extra-positivo del derecho, se pretende formular los principios universalmente justos del orden social, a los que supuestamente todos los ordenamientos jurídicos concretos habrían de atenerse.

En un pasaje de Kant (1797) en la Introducción a su «Doctrina del derecho», el gran filósofo ilustrado distinguía dos respuestas posibles a la pregunta que se formula el experto en cuestiones jurídicas: «¿Qué es el derecho?» (al que Kant llama «el juriconsulto» y que hoy llamamos «teórico del derecho»). En una primera aproximación éste puede responder a la pregunta limitándose a «reconocer y declarar lo que forma parte del derecho (*quid sit iuris*), es decir, lo que prescriben y han prescrito las leyes en un lugar dado». Pero esta respuesta del «juriconsulto» es tautológica: se limita a remitir al ordenamiento positivo, siempre particular y determinado (esto es, histórico-social). Pero para Kant la razón crítica debe ir más allá, ha de ser una respuesta universal. La razón, en suma, quiere saber «si lo que esas leyes prescriben es también justo», y para darle una respuesta el «juriconsulto» debe descubrir «El criterio universal por medio del cual se puede reconocer en general lo que es justo y lo que es injusto (*iustum et iniustum*)». Ese criterio, sin embargo, permanecerá oculto para él «si no abandona por algún tiempo esos principios empíricos y (sirviéndose de esas leyes como excelentes hilos conductores) no busca los orígenes de tales juicios en la razón pura como único fundamento de toda legislación positiva posible». Por eso Kant concluye que «una doctrina del derecho puramente empírica es (como la cabeza de madera de la fábula de Fedro) una cabeza que puede ser bella, sí, pero que no tiene cerebro» (I. Kant, 1797: 38).

Este razonamiento expresa con gran claridad en qué consiste el paso de la teoría del derecho a la filosofía del derecho. Admitir que la interrogación filosófica acerca del derecho va más allá de la respuesta tautológica (la que se detiene en el ordenamiento) a la pregunta «¿qué es el derecho?», no significa en absoluto compartir la solución propuesta por Kant. Esta última parte de la experiencia histórico-social del derecho, pero la abandona inmediatamente; y no para ponerla en discusión, cuestionando eventuales puntos débiles, sino para remontarse a partir de ella a su origen trascendental. Kant presupone al derecho empírico un fundamento universal específico, único y accesible directamente en sí mismo que constituiría, a su vez, su criterio inspirador y el medio con el que valorar, criticar y modificar el ordenamiento. En Kant ese fundamento originario es la «razón pura»; es decir, la capacidad de la racionalidad humana para autodeterminarse necesaria y universalmente, sin que sea modificada por ninguna experiencia histórico-social concreta. Similar perspectiva mantienen quienes consideran que «la naturaleza de las cosas» encierra en sí misma criterios universales y necesarios que permiten distinguir lo justo de lo injusto y el bien del mal. En suma: en ambos casos se sostiene que, tanto la razón como la naturaleza, contienen determinaciones normativas universales, anteriores a la experiencia humana y a las que ésta debe someterse.

Cuando los defensores del derecho natural se oponen al positivismo jurídico, remiten, pese a las diferencias de sus presupuestos filosó-

ficos, a la existencia y a la accesibilidad directa de un orden objetivo que antecede y es la matriz de las experiencias humanas, cuya fuente trasciende a la intervención humana, y sólo puede encontrarse en el orden natural del universo, al que los griegos no por casualidad llamaban «*cosmos*», opuesto a «*nomos*»; el orden del cosmos se reflejaría en el mismo orden social dado históricamente.

Aquí se han descrito dos modos conceptualmente irreductibles de fundamentar y justificar la posibilidad misma de la experiencia jurídica, lo que, por un lado, evidencia la dificultad mayor (la oposición ontológica) para sostener que exista una ciencia jurídica y, por otro, constituye el problema fundamental de toda filosofía del derecho.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Considerando los anteriores precedentes doctrinales, poco puede sorprender que entre juristas, legisladores y filósofos/as del derecho proliferen opiniones diferentes y encontradas respecto a las aplicaciones de la biotecnología a los seres humanos. En último término, esas diferencias se fundamentan en dos modos conceptualmente irreductibles de fundamentar y justificar la posibilidad misma de la experiencia jurídica, y esto se sitúa en el núcleo mismo de la filosofía del derecho. De modo especial se manifiestan razones, argumentos y propuestas contrapuestas entre quienes sostienen fundamentos filosóficos iusnaturalistas y los que se sitúan en las premisas de la filosofía liberal.

En esta dirección polarizada se pueden situar, como exponentes de esa contraposición, los escritos sobre las consecuencias de las aplicaciones de la biotecnología del profesor A. Ollero (2006) y la de los profesores P. de Lora y M. Gascón (2008). El primero, por ejemplo, sosteniendo un iusnaturalismo escolástico niega que se deban permitir muchas de las aplicaciones de la biotecnologías; en esa línea equipara el embrión a un ser humano adulto, afirma que el derecho a la vida es irrenunciable, las técnicas de reproducción humana asistidas son inaceptables, etc. Argumentos que, pretende, tienen un fundamento ontológico absoluto y verdadero y, por ello, *naturalmente*, alejado de cualquier opción ideológica. Obviamente, quienes creen poseer la verdad absoluta respecto al *ser* adoptan mecanismos psicológicos para reforzar su «yo» frente a los «otros», actitud que dificulta la discusión intelectual de los problemas antes mencionados; en suma, esas posiciones son también ideológicas en sentido *gnoseológico* que —a diferencia de otras acepciones posibles del término ideología— es incompatible con los principios de la ciencia y esencialmente integrada en una cosmovisión del mundo «construida» social e históricamente como las demás y cuya longevidad no se debe a la consistencia de sus premisas.

En oposición con los principios y conclusiones de A. Ollero se manifiestan P. de Lora y M. Gascón en la obra citada. Ambos autores desde la aceptación incuestionada del abstracto principio de «libertad», desde el cual defienden argumentadamente la compraventa de gametos y órganos, la maternidad de «sustitución», la eugenesia positiva y otros supuestos tan arriesgados como los mencionados. Aquí lo que se evidencia inconsistente es la omisión de las *consecuencias* sociales e individuales que seguro tendría la permisión de tales actividades, aunque también necesita ser sometido a examen el modelo de sociedad por el que se apuesta.

Ante estos problemas de naturaleza social y filosófica, sostenemos que otras opciones teóricas son posibles. Para ello hay que aceptar sin discusión, en primer lugar, que los seres humanos no obtienen de la naturaleza los modelos que prescriben reglas para sus comportamientos. Mientras que en el mundo de los otros seres vivos la transmisión de los modelos de comportamiento es genética, en el mundo humano es en cambio de tipo cultural. Significados, valores, modelos de comportamiento y normas son pues los protagonistas de la vida cultural de cualquier sociedad y todos ellos han sido construidos social e históricamente.

Cuando hablamos de derecho, o sea, de normas propiamente jurídicas, damos por sentado que en el universo cultural de una determinada sociedad se ha producido una diferenciación interna. Esto es: presuponemos que el momento prescriptivo o normativo, que como tal caracteriza al orden social o al sistema simbólico en su integridad, ha conquistado un espacio autónomo suyo, y que en el interior de tal espacio se produce a su vez una distinción entre los diversos tipos de prescripciones. Se sostiene que las normas jurídicas propiamente dichas son sólo las normas sancionables, esto es, aquellas cuya dimensión coercitiva no está confiada genéricamente al control social, sino a una autoridad pública reconocida y reconocible. Preciso es añadir que también hay que hacer hincapié específico en la naturaleza convencional de las normas.

Lo que aquí llamamos, con una eficaz expresión de Castoriadis, «histórico-social», constituye en realidad el ámbito o el contexto necesariamente colectivo de los valores, de las representaciones ideales, de las motivaciones y de las reglas a través de las cuales todo grupo determinado de individuos vuelve *humana* su propia convivencia. En este sentido, el orden social histórico es siempre necesariamente *simbólico* e *instituido*. *Simbólico* porque sus componentes elementales no son meros datos de hecho: son, en cambio, *significados*, que rigen, estructuran y motivan la experiencia humana. *Instituido* porque esos significados simbólicos no son la transcripción automática de una realidad objetivamente dada; constituyen en cambio el producto o el resultado de una elaboración humana y por eso se configuran como institución social. Esto acredita la dimensión ineliminablemente socio-histórica de la *humana conditio*. Derecho, moral, religión y política representan

paradigmáticamente la relación que mantiene la condición humana con la *institución de normas*, a las que corresponde la tarea de regular y estructurar la vida colectiva.

Desde un razonamiento filosófico como el nuestro, que entiende el derecho como institución humana de normas convencionales y que, por tanto, subraya desde el principio su pertenencia a lo histórico-social, la contingencia del obrar humano, lejos de constituir únicamente una premisa sociológica inevitable de la experiencia jurídica, muestra todas sus implicaciones ontológicas. De esta premisa filosófica fundamental se deriva mi propuesta general ante las aplicaciones de la biotecnología: actuar crítica y responsablemente en los aspectos relativos a elecciones individuales pero, también, en un marco político-social democrático desde el cual determinar los necesarios límites a esas intervenciones que nos propone el consorcio biotecnológico-empresarial con el objetivo de obtener beneficios, transformando esas opciones en medios para mejorar las condiciones de vida e impedir que aumenten las injusticias entre las que es preferente la desigualdad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- CAMBRÓN, A., «Fecundación *in vitro* y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos». En A. CAMBRÓN (editora). *Reproducción asistida, promesas, normas y realidad*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 165-210.
- «El derecho a la salud ante la realidad del SIDA», en *Télos Revista Internacional de Estudios Utilitaristas*, vol. XI, núm. 2, 2002 (2003), pp. 23-41.
- «Comentarios a la Ley de Investigación biomédica y al comité de Bioética de España», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 12, 2008a, pp.159-184.
- «Los óvulos en el mercado y los derechos de género», en AA.VV. *Libro Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*. Madrid, Dykinson, 2008b (vol. II), pp. 219-264.
- CAPELLA, J. R., *Elementos de análisis jurídico*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- *Fruta Prohibida*. Madrid, Trotta, ed. rev. 2008.
- DE LORA, P. y GASCÓN, M., *Bioética, principios, desafíos, debates*. Madrid, Alianza, 2008.
- DEBRU, C./ P. Nouvel, *Le possible et les biotechnologies*. Paris, PUF, 2003.
- DURÁN, Alicia y RIECHMANN Jorge (cords.). *Genes en el laboratorio y en la fábrica*. Madrid, Editorial Trotta y Fundación 1.º de mayo, 1998.
- ELLUL, J., *Le Système technicien*. Paris, Calman-Lévy, 1977.
- ESTEVE PARDO, J., «El ocaso del paradigma de Galileo», en H. SILVEIRA (ed.). *El derecho ante la biotecnología*. Barcelona, Icaria, 2008, pp. 145-176.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961, hay traducción castellana a cargo de G. R. Carrió. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

- HOTTOIS, G., *Technoscience et sagesse?* Paris, Éditions Pleins Feux, 2000. I Informe de la CNRHA. Madrid, Publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo. Diciembre de 1998.
- KANT, I., *Metaphysik der Sitten* (1797). *La metafísica de las costumbres*. Traducción castellana de A. Cortina y J. Conill. Madrid, Tecnos, 1989.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (1960), traducción castellana de R. J. Vernengo. *Teoría pura del derecho*. México, UNAM, 1986, 5.^a
- LEMA, C., «El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución», en A. CAMBRÓN (editora). *Reproducción asistida, promesas, normas y realidad*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 15-56. *Les Avis du CCNE de 1983 à 1993*. Paris, La Découverte, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Catedrático de Derecho Penal, en *La Voz de Galicia*, 30 de enero de 2005, p. 8.
- OLLERO, A., *Bioderecho entre la vida y la muerte*. Navarra, Aranzadi, 2006.
- SACRISTÁN, M., *Seis conferencias. Sobre la tradición marxista y los nuevos problemas* (1979). Edición a cargo de S. López Arnal. Madrid, El Viejo Topo, 2005.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico* (1917). Traducción castellana de Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo, S. ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1963.
- SCHMITT, C. (1922, reeditado en 1934), en castellano se encuentra en *Carl Schmitt. Teólogo de la política*, ed. de H. Orestes Aguilar. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, (1934). Estudio preliminar, traducción y notas de M. Herrero. Madrid, Tecnos, 1996.
- TESTART, Jacques, *Le désir du gène*. Paris, François Bourin, 1990.
- VANDÉLAC, M-L. «L'embryo-économie du vivant, ou du numéraire au sur-numéraire», en TESTART, J. et BOURIN, F. (dirts.). *Le Magasin du vivant*. Paris, François Bourin, 1990.
- WARNOCK, Mary, *Fécondation et embryologie humaines*. Paris, avril, 1985.

Fecha de recepción: 28/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

La democratización de la investigación biomédica ¹

Por HÉCTOR C. SILVEIRA GORSKI

Universitat de Lleida

«Hay muchas veces que se toman decisiones económicas y productivas, y se achacan a la tecnología. La tecnología permite hacer algo nuevo, pero no obliga a hacerlo. Por tanto, lo que nos interesa es tener tecnologías que nos permitan hacer muchas cosas y en el campo de la biotecnología la única opción posible es fomentar la investigación y dirigir el proceso democrática y cívicamente.»

(Quintanilla, 2008: 118)

RESUMEN

La tecnociencia biomédica debe abrir sus puertas a la democracia. El poder político y el derecho deben redefinir sus relaciones con la tecnociencia para que los científicos, expertos y ejecutivos de las empresas tecnocientíficas no sigan teniendo sólo en sus manos las decisiones sobre la orientación de las investigaciones y las prioridades científico-tecnológicas. La política de la ciencia y sus aplicaciones técnicas deben abrirse a la participación ciudadana, pasar a formar parte de la opinión pública y a ser tratados como asuntos transversales de las políticas públicas. Para ello es necesario que el principio democrático se instale en el seno de la tecnociencia. La libertad de investigación no es incompatible con el hecho de que las decisiones sobre la política científica sean, además de responsables, participativas y transparentes.

¹ Ponencia presentada en las XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, «Viejos temas, nuevos problemas», celebradas en la Universidad de La Rioja, 26-27 de marzo de 2009.

Palabras clave: *Democracia, participación, política científica, tecnociencia, derecho biomédico.*

ABSTRACT

Biomedical tecnosciences must open its doors to democracy. Political power and Law must redefine its relations with tecnoscience in order that scientifics, experts and business executives technoscientific not only remain in their hands the decisions about the direction of research scientific and technological priorities. The science policy and its engineering applications must be opened to public participation, to become part of the public opinion and to be treated as cross cutting of the public policies. This requires that the democracy is installed within the tecnoscience. Freedom of research is not incompatible with the fact that the decisions about scientific policy are, as well as responsible, participatory and transparent.

Key words: *Democracy, participation, biomedical law, tecnoscience.*

SUMARIO: 1. LA NECESARIA DEMOCRATIZACIÓN DE LA TECNOCENCIA BIOMÉDICA.—2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEGISLACIÓN BIOMÉDICA ESPAÑOLA.—3. LA HEGEMONÍA DEL PARADIGMA CIENTIFICISTA Y EL PODER DE LA TECNOCENCIA.—4. POLÍTICAS CIENTÍFICAS PARTICIPATIVAS Y CONTROL DEMOCRÁTICO.

1. LA NECESARIA DEMOCRATIZACIÓN DE LA TECNOCENCIA BIOMÉDICA

La cita anterior de Miguel Ángel Quintanilla contiene de forma resumida el tema que me interesa tratar en este texto: la necesidad de democratizar la toma de decisiones en la investigación biomédica. Quintanilla afirma dos cosas: que la tecnología permite hacer pero no obliga a hacer y, por otro, que hay que dirigir el proceso de investigación de forma democrática y cívica. En cuanto a la primera afirmación, habría que añadirle la coletilla de que las decisiones políticas se toman a partir de las propuestas que le presenta la misma tecnociencia², la cual carece de legitimación democrática. Ante ello es impor-

² Utilizo el término «tecnociencia» en el sentido que lo hace ECHEVARRÍA (2003) para aludir al nuevo tipo de ciencia que se ha consolidado a lo largo del siglo xx y que se caracteriza por: a) la primacía del sector privado en detrimento del público en cuanto a la financiación; b) la entrada de los valores del capitalismo —enriquecimiento rápi-

tante que los poderes públicos dispongan de un abanico amplio de propuestas científicas para poder decidir con más libertad. Esta decisión, además, debe ser un eslabón más de un proceso de aplicación del principio democrático en el proceso de investigación científica. Para que ello sea así debe haber, continúa Quintanilla, una participación y colaboración activa entre ciudadanos y científicos. Los ciudadanos deberían mejorar su acceso al conocimiento para poder participar activamente en el campo de la política científica y los científicos, por su parte, deberían adoptar una actitud de compromiso social en vez de aislarse en torres de marfil. El papel de los científicos en la política científica, continúa Quintanilla, «no consiste en decidir lo que hay que hacer sino en plantear, democráticamente, las opciones, los objetivos y los procedimientos. Y participar en el debate» (2008, 118).

Son cada vez más numerosas las voces que reclaman una democratización de la ciencia. Con ello se busca que la toma de decisiones tecnocientíficas³ y el uso del conocimiento experto sobre asuntos que son de interés de todos se abran a la participación ciudadana, se hagan transparentes y se rijan por los principios del «buen gobierno» (López Cerezo, 2007: 129)⁴. La participación de los ciudadanos tiene que estar presente principalmente en la definición de las políticas científicas⁵, respondiendo a preguntas como: ¿qué tipo de conocimiento

do, capitalización en bolsa, innovación tecnológica, en el seno de la actividad científico-tecnológica; c) la fuerte interdependencia existente, casi total, entre la ciencia y la tecnología, y el predominio en sus actuaciones de gran parte de los valores técnicos –utilidad, eficiencia, eficacia, funcionalidad, aplicabilidad; d) la formación de empresas tecnocientíficas y de un nuevo mercado, donde los resultados tecnocientíficos se convierten en mercancía y en propiedad privada desde las primeras fases de la investigación, y en los que los valores económicos y empresariales pasan a un primer plano en la toma de decisiones de la actividad científica (ECHEVARRÍA 2003: 62-83).

³ La fusión entre ciencia y técnica se manifiesta tanto en una tecnificación de la ciencia como en una científización de la técnica. Aunque aún se mantiene la distinción entre investigación básica e investigación aplicada, lo cierto es que ya no hay una actividad científica pura, teórica, por una parte, y saberes aplicados o técnicos, por otra. La tecnología infiltra a la ciencia tanto como ésta a aquélla. En todo el proceso de la investigación científica el aparato tecnológico está presente y tiene un gran peso, hasta el punto de que la ciencia «se ha convertido en un medio de la técnica» (ELLUL, 1954: 8). La interrelación entre los procesos científico y tecnológico tiene lugar de la siguiente manera: a) la invención técnica alcanza unos determinados objetivos, muchos de ellos sin haber sido solicitados e incluso casualmente; b) estos objetivos se convierten en necesidades vitales una vez son asimilados por el sistema socioeconómico; c) y este marco socioeconómico, a su vez, plantea a la técnica la tarea de seguir haciéndolos suyos y perfeccionar los medios para su realización. La ciencia vive en gran medida del *feedback* intelectual que le da su aplicación técnica. De ella recibe sus mandatos: en qué dirección ha de buscar, qué problemas debe resolver (HOTTOIS, 1991: 11-33; AGAZZI 1992: 129-152; JONAS 1997: 19-23).

⁴ Sobre el tema de la democratización de la política de la ciencia ver especialmente el dossier monográfico de la Revista CTS (2007) y SALOMON (1992); MIRENOWICZ (2000); CALLON-LASCOUMES-BARTHE (2001) y ESTÉVEZ ARAUJO (2005).

⁵ Políticas científicas en el sentido de «las medidas diseñadas para influir en la forma, escala y fecha de las agendas de investigación científica» (MITCHAM-BRIGGLE, 2007: 146).

científico debe perseguir la sociedad?, ¿cómo se debería aplicar ese conocimiento una vez obtenido?, ¿qué sujetos deben ser los beneficiarios de los resultados? ¿quién debería hacer tales elecciones y cómo?, ¿cuánto dinero se debe invertir?, ¿quién debe poner el dinero –la esfera privada o la pública– y en qué porcentajes?, ¿en qué tipo de proyectos de investigación hay que invertir? (Mitcham-Briggles, 2007: 146, 152-153). La participación debe alcanzar también el nivel micro de la investigación, a los proyectos de investigación⁶, ya que es en ellos donde se produce conocimiento y se realiza la creación científica y tecnológica (Gómez González *et al.*, 2008: 140).

Las demandas de democratización de la ciencia y la tecnología se fundamentan básicamente en los tres argumentos señalados por Fiorino (1990): *a*) la participación es un buen instrumento para eliminar resistencias sociales y mejorar la confianza hacia las instituciones (argumento instrumental; *b*) la ausencia de esta participación es inaceptable para un Estado democrático de derecho (argumento normativo). La democracia se construye a través de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, asuntos de los que hoy se ocupa también de forma importante la ciencias de la vida y las biotecnologías; *c*) porque los juicios de los legos suelen ser tan razonables y pertinentes como los de los especialistas-expertos (juicio sustantivo) (citado en López Cerezo, 2007: 134)⁷. Esta participación, a su vez, debe cumplir con una serie de condiciones para que pueda ser considerada satisfactoria como, por ejemplo, que los ciudadanos afectados o interesados estén legitimados y sean representativos para participar en el proceso, la participación sea activa y no se limite a las fases finales del proceso; debe respetarse el principio de igualdad entre los agentes implicados; la participación debe ser transparente para el público en general respecto a cómo se desarrolla el procedimiento y se toman las decisiones y, por último, debe haber una influencia efectiva del procedimiento de participación sobre la toma de decisiones (López Cerezo, 2007: 134).

En el ámbito de las ciencias biomédicas hay también otras razones específicas, además de las anteriores, para promover la participación de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones de la tecnología. Por un lado, esta participación se hace necesaria ante la importante deriva científicista que está sufriendo el mismo derecho (Barcellona, 2008: 59). Éste recurre cada vez más a la ciencia y a sus expertos para encontrar certidumbres que no puede tener en la letra de la ley, con el problema, además, de que las respuestas ofrecidas por los científicos muchas veces no son más que meras probabilidades. Lo más grave de todos modos es que esta deriva científicista por parte del derecho está llevando a que el orden legalmente establecido quede dos

⁶ Sobre la participación pública en las diferentes fases de los proyectos ver GÓMEZ GONZÁLEZ *et al.* (2008: 146).

⁷ Otros argumentos a favor de la participación también en MITCHAM-BRIGGLE (2007), GÓMEZ GONZÁLEZ *et al.* (2008: 42).

por tres excepcionado, en suspenso, como consecuencia de la aplicación del principio de precaución (Esteve Pardo, 2009: 18).

A su vez esto está provocando un cambio en las tradicionales relaciones entre la ciencia y el poder político. A diferencia de épocas precedentes, donde la ciencia, desde los albores de la modernidad, ha venido reivindicado su autonomía frente al poder político, hoy es al revés. Es el poder político el que debe velar por mantener en «lo posible su autonomía de decisión frente a las presiones de la tecnociencia y de las calculadas opciones que le presente la investigación científica» (Esteve, 2009: 60).

Por otra parte, la biotecnología genética ha producido, como señala Habermas, una «moralización de la naturaleza humana» (2002: 43). Hoy ya podemos manipular el código de la vida para crear nuevos seres vivos, preseleccionar embriones, realizar terapias génicas y, no falta mucho, hacer clones humanos⁸. En este nuevo contexto, para el filósofo alemán una de las primeras cuestiones que debemos debatir como sociedad es la de determinar si concebimos a las técnicas de manipulación genética «como un incremento de libertad “necesitado de regulación” normativa o como una investidura de poderes para llevar a cabo unas transformaciones que dependan de las preferencias y no necesiten ninguna autolimitación» (Habermas, 2002: 24-25).

Estas cuestiones, pero también las relacionadas con la salud o la investigación en medicamentos, no pueden depender sólo o en parte de las decisiones que adopten científicos integrados en empresas tecnocientíficas en un contexto y bajo unos procedimientos regidos por intereses económicos y empresariales. Los científicos, técnicos, expertos y ejecutivos de las empresas tecnocientíficas no pueden seguir teniendo en sus manos la orientación de las investigaciones, determinar prioridades científicas y tecnológicas, calibrar riesgos y decidir, en suma, sobre el bien y el mal. Por todo ello, la política de la ciencia y sus aplicaciones técnicas deben abrirse a la participación pública, pasar a formar parte de la opinión pública y a ser tratados como asuntos transversales de las políticas públicas.

2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEGISLACIÓN BIOMÉDICA ESPAÑOLA

En el campo de las biotecnologías médicas España dio un salto cualitativo con la aprobación de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (en adelante LIB) y de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana (en

⁸ Según el Instituto de Estudios Avanzados de la ONU, la clonación reproductiva es inminente. Ante ello pide que los Estados actúen con rapidez y formalicen una prohibición internacional (UNU-IAS Report 2007).

adelante LTRHA). En estas dos leyes el legislador hace una importante apuesta protecnológica con el objetivo de mantener a España a la cabeza de los países en técnicas de reproducción asistida humana y por el desarrollo de políticas punteras de investigación biomédica (Méndez Baiges, 2008: 177), en particular en lo concerniente a donación y utilización de gametos, preembriones, embriones, fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas, los análisis genéticos y el tratamiento de los datos genéticos de carácter personal, el tratamiento, almacenamiento y movimiento de muestras biológicas y los biobancos.

El legislador define el marco de actuación de las investigaciones biomédicas, determina qué está permitido, establece los valores, principios y garantías⁹ que se deben respetar en las investigaciones así como los procedimientos de actuación, regulación, evaluación y supervisión en torno a sus aplicaciones (art. 1 LIB). La libertad de investigación y de producción científica están garantizados por la ley (art. 2.d LIB) pero quedan sometidas al cumplimiento de unos principios fundamentales y de unos requisitos y procedimientos de actuación. Por ejemplo, la evaluación de las investigaciones deberá hacerse de forma previa a la autorización, la cual deberá ser favorable y estar debidamente motivada (art. 16 LIB).

En su apuesta protecnológica el legislador ha optado por permitir que se obtengan células madre y material celular para investigar en tres situaciones: *a)* de los preembriones sobrantes de las fecundaciones *in vitro*; *b)* de los preembriones resultantes de la clonación terapéutica, y *c)* de los embriones que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico y de los embriones y fetos muertos. La investigación biomédica en España debe realizarse a partir de la obtención de células humanas de esta forma. En relación con los preembriones y embriones el legislador prohíbe expresamente su creación con fines exclusivamente de experimentación (33.1 LIB, 18.2 CDHB), pero abre la puerta al uso de gametos y preembriones sobrantes y criopreservados en bancos especializados con fines de investigación una vez la mujer o la pareja alcanzó el objetivo reproductor (art. 11.4 LTRHA)¹⁰. Permite también que los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, puedan ser donados con fines de investiga-

⁹ Algunos de los principios y garantías son: la protección de la identidad y dignidad del ser humano, la salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia, la confidencialidad y el principio de precaución (art. 2 LIB).

¹⁰ Al permitir hacer uso de estos gametos y preembriones el legislador español establece un equilibrio entre el respeto de la vida humana que, en un sentido estricto, conduce a la prohibición de crear preembriones con fines de investigación, y el derecho que tienen las personas afectadas por enfermedades graves a que la investigación científica progrese con el fin de beneficiarlas.

ción biomédica u otros fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos (art. 28.1 LIB). Asimismo, la nueva LTRHA introduce otra novedad importante al permitir en casos excepcionales el uso del diagnóstico genético preimplantatorio para la preselección de embriones histocompatibles con fines terapéuticos para terceros –hermanos ya nacidos que sufren enfermedades graves y que pueden ser tratadas mediante un trasplante celular (art. 12.2 LTRHA).

El legislador regula también la aplicación de técnicas terapéuticas en el preembrión y el embrión. Así, permite intervenir sobre el preembrión vivo *in vitro* con finalidades terapéuticas si es para tratar una enfermedad o impedir su transmisión y siempre que se haga con garantías razonables y contrastadas (art. 13.1). Por su parte, la LIB establece que sólo podrán autorizarse intervenciones sobre el embrión o feto vivos en el útero «cuando tengan un propósito de diagnóstico o terapéutico en su propio interés» (art. 30).

Ahora bien, la cuestión que nos interesa es la de ver hasta qué punto el legislador ha sido sensible a las demandas de democratización de la tecnociencia biomédica y ha tenido en cuenta en esta legislación la participación y las opiniones de los ciudadanos y de la sociedad civil en los procesos de toma de decisión sobre las investigaciones y los proyectos biomédicos regulados en ella. La respuesta es que muy poco por no decir nada.

En el ámbito de la evaluación y supervisión de la investigación biomédica el legislador ha optado por establecer un sistema basado en dictámenes y permisos de comités de expertos y órganos reguladores que dependen directamente de las administraciones públicas. Se implantan dos criterios para realizar la evaluación de la investigación: el competencial, en el que participan comités de expertos con atribuciones específicas según las materias, y el territorial, en el que intervienen organismos de las comunidades autónomas. Los proyectos de investigación deben ser evaluados por comités de expertos pero necesitan también obtener una autorización administrativa, ya sea del órgano autonómico o estatal competente (arts. 34.1b y 35 LIB). Por ejemplo, si la investigación comporta un procedimiento invasivo en el ser humano, ésta deberá ser evaluada favorablemente por el Comité de Ética de la Investigación y autorizada por el correspondiente órgano administrativo autonómico.

Los organismos más importantes que intervienen en la evaluación de las investigaciones biomédicas son: *a)* la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *b)* los Comités de Ética de la investigación¹¹, *c)* la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y *d)* el Comité de Bioética de España. Estos órganos reguladores deben supervisar el cumplimiento

¹¹ Los Comités de Ética de la Investigación sustituyen a los Comités Éticos de Investigación Clínica. En Cataluña hay acreditados 35 comités de ética de investigación clínica.

de los principios, obligaciones y procedimientos establecidos por el legislador para la investigación biomédica en seres humanos y actuar como garantes de su correcta aplicación y del cumplimiento de la ley (art. 2 LIB). Todos ellos, menos el Comité de Bioética, deben pronunciarse sobre proyectos de investigación en el ámbito de sus competencias. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida debe emitir informes preceptivos para autorizar proyectos de investigación en materia de reproducción asistida (art. 20.4 LTRA). El Comité de Ética de la Investigación tiene como función principal autorizar la realización de proyectos de investigación sobre seres humanos o su material biológico, «en particular cuando se haya previsto la utilización de muestras biológicas procedentes de personas fallecidas o cuando se pretenda la incorporación de una muestra biológica a una línea de investigación no relacionada con aquella para la que se obtuvo inicialmente consentimiento» (art. 62 LIB). Y la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, tiene como función principal evaluar e informar preceptivamente y con carácter favorable los proyectos e investigaciones que versen sobre preembriones humanos, células troncales embrionarias humanas, activación de ovocitos mediante transferencia nuclear con fines terapéuticos o de investigación, muestras biológicas que den lugar a células troncales, material celular de origen embrionario humano (art. 38 LIB).

Ahora bien, si analizamos la composición de estos organismos vemos que el proceso de democratización no ha entrado aún en ellos. El modelo seguido por el legislador sigue siendo predominantemente el de la «evaluación por pares», esto es, las investigaciones y proyectos científicos son evaluados por personas expertas en unos campos determinados de conocimiento, campos que pueden ir desde las ciencias naturales, pasando por la ética, la filosofía y el derecho. Este colectivo de expertos forma parte de la comunidad evaluadora que se rige por la confianza y el respeto mutuo (Pérez Sedeño, 2007: 175-176). Sólo en la Comisión Nacional de Reproducción Asistida se contempla la posibilidad de la participación de usuarios relacionados con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Los Comités de Ética de Investigación existentes en los hospitales pueden contar con la participación de una o dos personas no especialistas. Mas esta participación no pasa de ser simbólica en el seno de comités integrados en su mayoría por científicos y especialistas vinculados a las distintas áreas de los hospitales. En cambio, tanto la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células Tejidos Humanos como el Comité de Bioética no contemplan la posibilidad de la participación ciudadana, sino que están integrados sólo por especialistas de reconocido prestigio en investigación en terapia celular, bioética y derecho biomédico.

Sin embargo, la ausencia de participación ciudadana no es una cuestión que afecte sólo al ámbito de la investigación biomédica sino que también atañe al conjunto del sistema científico-tecnológico. Por

ejemplo, si tomamos como referencia el *Anteproyecto de la Ley de la Ciencia y la Tecnología* encontramos que la única referencia a los ciudadanos se hace con el objetivo de «promover la cultura científica y tecnológica a través de la educación, la formación y la divulgación» (art. 2.i). La preocupación o la necesidad de hacer más democrática la política científica, de abrir la toma de decisiones de la tecnociencia a la opinión y participación de los ciudadanos ni se menciona en la exposición de motivos.

3. LA HEGEMONÍA DEL PARADIGMA CIENTIFICISTA Y EL PODER DE LA TECNOCIENCIA

¿Cuáles son las razones de este olvido? Desde mi punto de vista esto responde al hecho de que en la sociedad española, como en la europea, la relación entre la ciencia y la política sigue anclada aún en el paradigma científicista¹², paradigma hegemónico en las sociedades modernas. En éstas, como escribe Sousa Santos, la

«gestión reconstructiva de los excesos y déficits fue progresivamente confiada a la ciencia y, de una forma subordinada, aunque también determinante, al derecho. Promovidos por la rápida conversión de la ciencia y fuerza productiva, los criterios científicos de eficiencia y eficacia se convirtieron en hegemónicos, al punto de colonizar gradualmente los criterios racionales de las otras lógicas emancipadoras» (2000, 53).

El paradigma científicista recibió un fuerte impulso tras la Segunda Guerra Mundial con el denominado «contrato social para la ciencia», basado en el informe *Ciencia, la frontera sin fin*, realizado por Vannevar

¹² También llamado razón instrumental o pensar técnico. La racionalidad técnica es una racionalidad del cómo: tiende a establecer «cómo» es preciso obrar para realizar los fines (dados) del modo más eficaz. Se preocupa, como escribe Agazzi, «de aquello que es más útil hacer con vistas a un cierto objetivo, pero que, en cuanto tal, no es obligatorio por sí mismo». Es una racionalidad puramente instrumental, en el sentido de que se ocupa de los instrumentos, pero no realiza críticas, o valoraciones ni tampoco se preocupa de elegir fines. Por tanto, es una racionalidad que podría justificar que el fin justifica los medios. La racionalidad técnica, a propósito de un medio determinado, dice por qué sería necesario utilizarlo con vistas al fin, pero este *por qué* se da en el interior de una estructura hipotético-deductiva, que es la de la *explicación* y no la de la *justificación* (como sucede en la razón práctica). Para la racionalidad técnica «“justificar” significa solamente establecer correctamente los medios hasta una *inferencia práctica* puramente lógica e hipotético-deductiva, que ignora si los fines propuestos son realmente *dignos* de ser perseguidos, o bien si son otros fines—los cuales no han sido tenidos en cuenta en la inferencia—los que deberían ser tomados en consideración, o incluso si los medios considerados son incompatibles con *valores*». La racionalidad técnica se inscribe más bien en la esfera de la racionalidad teórica. [cursivas del autor] (AGAZZI, 1996: 211-213).

Bush¹³ para el presidente Harry S. Truman en 1945¹⁴. El «contrato social para la ciencia» propugnaba un acuerdo entre la ciencia y la política con el fin de mantener el progreso social. El mundo de la ciencia y la técnica debía impulsar el progreso social a cambio de recibir suficiente financiación pública. Pero para ello era imprescindible también que la política científica siguiera en manos de los científicos y de sus instituciones. Este «contrato» estaba regido, según Sarewitz (1996), por cinco mitos I+D: *mito del beneficio infinito*: cuanta más ciencia y tecnología más beneficio público; *mito de la investigación sin trabas*; *mito de la responsabilidad*, en el que la evaluación y supervisión la realizan los mismos científicos y expertos, los pares); *mito de la autoridad*, en el que la ciencia provee al sistema político y sus actores de información e instrumentos que les permitan satisfacer necesidades y resolver sus disputas, y *mito de la frontera sin fin*: se considera que el nuevo conocimiento generado en la frontera de la ciencia es independiente de las posibles consecuencias prácticas y morales que puedan producir en la sociedad. Este modelo de relaciones entre la ciencia y la política propugna también un modelo lineal de innovación y de desarrollo científico-tecnológico: primero hay que realizar investigación básica, creadora de nuevos conocimientos, para luego hacer investigación aplicada, donde se desarrolla la tecnología correspondiente y el producto específico, y posteriormente distribuir y comercializar los productos y obtener los correspondientes beneficios sociales (Sanz Merino, 2008: 89-90).

Este modelo de ciencia y tecnología es el que ha regido las relaciones entre la ciencia y la política desde entonces. En él la ciudadanía y la sociedad civil son concebidos como usuarios-destinatarios de los beneficios alcanzados pero que tienen vedada su implicación en los asuntos científico-tecnológicos y la participación en las relaciones entre la política y la ciencia. Los científicos siguen siendo concebidos, al igual que en los albores de la ciencia moderna, como los nuevos sacerdotes que saben lo que es bueno para la sociedad, capaces de producir los bienes necesarios para satisfacer las demandas y cumplir con los objetivos de la sociedad (Mitcham-Briggle, 2007: 147).

La puesta en marcha de las políticas de I+D han favorecido una mayor autonomización del sistema tecnocientífico del sistema político. A la sombra de la convicción de que la técnica es neutral y que no constituye más que una herramienta puesta a disposición de otros, se ha venido construyendo un complejo científico-tecnológico día a día más autónomo del sistema político. La creencia de que la respuesta a los problemas y necesidades sociales están en la ciencia y la tecnología le da a la tecnociencia un importante poder sobre la política.

Este poder surge del hecho de que la tecnociencia es la que tiene el control sobre los medios para satisfacer las necesidades y expectativas

¹³ Vannevar Bush fue director de la Oficina de Investigación y Desarrollo Científico de EE.UU. y responsable de las relaciones entre el Proyecto Manhattan y la Casa Blanca.

¹⁴ Ver MÉNDEZ BAIGES-SILVEIRA GORSKI (2007: 25-31).

sociales y políticas, medios que se tienen que ir incrementando ante la espiral creciente de nuevas demandas. Esto a su vez determina que el sistema político en su conjunto, al no tener más remedio que echar mano de la técnica para realizar sus fines, tenga que amoldarse a los designios y necesidades de la tecnociencia. Como escribe Severino, los instrumentos de la tecnociencia

«sirven inicialmente para satisfacer necesidades; después, las necesidades sirven para poseer y para usar los instrumentos, y cuando el sistema de necesidades obstruye de cualquier forma el sistema de los instrumentos, es el primer sistema, no el segundo, el que se modifica» (1991: 63).

De este modo, lo que en principio es un medio se va convirtiendo en un fin específico en sí mismo, con una dinámica propia y autónoma respecto de los otros fines¹⁵. La ciencia y la tecnología pasan de ser medios a convertirse en fines, convirtiéndose la política en rehén de las demandas y propuestas de aquella. El mundo de la tecnociencia, escribe Ellul, «se ha convertido en el motor de todo lo demás (...), ha dejado de ser un objeto para el hombre para convertirse en su propia substancia: ya no se pone frente al hombre, sino que se integra en él y progresivamente lo absorbe» (1954: 121).

En este marco de relaciones entre la política y la ciencia imperan dos modelos complementarios entre sí: el «lineal», en el que los científicos deciden la investigación y sus tiempos, y el de «mercado», donde la investigación está determinada por la demanda de los consumidores y las ganancias empresariales (Mitcham-Briggles, 2007: 156-157). Las decisiones sobre las líneas de investigación, la definición de los problemas científico-tecnológicos, las alternativas posibles, las estrategias a seguir, los modelos tecnológicos, siguen estando en manos de los científicos y expertos, mas, a diferencia de antes, éstos ahora son cada vez más partes integrantes de laboratorios y empresas biotecnológicas. De ahí que hoy, a pesar del importante papel que desempeñan los científicos, es el mercado el que en última instancia está definiendo la política de investigación biomédica¹⁶. Uno de los ejemplos más claros está en la investigación médica a nivel mundial, donde algo

¹⁵ No es ajeno a esta conversión de medio a fin, el cambio que se produce en el ámbito de la investigación básica, donde el saber tecnocientífico ha pasado a convertirse en un mero hacer, en un poder. Con la tecnociencia, la pregunta kantiana ¿qué puedo saber? pasa a estar ligada necesariamente a las de «¿qué puedo hacer» o «qué puedo fabricar?» Este cambio de perspectiva tiene también sus consecuencias en el concepto de verdad. A diferencia del saber logoteórico, en el saber tecnocientífico la noción de verdad deja de ser una «experiencia explicativa que revela la esencia profunda de lo real y que atestigua la connivencia fundamental (ontológica) de las palabras y de las cosas» para convertirse en «“eficiencia tecnofísica”, seguridad y poder de acción». La carta epistemológica de la tecnociencia pasa a ser, escribe Hottois, «si esto no es falso, no fallará» (1991: 27-29).

¹⁶ Sobre la importancia del mercado y de la toma de decisiones científico-técnicas a partir de las demandas de los consumidores y de la búsqueda del beneficio ver RODOTÁ (2008).

menos del 10 por 100 de la investigación está orientada hacia enfermedades prevalentes en los países en vías de desarrollo, las cuales, sin embargo, afectan al 90 por 100 de la población mundial. Es más, según un estudio publicado en *The Lancet*, sólo el 1 por 100 de los 1.556 fármacos desarrollados en los últimos 25 años tienen que ver con enfermedades olvidadas, como la tuberculosis, y que afectan a millones de personas en los países pobres. Esto sucede, como denuncia Médicos Sin Fronteras, por el modelo actual de I+D imperante en el ámbito de la salud. En éste el coste de la investigación y el desarrollo de los medicamentos se paga mediante el precio de compra de los fármacos. La consecuencia de ello es que el desarrollo de los fármacos acaba por restringirse a los ámbitos en los que es posible obtener beneficios económicos. Ante esto organizaciones humanitarias, como Médicos Sin Fronteras, están intentando promover en el Grupo de Trabajo Intergubernamental para la Salud Pública, la Innovación y la Propiedad Intelectual (IGWG) un cambio de paradigma de política científica en el ámbito de la salud y desligar el coste de I+D del precio de las medicinas.

La hegemonía del paradigma cientificista y el poder de la tecnociencia han logrado mantenerse incluso ante el aumento de la desconfianza e inseguridad de los desarrollos científicos-tecnológicos. En innumerables ocasiones son los propios científicos-expertos los que no se ponen de acuerdo acerca del diagnóstico y las medidas a tomar. Tal es el caso del uso de los preembriones con fines de investigación y la denominada clonación terapéutica¹⁷.

Las respuestas del poder público ante los nuevos desafíos de la ciencia y las biotecnologías suelen darse, muchas veces ya tarde¹⁸, en forma de códigos éticos y de mecanismos de evaluación y gestión del riesgo de escasa legitimidad democrática, –comités de ética o de expertos–, que actúan, además, como simples productores de dictámenes o de un derecho delegado (Rodotà, 2003: 158; Sfez, 2001: 83). La decisión política se realiza sobre lo previamente decidido por la investigación científica y las informaciones suministradas por expertos de distinto signo que, además de supervisar estas investigaciones, actúan también como informadores directos de las instancias políticas¹⁹. Los organismos reguladores y comités de evaluación, vinculados a las

¹⁷ Sobre este tema y la nueva legislación biomédica española ver SILVEIRA (2008).

¹⁸ Un ejemplo de cómo las respuestas llegan tarde es el caso de la regulación de los transgénicos en España. No fue hasta abril de 2003, después de varios años de producción, cuando el parlamento aprobó la ley reguladora de la comercialización y liberación de los organismos genéticamente modificados. Los cultivos transgénicos se introdujeron sin tener en cuenta las demandas sociales y sin el consentimiento de los ciudadanos españoles.

¹⁹ Ante la importancia que han adquirido los expertos en el proceso de toma de decisiones de las instituciones europeas, la Comisión de la Comunidad Europea se ha dotado de unos principios y directrices de buenas prácticas sobre la obtención y utilización de asesoramiento a la hora de elaborar las políticas (COM [2002] 713 final).

administraciones públicas, intervienen informando y evaluando, las actividades y proyectos tecnocientíficos pero lo hacen en la fase final de proceso y a partir de las propuestas científicas que reciben (Shah, 2007). Como señala Esteve Pardo, las decisiones y regulaciones públicas recaen sobre las opciones que ofrecen la tecnociencia y los centros de investigación (2009: 60-61). El sistema científico-tecnológico es el que tiene la última palabra y los poderes públicos, por más que quieran determinar y orientar la investigación; en el fondo, están subordinados a aquél. Incluso a la hora de intentar imponer regulaciones y mecanismos de supervisión las instituciones públicas deben hacer frente a la bandera del derecho a la libertad de investigación que enarbolan frente a ellos los científicos y organizaciones tecnocientíficas.

Asimismo, no se afronta un verdadero debate sobre si la respuesta política ante las necesidades y demandas sociales debe ser más ciencia, tecnología e innovación. Es más, en el conjunto de los poderes públicos sigue imperando la regla «natural» de que cuanto más ciencia, técnica e innovación mejor para todos porque más progreso se producirá. Ni se cuestionan ni se plantea la revisión de las decisiones de política científica, sobre si se deben realizar más inversiones o modificar los recursos dedicados a la investigación y a la innovación (Funtowicz-Strand, 2007: 98-100). Un ejemplo son las políticas de innovación, sustentadas en la innovación por la innovación, dándose por hecho que la innovación es positiva para el desarrollo económico y social (Garmendía, 2009).

4. POLÍTICAS CIENTÍFICAS PARTICIPATIVAS Y CONTROL DEMOCRÁTICO

Sin embargo, hoy ya no es posible seguir manteniendo este modelo de relaciones entre ciencia y política. En sociedades de recursos escasos, con importantes conflictos sobre su distribución, plurales culturalmente, complejas y con altos niveles de incertidumbre científica no es posible seguir manteniendo los mitos I+D del contrato social para ciencia. El poder político y el derecho deben redefinir sus relaciones con la tecnociencia. Mas, este cambio de paradigma difícilmente se conseguirá si los ciudadanos y la sociedad civil continúan siendo actores pasivos en la relación ciencia-política. La libertad de investigación no es incompatible con el hecho de que las decisiones sobre la política científica sean, además de responsables, participativas y transparentes.

Se necesita una teoría de la democracia «epistémica, fundamentada en los conocimientos de los expertos y de los ciudadanos, que vaya más allá de las teorías de la democracia «doxáticas», basadas en la opinión (Broncano, 2007: 3). Esta democracia epistémica debería disponer de un «control democrático del poder de los expertos», control que tiene que ser «real» pero que al mismo tiempo garantice que «el juicio experto sea el mejor juicio posible». El especialista tecnocientífico, escribe Broncano, no debe estar subordinado a la política, sino

que lo ideal sería que los expertos actúen y se sientan ciudadanos, asuman la responsabilidad de sus decisiones y que, a su vez, los ciudadanos tengan el conocimiento técnico suficiente que les permita apreciar el papel y el lugar que debe ocupar el conocimiento experto. Desde esta simbiosis hay que luchar para que las políticas de transformación impulsadas e implementadas por la tecnociencia, desde los organismos modificados genéticamente pasando por la clonación terapéutica, no sean vistas únicamente por la sociedad civil como meros problemas éticos o ecológicos, sino también como temas políticos y con importantes implicaciones sociales. El desafío, por tanto, está en lograr que estos temas entren en la esfera pública y pasen a estar bajo el control de los ciudadanos (Broncano, 2006, 185; 2007b, 1-3).

Una propuesta que se adentra en el sendero de la democratización de la biomedicina la encontramos en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre «Los derechos del paciente». En este dictamen se plantea por primera vez la necesidad de que el sistema sanitario se abra a las opiniones de los usuarios-pacientes. Una vez agotado, dice el CESE, el modelo paternalista de interacciones entre el médico y el paciente se «hace necesario replantear la situación del paciente en su interacción con el sistema e implica la afirmación y el ejercicio de nuevos derechos y deberes» (2008: 68). Es más, para el CESE resulta urgente superar la dicotomía existente entre los derechos de los pacientes y los deberes de los profesionales. Así, se recomienda integrar a los representantes de los usuarios en las instancias de representación, crear en las estructuras hospitalarias espacios neutros de convivencia que permitan a los pacientes expresar sus dudas y preparar, con el apoyo de las asociaciones de usuarios, sus intercambios con los profesionales; conseguir la participación de las asociaciones al mismo nivel que los profesionales en el análisis de las reclamaciones y en la definición de las medidas encaminadas a mejorar la calidad de la asistencia sanitaria. Es más, el CESE vincula la eficacia de los derechos de los pacientes a las respuestas colectivas que se den para apoyar estas medidas. «Esta es la razón, concluye, por la que es necesario propugnar el establecimiento de una democracia sanitaria que implique la movilización colectiva de los usuarios y representantes en los diferentes ámbitos del sistema» (CESE, 2008: 71).

BIBLIOGRAFÍA

- AGAZZI, E., *El bien, el mal y la ciencia*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BARCELONA, P., «Biopolítica y derechos», en H. SILVEIRA (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Barcelona, Icaria, 2008.
- BRONCANO, F., *Entre ingenieros y ciudadanos. Filosofía de la técnica para días de democracia*, Barcelona, Montesinos, 2006.

- «Por una filosofía política de la técnica. Entrevista», en *Sin permiso*, 15 de julio, 2007 (www.sinpermiso.info/textos).
- CALLON, M., LASCOUMES, P., BARTHE, Y., *Agir dans un monde incertain (essai sur la démocratie technique)*, París, Seuil, 2001.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE), Dictamen *Los derechos del paciente* (2008/C 10/18), *DOUE*, 15 de enero de 2008.
- EHEVARRÍA, J., *La revolución tecnocientífica*, Madrid, FCE, 2003.
- ELLUL, J., *La technique ou l'enjeu du siècle*, París, A. Colin, 1954.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Para que el mundo no sea un laboratorio. La democratización de la política científica y tecnológica», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005.
- ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- FUNTOWICZ, S., STRAND, R., «De la demostración experta al diálogo participativo», en *Revista CTS* núm. 8, vol. 3, abril de 2007.
- GARMENDÍA MENDIZÁBAL, C., «Ciencia e Innovación: ahora más que nunca», en *El País*, 22 de marzo de 2009.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, F. J., DURLAN, C., CÁCERES GÓMEZ, S., ALEIXANDRE MENDIZÁBAL, G., «La participación pública en el contexto de los proyectos tecnológicos», en *Revista CTS*, núm. 10, vol. 4, enero de 2008.
- HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós, 2002.
- HOTTOIS, G., *El paradigma bioético (Una ética para la tecnociencia)*, Barcelona, Anthropos, 1991.
- JONAS, H., *Técnica, medicina, ética*. Barcelona, Paidós, 1997.
- LÓPEZ CEREZO, J. A., «Democracia en la frontera», en *Revista CTS* núm. 8, vol. 3, abril de 2007.
- MÉNDEZ BAIGES, V., SILVEIRA GORSKI, H., *Bioética y derecho*, Barcelona, UOC, 2007.
- «Esperanzas fundadas, grandes beneficios y *dumping* bioético», en H. SILVEIRA GORSKI (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Barcelona, Icaria, 2008.
- MIRENOWICZ, J., *Sciences et démocratie, le couple impossible?*, París, Ed. Charles Léopold Mayer, 2002.
- MITCHAM, C., BRIGGLE, A., «Ciencia y política: perspectiva histórica y modelos alternativos», en *Revista CTS* núm. 8, vol. 3, 2007.
- PÉREZ SEDEÑO, E.; «Evaluación, transparencia y democracia», en *Revista CTS*, núm. 8, vol. 3, 2007.
- QUINTANILLA, M. A., «Entrevista a Miguel Angel Quintanilla por Juan R. Coca. Entre ciencia, tecnología, política y sociedad anda el juego», en *ArtefaCTos*, vol. 1, núm. 1, noviembre de 2008.
- RODOTA, S., «Usos del derecho y regulación de la vida», en A. SÁNCHEZ, H. SILVEIRA, M. NAVARRO, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria, 2003.
- «Aventuras del cuerpo», en H. SILVEIRA (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Barcelona, Icaria, 2008.
- SALOMÓN, J. J., *Le destin technologique*, París, Gallimard, 2002.
- SANTOS, B. de S., *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.
- SANZ MERINO, N., «La apropiación política de la ciencia: origen y evolución de una nueva tecnocracia», en *Revista CTS*, núm. 10, vol. 4, enero de 2008.

- SAREWITZ, D., *Frontiers of Illusion: Science, technologie and problems of progress*, Philadelphia, Temple University Press, 1996.
- SEVERINO, E., *Filosofía futura*, Barcelona, Ariel, 1991.
- SFEZ, L., *Le rêve biotechnologie*, París, PUF, 2001.
- SHAH, S., «Los experimentos clínicos realizados con los pobres del Planeta», en *Le Monde diplomatique (edición española)*, núm. 141, julio de 2007.
- SILVEIRA GORSKI, H. C. (ed.); *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Barcelona, Icaria, 2008.
- UNU-IAS, *Report: Is Human Reproductive Cloning Inevitable: Future Options for UN Governance*, Japón, 2007 (www.ias.unu.edu).

Fecha de recepción: 25/05/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

La intervención del Derecho en la actuación sanitaria. El extraño caso del consentimiento informado ¹

Por ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE

Universidad de Cantabria

RESUMEN

En su origen el consentimiento informado aparece en la relación médico-paciente como expresión de la autonomía de la voluntad del paciente aplicada al seno de la relación médica. Sin embargo, en la práctica de los tribunales la institución va a jugar más en relación con el tema de la distribución de riesgos y de la reparación de daños derivados de la actividad sanitaria que en relación con la idea de libertad del paciente.

Palabras clave: Bioética. Consentimiento informado. Autonomía de la voluntad. Relación médico-enfermo. Responsabilidad sanitaria. Riesgos médicos.

ABSTRACT

Originally Informed Consent appears in the relationship between the doctor and his patient as a means of giving the patient the power to make an independent decision. However, in the Courts, the patient's consent in going

¹ Artículo redactado en el marco del Proyecto Consolider HURI-AGE. El tiempo de los derechos. CSD 2008-00007.

to intervene more in relation to the distribution of risks and the reparation of damages produced by the medical practice than in relation to the abstract view of the patients freedom of choice.

Key words: *Bioethics, Informed Consent. Personal Autonomy, Medical Relationship, Medical Liability, Medical Risk.*

Puede afirmarse que hasta hace pocas décadas el mundo de la medicina era un mundo poco intervenido por el derecho. La medicina, pese a ser una esfera de comportamiento social que demanda con especial énfasis referentes normativos, tanto por los conflictos de valores que su desarrollo plantea como por la cantidad de riesgos que pone en marcha, era una actividad escasamente intervenida por el derecho.

Esta escasa intervención se manifestaba en un doble sentido. En primer lugar, la existencia de una parca regulación propiamente jurídica de la actividad sanitaria, en la medida en que el derecho adoptaba como propios los cánones de la profesión. El derecho asumía entonces como suyos los cauces de regulación típicamente médicos, generados desde dentro del sector profesional, tales como la clásicamente llamada *lex artis*, los Estatutos de las organizaciones profesionales o los Códigos deontológicos. Este fenómeno de autonomización presentaba problemas a causa de sus fuertes rasgos gremiales, corporativos, de defensa de un interés profesional. E implicaba además que la profesión médica lograba imponer a la sociedad su visión del ejercicio profesional y de la relación médico-paciente.

En segundo lugar, puede hablarse de una escasa y benévola atención jurisprudencial hacia la práctica médica que determinaba un escaso control judicial. Pocos pleitos llegaban a plantearse y las sentencias dictadas resultaban normalmente benévolas. De hecho, y como se ha puesto de manifiesto estadísticamente, partiendo de ese precario y parcial material normativo, el derecho apenas perseguía y castigaba los casos de mala práctica médica². La medicina era además enjuiciada por los tribunales desde la perspectiva de la moral profesional o deontología médica, y se apreciaba en las sentencias una elevada consideración profesional que se dispensaba por parte de la judicatura a la

² Como ha puesto de manifiesto estadísticamente Romeo Casabona, quien ha contrastado la escasa atención que el TS ha dedicado a cuestiones de este tipo. Casos de responsabilidad penal contabiliza 20 en 100 años, los cien anteriores a 1980, fecha de terminación de su libro *El médico y el derecho penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981. Este dato se recoge en la página 55. Siguen siendo escasos los pronunciamientos en los años posteriores, como vuelve a poner de manifiesto el mismo autor en su libro *El médico ante el derecho*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986. Tampoco son numerosas las dictadas por la sección civil. Sólo a partir de finales de los ochenta la atención que presta la jurisprudencia a la actividad médica empezará a ser mayor.

medicina, a sus profesionales y a las reglas que les son propias, que hacía que los jueces fueran especialmente comprensivos en los casos en que esta actividad producía daños³.

Sin embargo, constituye un fenómeno social incuestionable que en las últimas décadas la actividad médica, en su doble faceta de labor terapéutica y actividad investigadora, han salido de la reserva en que se había desenvuelto tradicionalmente, constreñida dentro del ámbito exclusivamente médico, ya fuera en los hospitales y centros de investigación, en las corporaciones profesionales y sus comités deontológicos o en las Facultades de medicina, y se ha convertido en un foco de interés social. Sobre ella han centrado su atención no sólo los medios de comunicación sino también distintas especialidades como la ética —que ha adquirido incluso una condición peculiar, la bioética—, la economía o el derecho.

La aparición misma y el auge de la Bioética es un fenómeno expresivo en este sentido. No hay que olvidar que el término bioética se acuña en la segunda mitad del siglo pasado por oposición al término hasta entonces corriente de «ética médica». Este cambio de nombre implica también el paso de un discurso ético sobre la práctica médica producido en el seno del propio sector profesional a un discurso nuevo de configuración pluridisciplinar en el que intervienen ya no sólo médicos sino filósofos, religiosos, juristas, sociólogos, etc. En la idea de que la resolución de estas cuestiones es tarea no sólo del sector profesional sino del conjunto de la sociedad.

Es más, puede decirse que los grandes temas de debate público contemporáneo son precisamente temas bioéticos, como el aborto, la eutanasia, la clonación, la investigación con células madre, etc. Y en este sentido el pluralismo que caracteriza las sociedades contemporáneas se proyecta también hoy día sobre las cuestiones relativas a la vida y la salud, convirtiéndolas en temas de intenso debate.

Como consecuencia, el debate social de los problemas derivados de la actividad médica va a provocar, tras la discusión ética, una intervención del derecho, que pretenderá establecer una regulación que responda a los intereses sociales mayoritarios. Esta intervención del Derecho será cada vez más amplia y llegará hasta poner sobre la mesa el término mismo de Bioderecho, en relación con una posible disciplina jurídica dedicada a regular las cuestiones relativas a la salud de los ciudadanos.

El Derecho cobrará protagonismo por un lado preocupado por articular los distintos intereses en juego en este campo, en un momento en que el pluralismo social se cuestiona el modo tradicional de regular el ejercicio de la medicina, y por otro molesto por la impunidad de que pueden gozar los profesionales de la medicina en el ejerci-

³ Cfr. a este respecto PÉREZ RUIZ, C. *La argumentación moral del Tribunal Supremo, 1940-1975*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 130-131.

cio de su actividad y la consecuente indefensión en la que pueden quedar sus pacientes.

Cabe señalar también que la tendencia a la mayor intervención del derecho en el mundo de la medicina se produce en un momento en que se generaliza el lenguaje de los derechos, que funciona incluso como un bagaje reivindicativo disponible del que se echa mano cada vez con más frecuencia. El enfermo se presenta ahora, de forma novedosa, como un sujeto de derechos. El desarrollo jurídico de los derechos humanos, convertidos ya en derechos fundamentales, es una de las características más típicas de las sociedades contemporáneas, y en las últimas décadas han ido abriéndose camino en el entramado legal. Este proceso, que en Europa vio tras la Segunda Guerra Mundial el desenvolvimiento de nuevos derechos económicos y sociales, se ha producido en España de forma repentina con la Constitución de 1978, que incorpora casi de golpe a nuestro ordenamiento jurídico una amplia gama de derechos⁴. Pues bien, el proceso de expansión de los derechos implica también su especialización, que enuncia y especifica derechos en relación con determinados sectores sociales: los derechos del niño, los de la mujer, de los discapacitados, de las distintas minorías... y pronto los derechos del enfermo. Sin duda los derechos del enfermo actúan como un mecanismo legal de intervención del derecho en el mundo de la medicina.

En el ámbito internacional los años setenta vieron las primeras declaraciones importantes, como la Carta de derechos del paciente promovida en los Estados Unidos por la Asociación Americana de Hospitales en 1973. En 1976 la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa recomienda a los gobiernos de los países miembros que tomen medidas tendentes a que los pacientes reciban tratamiento adecuado y sean informados debidamente. En España la Constitución de 1978, que recogerá un listado de derechos típicamente contemporáneo, incluye el derecho a la salud (art. 43 CE), y establece las obligaciones de la Administración pública de cara a garantizarla. Como desarrollo será la Ley General de Sanidad de 1986 la que incorpore, en su artículo décimo, un listado de derechos del enfermo⁵. Esta ley debe entenderse modificada en algunas materias, como la relativa al

⁴ Al tema de los derechos humanos y su incorporación al ordenamiento jurídico español ha dedicado su atención científica el profesor Peces-Barba, desde la perspectiva privilegiada de ponente constitucional y defensor de la introducción de los derechos humanos en el orden jurídico como forma de realizar una aportación moral al sistema legal. Sus esfuerzos doctrinales en los últimos años se centran en dirección de la redacción de una historia de los derechos fundamentales, junto con los profesores Eusebio Fernández y Rafael de Asís, cuyos primeros volúmenes ya han visto la luz. Cfr. PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ E., y DE ASÍS, R. (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, habiéndose editado ya los volúmenes dedicados a los siglos XVI-XVII, XVIII y XIX.

⁵ Interesante sobre el proceso de elaboración de la Ley General de Sanidad es el libro de GONZÁLEZ NAVARRO, F., COSTAS TERRONES, J. C., y SOLER DURALL, C., *El proyecto de Ley General de Sanidad*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1985,

respeto de la voluntad del paciente, por la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica de 14 de noviembre de 2002.

Ahora bien, hay que ser conscientes de que la intervención del derecho, que convierte una relación humana en un supuesto de hecho, que tipifica, que imputa consecuencias jurídicas, no implica la solución de todos los problemas, sino más bien un movimiento de traslación que lleva a plantearse nuevas cuestiones e incluso a la aparición de otros inconvenientes.

Precisamente una de las vías o mecanismos de intervención del derecho en el mundo de la medicina va a ser la institución del consentimiento informado.

La institución del Consentimiento informado, que tiene su origen en los países anglosajones, donde está sometida todavía a fluctuaciones doctrinales y jurisprudenciales, puede definirse en términos amplios como el derecho de todo paciente capaz a ser informado sobre todos los extremos relevantes de su situación médica y sobre los tratamientos posibles, con el fin de que pueda decidir de forma autónoma sobre la manera en que ha de ser tratado médicamente⁶.

El del consentimiento informado es un debate que está ya presente entre nosotros, no sólo a nivel dogmático sino también estrictamente legal y también jurisprudencial. El consentimiento aparecía consagrado por la Ley General de Sanidad de 1986, en su artículo 10, en el que se decía respecto de los tratamientos médicos que «... en todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente...», a quién se le dará «... información completa y continuada... sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». Se habla del derecho «a la libre elección de opciones», y del derecho a «... abandonar el tratamiento... debiendo solicitar el alta voluntaria...», etc.

Todo ello pensado sin duda en relación con la idea de libertad, considerada esta como valor superior del orden jurídico (art. 1.1 CE) y con la noción de la dignidad de la persona como derecho fundamental (art. 10.1 CE)⁷. La cuestión aparece retomada, con los mismos fundamentos ideológicos y jurídicos de dignidad de la persona y derecho a la libertad, en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y

donde se incluyen estudios jurídicos, económicos y médicos que sirvieron de materiales previos para la elaboración de la ley.

⁶ Para un panorama general de la institución en el mundo anglosajón, cfr. El libro clásico de FADEN, W. A., y BEAUCHAMP, T. L., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, 1986.

⁷ El artículo 1 de la Constitución española considera la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Además, la libertad ha sido vista, a partir de las prescripciones constitucionales, como la clausula de cierre de nuestro sistema político-jurídico, afirmación esta de indudable relevancia jurídica por el juego que puede dar a este principio a la hora de realizar la interpretación y aplicación del derecho; cfr. a este respecto PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 155 y ss.

de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica de 14 de noviembre de 2002, en la que se define el Consentimiento informado (art. 3) como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

La institución del consentimiento informado aparece como una versión jurídica de la idea de la autonomía individual aplicada al campo de las relaciones médico-paciente. Su estudio muestra, sin embargo, cómo acabará por centrarse en el problema de la responsabilidad por daños. Los daños y no la autonomía es la clave de la forma en que el derecho va a dar juego a esta institución. Como veremos, se produce un movimiento de traslación del tema de la libertad al de la responsabilidad. Esta cuestión merece un comentario pues ha pasado inadvertida a la mayor parte de los estudiosos del tema, que se quedan en el planteamiento de la libertad.

Es cierto que la intervención jurídica en el mundo de la medicina producida en las últimas décadas es normalmente interpretada en clave de libertad personal. La defensa de la autonomía personal y del consentimiento en el seno de la relación médica se apoyará para desenvolverse en las ideas que en general sustentan el pensamiento liberal. Ideas como la de que nadie es más capaz que uno mismo para decidir sobre sí mismo, incluso sobre su propia condición física, o la del carácter valioso que se concede al hecho de que sea uno mismo quien esté gobernando su propia vida, o finalmente la idea de que adherirse al principio de autonomía supone admitir formas de vida que no entendemos, que rechazamos o incluso que consideramos estúpidas.

En los orígenes del liberalismo clásico encontramos enunciados generales que avalan el correcto significado de la expansión de este principio de autonomía. John Stuart Mill en su libro *Sobre la libertad* realizó afirmaciones como las siguientes: «nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque esto fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque en opinión de los demás hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar, persuadirle, pero no para obligarle...»; «sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano...»; «su voluntaria elección es garantía suficiente de que lo que él elige es deseable, o cuando menos soportable para él, y su beneficio está, en general, mejor asegurado dejándole procurarse sus propios medios para conseguirlo»⁸. La libertad para actuar debe ser respetada siempre que no perjudique a terceras persona y el sujeto esté dispuesto a afrontar las consecuencias. Se formula así un sólido

⁸ MILL, J.S., *Sobre la libertad*, traducción de Pablo de Azcárate, prólogo de I. Berlin, Alianza Editorial, 1990, pp. 65, 66 y 190, respectivamente.

enunciado teórico que avala la libre elección del individuo, y que puede ser aplicable también al ámbito médico.

Más recientemente, y con especial fuerza, el filósofo Carlos Nino ha afirmado, desde su conocida perspectiva liberal, que la autonomía de los individuos para elegir y materializar sus propios planes de vida es intrínsecamente valiosa⁹. A partir de ahí la libertad, convertida en un valor jurídico superior, y probablemente en el valor político que más éxito ha tenido en los dos últimos siglos, se despliega en una pluralidad de libertades individuales que se expanden por los distintos ámbitos de las relaciones sociales, en una tendencia expansiva que explicaría en buena parte el desarrollo de la moderna historia social.

Y así en el siglo pasado la idea de libertad personal llega con fuerza a las fronteras de la medicina, donde sin embargo choca con un mundo adverso en su configuración tradicional¹⁰. La medicina estaba basada en la idea de beneficencia, idea que puede presentarse como típicamente médica y contraria al principio de autonomía, en cuanto implica actuar con una finalidad curativa, si es necesario al margen de la voluntad del paciente. La autonomía ha de enfrentarse entonces a una argumentación paternalista, que pretende que la actividad médica se justifica, incluso al margen de la voluntad del enfermo, en cuanto que no hace sino ampliar la capacidad de elección de formas de vida.

No obstante, el principio de autonomía salvará este escollo y logrará imponerse en el mundo de las relaciones médico-paciente, al menos a nivel teórico, como lo demuestran las discusiones en torno a la justificación de las actuaciones paternalistas, que acaban por ser rechazadas cuando no se realizan en favor de alguien que sea considerado como «básicamente incompetente»¹¹.

La autonomía va a poder ejercerse entonces también en decisiones relativas a la propia salud, tales como si el paciente quiere someterse a algún tratamiento, si quiere asumir o no un riesgo médico, perder un miembro, permanecer enfermo, ser dado de alta, morir, etc. Y a partir de ahí el paciente va a ser presentado como un sujeto libre y autónomo capaz de tomar sus propias decisiones en todo lo relativo a su vida y su salud.

Sin embargo, no es difícil darse cuenta de que el ámbito de la enfermedad es un mundo poco apropiado para el ejercicio libre de

⁹ Cfr. NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989; más en concreto los capítulos V, «El principio de autonomía de la persona», y X, «Los límites de la interferencia estatal: El perfeccionismo».

¹⁰ La contraposición entre la beneficencia como principio inspirador típico de la actuación médica tradicional y la autonomía como un enunciado novedoso que intenta abrirse paso en el mundo de las relaciones médico-paciente, puede verse comentada en el libro clásico de GRACIA, D., *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema Universidad, 1989. Hay una edición más reciente en Madrid, Tricastela, 2007.

¹¹ En España los términos del debate pueden verse en el número 5 de la revista *Doxa* (1988) con artículos de Ernesto GARZÓN VALDÉS y Manuel ATIENZA.

la voluntad. Puede decirse que la enfermedad es en sí misma un estado en absoluto ideal para el ejercicio de la autonomía.

Frente al intento de extender el principio de autonomía se ha de constatar que en el campo de las relaciones médico-paciente las posibilidades de establecer una normativa tomando como modelo de paciente un sujeto libre que decide de forma consciente y voluntaria, sin interferencias externas y con conocimiento claro de la situación y de las consecuencias de sus actos, se van a ver muy limitadas. En muchas ocasiones el de la enfermedad es un ámbito marcado por la necesidad y el fatalismo. La hipertrofia del lenguaje de la libertad lleva a hablar de autonomía y consentimiento también en la relación médica, haciendo pensar que el enfermo puede decidir de forma libre y consciente, pero estos principios no se van a mover en este campo con facilidad por diversas circunstancias derivadas de la especial situación del enfermo y de la peculiar relación existente entre el enfermo y el personal sanitario. Y eso sin tener en cuenta otros límites a la libertad del individuo que son muy sensibles para el Estado, como los que se presentan, en el extremo mismo de la vida, a la hora de hablar de la propia muerte¹².

Con frecuencia no es fácil encontrar a un paciente en las condiciones adecuadas para ejercer su autonomía. El sujeto cuya autonomía se proclama es con frecuencia un enfermo, está hospitalizado, aislado de su entorno habitual, y en cierto sentido entregado ya en las manos del médico. Precisamente Habermas se ha referido a las peculiaridades del diálogo terapéutico afirmando que «el paciente en modo alguno adopta desde el principio frente al médico una posición de simetría: pues el paciente no cumple las condiciones de un participante en el discurso»¹³.

El enfermo se ve sometido a una relación de poder que condiciona su forma de pensar y su libertad para actuar. La relación médico enfermo puede ser presentada también como una más de las muchas relaciones de autoridad que están funcionando en todas las sociedades contemporáneas. Se trata de una relación de autoridad, es decir una relación de poder basada en el saber, que se configura como una relación desigual en la que algunos individuos imponen su criterio a otros.

Por otro lado, y a pesar de los referidos enunciados legales, el derecho parece no tener todavía clara la relevancia que debe darse a la autonomía personal dentro de la relación médica. Pesa todavía mucho la consideración social de la enfermedad como una situación indeseable

¹² Y es que, como intuye Cioran, un hombre que está dispuesto a morir es más poderoso que cualquier Estado, cfr. CIORAN, E. M., *Del inconveniente de haber nacido*, trad. E. Seligson, Madrid, Taurus Humanidades, 1992, p. 98.

¹³ Cfr. esta particular interpretación en HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, trad. M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid 1989, p. 157.

para las sociedades contemporáneas, y también la imagen del médico como un colaborador del Estado que lucha por el mantenimiento de la salud, aunque sea con independencia de la voluntad del enfermo¹⁴. Esta idea subyace, como iremos viendo, a parte del tratamiento jurisprudencial que los tribunales dedican a la institución del consentimiento informado.

A causa en buena parte de este conjunto de circunstancias la idea de autonomía, al ser introducida por el derecho en la relación médico-paciente, adopta una versión peculiar. Hay una lectura jurídica de la idea de libertad en la relación médico-paciente. Lectura que estará condicionada por la lógica legal. Por la propia capacidad de operar del derecho –torpe para hacer eficaz la autonomía en cuanto principio abstracto–, y por las necesidades que considera prioritarias –reparación de daños, distribución de responsabilidades, atribución de culpas, etc.–.

Como resultado puede decirse que la intervención jurídica toma como punto de apoyo la autonomía personal, pero acaba por desplazar la preocupación del tema de la libertad al de la responsabilidad, y la institución del consentimiento informado se convierte prioritariamente en un mecanismo de redistribución de riesgos.

Para probar estas afirmaciones relativas al movimiento de traslación que se opera en el seno de la institución del consentimiento informado del tema de la libertad al tema de la responsabilidad cabe referirse a cómo ha evolucionado la jurisprudencia en los países anglosajones.

La actividad judicial en los Estados Unidos nos facilita un argumento expresivo en este sentido. La jurisprudencia norteamericana muestra un lapso de cuarenta años de *impasse*, de parálisis del desarrollo jurisprudencial, desde que se afirma la autonomía del paciente en las primeras sentencias (caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital* –1914–, donde se enuncia de manera clara el principio del consentimiento: «todo ser humano adulto y en plenitud de sus capacidades mentales tiene derecho a determinar lo que se hará con su propio cuerpo, y un médico que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión de la que es responsable en daños»); hasta que se configura la institución del consentimiento informado. Esto ocurre en los años cincuenta (caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 1957), cuando el tradicional

¹⁴ Un texto clásico a este respecto es el de PARSONS, T., *Definition of Health and Illness in the Light of American Values and Social Structure, en Patiens, Physicians and Illness, Sourcebook in Behavioral Science and Medicine*, Free Press, 1958, pp. 165-187. La cita esta en las pp. 172 y 175, donde Parsons pone de manifiesto esta visión social de la enfermedad. También de Parsons sobre la relación médica y sociedad, cfr. *El sistema social*, trad. J. Jiménez Blanco y J. Carloza Pérez, Madrid, Alianza Editorial, 1982, en concreto el capítulo 10, *Estructura social y proceso dinámico. El caso de la práctica médica moderna*, pp. 399-444.

y genérico deber de obtener el consentimiento se convierte en un deber explícito de revelar información.

En este momento todos los tópicos del consentimiento, naturaleza, consecuencias, daños, beneficios, riesgos y alternativas del tratamiento se conciben como necesidades de información hacia los pacientes. La autodeterminación toma la forma de un requerimiento de revelar riesgos, y la falta de consentimiento sólo origina responsabilidad cuando se produce un daño derivado del riesgo no asumido por el paciente¹⁵.

La información puede efectivamente jugar un papel importante en relación con la autonomía, de la que se puede considerar como un requisito previo, pero sin embargo en la configuración jurídica de la institución será puesta en relación con el riesgo y el posible daño. Así lo sigue poniendo de manifiesto la jurisprudencia inglesa (caso *Chatterton v. Gerson and Another* –1981–) y la práctica judicial en los EE.UU., donde la institución del consentimiento informado funciona normalmente en relación con el delito de negligencia, que exige la presencia de un daño para poder actuar.

También para entender la situación en el Reino Unido hay que referirse a la distinción entre los tipos de agresión (*battery*), donde es clave la cuestión de la autonomía, y negligencia (*negligence*), donde la clave estará en el daño. El tipo de agresión implica que se puede demandar a un médico por realizar una operación sin el consentimiento del paciente, con independencia tanto de la finalidad curativa como del resultado. La operación es vista entonces como una agresión más en cuanto intromisión (*touching*) en el cuerpo de la víctima sin su consentimiento. Pues bien, en Inglaterra la jurisprudencia fue abandonando las acciones por agresión¹⁶, argumentando entre otras razones la inconveniencia de utilizar la expresión agresión en referencia a la práctica médica, y las dificultades para incluir en el concepto de agresión el suministro de drogas como terapia (el delito de agresión exige un especial contacto físico –«touching»–)¹⁷. Pero además hay razones de práctica procesal, ya que la agresión invierte la carga de la prueba, haciendo al médico responsable de probar la existencia de consentimiento para evitar su responsabilidad. Como este resultado no se considera adecuado, la agresión se usa sólo en los rarísimos casos en los que no se dio ningún tipo de información al paciente, porque se considera que entonces se actúa al margen de la práctica médica.

La jurisprudencia inglesa se inclina por el uso de las acciones de negligencia, que exige la omisión de un deber de cuidado, en el que se

¹⁵ Cfr. FADEN, W.A., y BEAUCHAMP, T.L., *A History and Theory of Informed Consent*, cit., pp. 129 y ss.

¹⁶ Paradigmático de la evolución de las acciones por agresión a las acciones por negligencia es el caso *Chatterton v. Gerson and another* (1981; 1 All E. R. 257-267).

¹⁷ Cfr. McLEAN, S. and MAHER, G., *Medicine, Morals and the Law*, England, Gomer Publishing Company Limited, 1983, p. 96.

incluye el deber de informar, y además la producción de un daño reconocido por el derecho. Una vez más la exigencia del daño es esencial para que funcione la teoría del consentimiento informado, porque supone que la simple violación de los deseos del paciente con finalidad curativa no supone negligencia.

Esta descripción de la práctica judicial inglesa ilustra bien cómo en este país la relevancia del consentimiento informado se hará depender, más que de la voluntad del paciente, de la materialización de un daño. Desde el momento en que la práctica judicial enfoca el tema de la responsabilidad médica con el tipo de negligencia se está ya predeterminando que el consentimiento va a jugar en relación con la información de los riesgos y la producción de daños y no simplemente cuando se haya producido una simple infracción de la voluntad del enfermo.

A juzgar por la más reciente jurisprudencia, también en España la institución del consentimiento informado adopta una forma similar, y los tribunales vienen utilizando la institución sobre todo para resolver el tema de la distribución de responsabilidades y la asunción de riesgos. Puede decirse que la institución del consentimiento va a jugar un papel esencialmente polémico en el seno de la relación médico-paciente, creando un nuevo y peculiar campo de batalla jurídico, en relación con la materialización de riesgos y la producción de daños, de manera que la responsabilidad aparecerá en los casos en que se haya materializado un riesgo de resultados de la intervención médica, riesgo del que no se había informado al paciente. Son casos en los que la falta de consentimiento consiste realmente en una falta de información.

Hay que hacer notar que en estos casos, más que haberse realizado la operación contra la voluntad del paciente, lo que ocurre es que no se ha dado la oportunidad de consentir. Lo que se pone en juego en un litigio en el que el principal elemento de discusión es el consentimiento informado no es la autonomía de la persona, sino en primer lugar la negligencia por no informar, y en segundo lugar la responsabilidad del médico por un riesgo que se materializó en la práctica de la operación, quizás debido a una negligencia difícil de probar, quizás debido al «alea», entendido como elemento de incertidumbre propio de toda operación médica, o a la elección de una «lex artis» correcta pero inoportuna. Son casos en los que lo que aparece más claro tras la reclamación no es una opción de vida o una elección de tratamiento, sino simplemente una pretensión indemnizatoria.

Puede decirse por tanto que la institución del consentimiento informado operará principalmente en la práctica jurídica en función de la necesidad de establecer compensaciones económicas por las consecuencias desafortunadas de la actividad médica, más que en atención a cuestiones abstractas de autonomía personal del paciente.

Es curioso cómo este papel del consentimiento en relación con la responsabilidad en el seno de la relación médica encaja con la teoría de N. Luhmann sobre la actualidad del riesgo.

Niklas Luhmann ha abordado, desde una perspectiva sociológica, la evolución del problema del riesgo en las sociedades contemporáneas. Su original enfoque puede sernos útil para comprender el tratamiento que recibe de manos del derecho la actividad curativa del profesional médico.

Luhmann sostiene que cabe un enfoque sociológico del tema del riesgo, porque el riesgo no existe como realidad natural, como algo dado en el mundo exterior, sino que la consideración de situaciones como arriesgadas, la selección de riesgos, e incluso la evaluación del riesgo y la disposición a aceptarlo, están condicionadas por factores sociales¹⁸. A partir de ahí, una construcción social del riesgo permite que el riesgo sea considerado como un modo de observar del sistema, que resulta muy útil para describir y entender situaciones complejas a las que nos enfrentamos con frecuencia.

Se trata de situaciones en las que juega un papel determinante la toma de decisiones. Esto es así porque la clave para observar estos casos y comprenderlos sería la dicotomía riesgo-peligro, dicotomía que se contrapone en la medida en que el riesgo es un daño atribuible a una decisión, mientras que el peligro es un daño provocado externamente, independientemente de procesos decisorios¹⁹.

Como esquema de observación el riesgo sería cada vez más útil, precisamente porque mientras en las sociedades antiguas se marcaba más el peligro, lo incontrolable, lo «natural», en las sociedades modernas se incide en el riesgo, en la consideración de males previsibles²⁰. Ello se debe por un lado al proceso de tecnificación, que supone que cuanto más se acentúa la diferenciación de la ciencia, cuanto más se sabe, más se establece la conciencia del riesgo²¹, y por otro al auge de la consideración del papel del individuo, producido con la transición a la modernidad, que implica que procesos que antes se consideraban parte de la naturaleza son vistos ahora como consecuencia de decisiones personales. De resultas de lo cual cada vez más peligros se transforman en riesgos²².

De esta forma, en un mundo como el actual, donde se toman constantemente decisiones de todo tipo y en el que el desarrollo técnico y científico permite prever con gran concreción las distintas consecuencias posibles de los actos, nos encontraríamos ante una gran cantidad

¹⁸ Cfr. LUHMANN, N., *Sociología del riesgo*, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, 1992, pp. 46-49.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 64-65.

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 68. Una de las consecuencias que implica la sustitución del peligro por el riesgo es dejar atrás propiedades valiosas que la ética había acuñado frente a situaciones de peligro, como el valor, la imperturbabilidad, la fortaleza, etc. Para Luhmann, en la sociedad de riesgo la atribución de culpas se regula de manera diversa, y la forma jurídica es el derecho subjetivo, cfr. *Ibidem*, pp. 148-149.

²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 73.

²² Cfr. *Ibidem*, p. 88.

de situaciones que podrían ser enfocadas y entendidas ya en términos de riesgo.

Pues bien, la actividad médica es un campo especialmente apto para ser considerada en términos de riesgos. En el desarrollo de la medicina actual es palmario el desenvolvimiento de los factores citados de tecnificación y de individualización, hasta el punto de que pueden ser considerados como las características más destacadas del desarrollo contemporáneo de la actividad curativa. Como consecuencia, cada vez son más previsibles los riesgos a causa de los cada vez mayores conocimientos técnicos, y cada vez se quiere dar mayor relevancia a la autonomía personal del paciente a la hora de decidir. Esto supone que el peligro, el «alea», lo imprevisible, vaya siendo sustituido progresivamente por la presencia de riesgos calculables, posibles de evaluar, que han de ser considerados, y que crean un campo nuevo en el que debe debatirse no sólo si se asumen o no, en atención a los costes posibles, sino también quién deberá responsabilizarse de ellos en el caso de que se materialicen.

En este sentido, esta perspectiva para abordar la relación médica sería más fecunda que la que se derivaría de plantearla desde la contemplación del consentimiento informado centrada en la autonomía personal del paciente. La nueva perspectiva que adopta el consentimiento girando en torno al tema del riesgo multiplica la capacidad de decisión, crea un campo en el que se reparten facultades de manera aproximadamente equitativa a las dos partes, permite hacer a las partes responsables, consigue incluso que decisión tomada, aunque haya materializado riesgos, pueda haber sido correcta, incluso desculpabiliza, etc.²³

La distribución del riesgo en materia sanitaria no queda ya situada en un esquema de confianza antiguo, en el que el paciente confiaba en el médico y asumía los posibles riesgos como daños fortuitos que se podían materializar, sino que la relación se juridifica y los riesgos se redistribuyen en función de cómo haya sido el proceso decisorio, estableciéndose una nueva forma de regulación social del riesgo.

Sin embargo, para Luhmann el derecho no será la ubicación final de la problemática del riesgo, ya que constata la tendencia de tales situaciones a seguir desplazándose, para acabar localizándose con frecuencia en el sistema económico²⁴. La causa de este desplazamiento último del problema del riesgo estaría en que el dinero, eje del sistema

²³ Ventajas similares a las que presenta Luhmann como derivadas de la perspectiva del riesgo en general, cfr. *Ibidem*, pp. 67-68.

²⁴ Luhmann dice que «La responsabilidad se coloca allí donde se pueden calcular (y pagar!) las alternativas». Luhmann no da demasiada importancia a la ética como espacio de solución de estos conflictos, ya que si bien reconoce que se suele llamar a la ética en contextos en los que se trata de riesgos (de investigación, económicos, médicos, políticos), dice que la política cuando llama a la ética es remitida a sí misma, para acabar en organizaciones que son capaces de «tomar acuerdos, votar y comunicar resultados», cfr. *Ibidem*, pp. 206-209 y 260.

económico, funciona como el gran conversor que es, capaz de traducir la complejidad de las más variadas situaciones y de darles una solución satisfactoria. Este campo presenta para Luhmann la doble ventaja de ofrecer buenas posibilidades de cálculo y de pago por un lado, y de tener mala memoria, es decir, de no incidir demasiado en el tema de las culpas personales, por otro²⁵. De manera que puede ser el asiento definitivo de las situaciones de riesgo.

La tendencia a acabar remitiendo el problema de los riesgos a estructuras económicas también se aprecia en el ámbito de las relaciones médicas como fruto de la intervención del derecho y su sistema de responsabilidad. También aquí la remisión a la esfera económica presenta la doble ventaja, insinuada por Luhmann, de distribuir responsabilidades más equitativamente, compensar a las víctimas, permitir cálculos más exactos e incluso disminuir la culpabilización del sujeto responsable, especialmente problemática cuando se trata de médicos y enfermos.

Este sería el resultado de la sistemática aseguración de los profesionales de la medicina o de la atribución de la responsabilidad objetiva al Estado en aquellos casos en los que se trata de una actividad médica socializada. La responsabilidad objetiva, sede en la que se insiste con frecuencia para resolver las responsabilidades sanitarias, implica por su especial carácter jurídico independiente de la culpa o negligencia, que la actividad que hace surgir la responsabilidad no es especialmente reprochable desde el punto de vista moral. Además, es la propia Administración la que responde y la que corre con el coste de la reparación del daño, sin que esto determine la quiebra del patrimonio del personal sanitario.

Por otro lado, en la vía civil, cuando la responsabilidad no es asumida por la Administración, la remisión a las compañías de seguros permite también que los tribunales determinen con más libertad las responsabilidades pecuniarias derivadas de las responsabilidades médicas, así como que éstas sean efectivamente satisfechas sin provocar efectivamente la quiebra, siempre indeseable para el derecho, de patrimonios personales y disminuyendo la penosidad de las responsabilidades.

Sin duda poniendo su punto de mira en el tema del riesgo y de la responsabilidad, el derecho encuentra un material jurídico más consistente y maleable con el que trabajar. Menos comprometido con la abstracta idea de autonomía individual, pero más capaz de solucionar los problemas reales y de reparar los daños causados, a la vez que amplía la incriminación y redistribuye las responsabilidades de la relación en un momento en que existe preocupación por la impunidad de la actividad profesional de los facultativos. Y así es como el consentimiento redistribuye los riesgos, tan frecuentes en esta actividad.

²⁵ El dinero pasa a convertirse en el centro del litigio, y una vez concluido el pleito, como señala Luhmann, «el dinero no recuerda por qué fue pagado», cfr. *Ibidem*, p. 221.

No recabar el consentimiento es tenida como una falta de diligencia y como una infracción de la *lex artis*, como una actividad responsable, que se considera la causa del daño, haciendo palmaria la relación de causalidad entre la actividad y el daño, ya que se presume que no se hubiera consentido de haber sido informado.

Ahora bien, el carácter estratégico-jurídico de arma legal que venimos sosteniendo juzga el consentimiento una vez que es adoptado por el derecho, no supone que pueda ser utilizado solamente en favor del enfermo. El consentimiento, de resultas del modo de operar del derecho, puede pasar de defender la autonomía del paciente a legitimar la actuación del médico, en un momento en que su práctica está siendo objeto de un control más minucioso. La facilidad con la que la institución jurídica del consentimiento informado puede pasar a convertirse en un mecanismo de defensa del médico frente al paciente, puede ser tenida en cuenta también a la hora de calibrar la escasa fuerza con que el consentimiento afirma el principio de la autonomía.

Efectivamente, el consentimiento puede convertirse en una defensa del médico que se ampara en la fórmula clásica *volenti non fit iniuria*, que funciona cuando libremente y con conocimiento de los riesgos se aceptó el tratamiento²⁶. Descartada ya la posibilidad de acudir al consentimiento implícito derivado de la mera consulta profesional y en un momento en que el consentimiento del enfermo se afirma como un derecho esencial y funciona sobre todo como un elemento de juridificación y judicialización de la práctica médica, el personal sanitario y la Administración hospitalaria admiten el consentimiento también en su faceta procesal y lo utiliza como un mecanismo de descargo. El médico intentará de esta forma «domesticar» el principio de consentimiento, haciéndolo jugar en su favor en un campo donde se consideraran prohibidas las cláusulas de exención de responsabilidad.

El estudio en Inglaterra sobre los certificados médicos de consentimiento evidencia la vertiente eminentemente forense del asunto, presentando el consentimiento ante todo como un recurso procesal contra las demandas del paciente. En este sentido, se ha mostrado cómo los certificados de consentimiento han evolucionado a remolque de la jurisprudencia en un intento de exonerar de responsabilidad a los médicos, los enfermeros y la administración de los hospitales²⁷.

²⁶ También lo ha visto así ROMEO CASABONA, C.M., *El médico ante el Derecho penal*, cit., p. 311, donde comenta que el consentimiento no supone asegurar la eficacia del tratamiento a favor del paciente, «sino muy al contrario supone la asunción de todos los riesgos previsibles para su vida y su salud»; médico y enfermo comparten entonces la responsabilidad de la intervención.

²⁷ En consonancia con esta evolución se afirma que ante todo los formularios de consentimiento protegen a los que practican la medicina contra los riesgos de una acción por agresión que pueda ser formulada contra ellos, cfr. FARNADALE, W.A.J., *Law on Hospital Consent Forms*, England, Ravenswood Publications, Ltd. 1979, especialmente pp. 19 y ss. Si bien el autor reconoce que es también la mejor forma de asegurarse de que el paciente es informado.

Aunque estos certificados no llevan a la impunidad, puesto que ni la firma da carta blanca ni su ausencia implica un delito, sí que muestran la torsión del principio de consentimiento médico, operada gracias a la práctica procesal y a la posterior generalización de los certificados médicos²⁸, lo que está en innegable relación con el carácter eminente de arma procesal de la institución del consentimiento informado.

Veamos ahora cómo el papel que juega en la práctica la institución del consentimiento informado, redistribuyendo los riesgos derivados de las actuaciones sanitarias, se aprecia en la jurisprudencia en España.

En nuestra práctica jurisprudencial puede apreciarse, en primer lugar, que cada vez se alega con más frecuencia la falta de consentimiento informado por parte de quienes reclaman como resultado de un daño materializado de resultas de una intervención sanitaria. En línea con esto puede decirse que, como veremos, la falta de información y consentimiento es considerada ya mayoritariamente por la jurisprudencia del Supremo como una infracción de la *lex artis* del facultativo, lo que aumenta las posibilidades de argumentar con éxito su preterición, estableciendo con éxito la relación de causalidad entre la actuación sanitaria, carente de consentimiento, y el resultado dañoso.

En segundo lugar, otra novedad importante ha sido que la presencia de la alegación de falta de consentimiento ha determinado un cambio en la carga de la prueba de los pleitos por responsabilidad sanitaria, que pasa ahora a correr, en lo relativo a probar la existencia del debido consentimiento e información, a cargo de los responsables sanitarios, con lo que se incrementan notablemente las posibilidades de los pacientes de obtener un pronunciamiento favorable, haciendo que la responsabilidad por el riesgo caiga sobre los hombros de quién realizó la práctica médica.

Y por último podemos destacar en cuanto al tratamiento jurisprudencial del consentimiento, que los Tribunales vienen estableciendo que para que exista responsabilidad no es suficiente con la falta de consentimiento, sino que se precisa además que se haya producido un daño, un daño que será normalmente en las resoluciones judiciales un

²⁸ Por ejemplo, la *Medical Protection Society* preparó en 1988 un modelo de consentimiento que publicó en su revista *Consent, Confidentiality, Disclosure of Medical Records*, en el que el paciente admite haber sido informado y aceptar tanto el tratamiento como las medidas que se presenten como necesarias durante el curso de la operación. Se afirma también que no se le asegura que el tratamiento vaya a ser administrado por ningún médico en concreto. Aunque se trata de un formato sin sanción legal y puede que no se hayan dado las explicaciones realmente, en todo caso la firma se pretende que suponga una presunción que hace que la carga de la prueba recaiga sobre el demandante, con lo que se intenta volver el consentimiento del revés, cfr. KENNEDY, I. & GRUBB, A., *Medical Law, Text and Materials*, London, Butterworths, 1989, p. 175, donde se incluye el modelo de consentimiento.

daño físico, y sólo excepcionalmente un daño moral cifrado exclusivamente en la violación de la voluntad del paciente. Además, aun en estos casos en los que se responsabilice exclusivamente por el daño moral, hay que hacer notar que este daño moral aparecerá con frecuencia vinculado a un daño físico, que se habrá producido en el supuesto de autos. En estos supuestos no se considerará responsable al sanitario del daño físico, por entenderse que la actuación sanitaria fue correcta desde el punto de vista técnico-médico, pero sí que se tendrá en cuenta su importancia para cuantificar la intensidad del daño moral por la violación de la autonomía del paciente, que sí que va a dar lugar a responsabilidad.

Estos tres aspectos sitúan sustancialmente la institución del consentimiento informado en el marco de la responsabilidad por daños.

En primer lugar, puede decirse que en los últimos tiempos el tema de la información debida al paciente y el necesario consentimiento del enfermo como requisito previo a la actuación sanitaria, se ha convertido en una de las cuestiones protagonistas de las controversias judiciales, por lo que ha llegado hasta el punto de competir con el que hasta entonces venía siendo el tema tradicional que centraba las disputas jurídicas, que no era otro que el de la relación de causalidad entre la actuación médica y el resultado dañoso; tema que, planteado desde una perspectiva esencialmente médica y contemplando la actuación puramente técnica del profesional, venía siendo la cuestión fundamental a dilucidar en estos casos.

La cada vez mayor importancia que se concede a la idea de la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad, también en el campo de las relaciones médico-paciente, es el origen de esta creciente preocupación por el consentimiento del enfermo y también por la información que el paciente ha de recibir como un paso previo a la manifestación de su voluntad, que es ahora requisito previo a cualquier posterior intervención sanitaria.

Esta nueva situación se manifiesta judicialmente en una cada vez más frecuente alegación, en las demandas por responsabilidad médica, de la inexistencia de consentimiento informado por parte del paciente. Una frecuente alegación que ha sido incluso considerada por alguna sentencia como excesiva, en la idea de que se está convirtiendo en un argumento tópico que se utiliza de manera casi general, tal y como apunta la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001. En esta sentencia se dice que la alegación realizada en referencia a la falta de consentimiento «adolece de una gran imprecisión, por lo que su planteamiento en el sentido de que “ninguno de los doctores que sucesivamente atendieron al paciente realizaron ningún tipo de informe médico por escrito explicando el tratamiento necesario y cuál era el alcance de la lesión”, parece obedecer exclusivamente, según el juzgador, a la búsqueda de algún motivo que permita justificar la reclamación y el recurso». La alegación de la falta de consentimiento es presentada así como un argumento más

que se utiliza habitualmente incluso con independencia de su solidez, ya casi como una cláusula de estilo, para ver si se aumentan las posibilidades de conseguir un pronunciamiento incriminatorio.

Temporalmente el consentimiento informado empieza a aparecer con frecuencia en sentencias del Tribunal Supremo de los años noventa, y va apareciendo cada vez con más frecuencia. Es especialmente destacable, y muy citada luego como referencia, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 de abril del año 2000, del magistrado don Luis Martínez Calcerrada y Gómez, en la que se sostiene que el derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas, sino que incluye el derecho esencial de información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica, de forma clara y comprensible para el enfermo o para su representante legal, con la advertencia de los riesgos y señalando los posibles tratamientos médicos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención. Para la sentencia el respeto a la autonomía del paciente es, ni más ni menos, una característica del nuevo modelo de relación médico-paciente de la época contemporánea.

Para ver cómo se entiende el fundamento de la institución podemos citar la sentencia de la misma Sala de 19 de junio de 2007, que recoge la importancia del respeto a la autonomía del paciente y su relación con las ideas de libertad individual, libre desarrollo de la personalidad o dignidad humana, ideas que han ido siendo aportadas por la jurisprudencia como base de la institución. Según esta sentencia, «el consentimiento informado es un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Es pues un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo referente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo».

Sin duda esta cada vez mayor presencia de la institución del consentimiento informado en los pleitos sanitarios va a hacer que la problemática relación de causalidad entre la actuación médica y el daño, considerada en términos estrictamente técnico-científicos, en el sentido de científicamente médicos, que era hasta ahora el tema estrella, vaya a ceder parte de su protagonismo en el tratamiento jurisprudencial a un nuevo debate en torno a la información dada por los responsables sanitarios y al consentimiento prestado por parte del paciente.

Este nuevo debate sobre el consentimiento, la información y su prueba (que es, como señala el Tribunal Supremo, una cuestión de carácter eminentemente fáctico –sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de octubre de 2002–), resulta sin duda más cómodo para los juristas, que se mueven ahora en un terreno más familiar, alejado de los tecnicismos y el arcano lenguaje propio de la compleja práctica médica a los que les conducían el aná-

lisis de la clásica relación de causalidad, y hace que sin duda aumenten las posibilidades de exigir responsabilidades a los facultativos que ejercen una actividad que venía siendo tradicionalmente considerada como especialmente impermeable o resistente al control del derecho.

Sin duda la controversia sobre si se informó o no de los riesgos y de en qué forma y medida, o el debate sobre el carácter voluntario, consciente y libre con que se prestó el consentimiento por parte del paciente, consentimiento que deberá manifestarse en muchos casos en un documento escrito de tintes, es importante señalarlo, marcadamente jurídicos, constituye un campo más cómodo para el movimiento de los juristas que aquel otro campo sembrado de consideraciones técnico-científicas, de naturaleza médica, esenciales en la forma en que se entendía hasta el momento la relación de causalidad susceptible de determinar la imputación jurídica. De ahí que no sea de extrañar que este nuevo campo de la información y el consentimiento se hayan convertido ahora en un elemento de muy frecuente alegación y de tratamiento esencial a la hora de llevar a cabo la resolución de las controversias jurídicas sobre la práctica médica.

A la cada vez más frecuente alegación de la infracción del consentimiento informado en los pleitos sanitarios contribuye sin duda el hecho de que información y consentimiento vayan siendo considerados cada vez más por la jurisprudencia como elementos integrantes de la correcta actuación profesional, es decir de la *lex artis* del facultativo, de manera que podría funcionar como un elemento más en la configuración de la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño, que dejaría de estar solamente referida a la actuación puramente técnica del profesional para abrir ahora un hueco a los deberes relativos a la información y el consentimiento del paciente.

Puede citarse a este respecto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de septiembre de 2005, recordando sentencias anteriores como las de 2 de octubre de 1997 o 3 de octubre de 2000, en las que se considera que la falta de consentimiento informado es un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela además un anormal funcionamiento de la actuación del servicio sanitario, que da lugar a la indemnización correspondiente cuando del funcionamiento del servicio público sanitario se derivan secuelas de cuya posibilidad el paciente no fue informado.

En este caso, el Supremo reprocha al tribunal de instancia el haber incurrido en «una crasa infracción de la consolidada doctrina de esta Sala sobre la especial e indiscutible relevancia que como parte integrante de la *lex artis ad hoc* tiene el “consentimiento informado” del paciente».

Por otro lado, un segundo elemento que cabe destacar en relación con la manera en que el consentimiento informado revoluciona la práctica judicial en las controversias sanitarias es el relativo a la carga de la prueba. Este extremo resulta de decisiva importancia, ya que hasta ahora en el tema esencial de las controversias por responsabilidad

sanitaria, la prueba de la relación de causalidad entre la actuación médica y el daño, y vinculado con él la cuestión del carácter negligente de la actuación médica, la carga de la prueba venía a recaer sobre el paciente demandante. Esta carga procesal acababa por convertirse con harta frecuencia en una auténtica prueba diabólica, habida cuenta de la dificultad del acceso de los pacientes a los medios de prueba y de la influencia del corporativismo profesional, que hacía muy difícil contar con peritajes incriminatorios que desvelaran una negligencia en la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el resultado dañoso.

Sin embargo, la carga de la prueba de que se facilitó la información y se recabó el consentimiento correrá ahora a cargo de los profesionales de la salud y del centro sanitario, y no sobre los pacientes sometidos al tratamiento o la intervención, a partir de la base lógica de que es quién cuenta con mayor facilidad para llevar a cabo la actividad probatoria quien debe de soportar la carga de realizarla. Al respecto podemos citar de modo paradigmático la sentencia de la Sala de lo civil de 8 de septiembre de 2003, que señala que la incertidumbre en torno a si existió o no el consentimiento debe perjudicar a la parte demandada, ya que el deber de probar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al centro hospitalario. Esta sentencia va en una línea ya apuntada por sentencias anteriores de fechas 25 de abril de 1994, 2 de diciembre de 1996, 16 de octubre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 13 de abril de 1999, 19 de abril de 1999, 29 de junio de 1999 o 12 de enero de 2001.

Esta posición puede enmarcarse en lo señalado por la sentencia de 2 de diciembre de 1996, que establecía de modo literal que «inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión sus elementos muchas veces de los propios médicos de los centros hospitalarios en los que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión».

De este modo la inversión de la carga de la prueba en lo relativo al consentimiento informado reequilibra de modo sensible las cargas procesales en los pleitos médicos.

Un tercer tema importante para entender el papel que juega el consentimiento informado, más en relación con la responsabilidad que

con la autonomía, es el de la exigencia por parte de los Tribunales de un daño antijurídico para considerar que la falta de consentimiento da lugar a responsabilidad.

Por ejemplo, la jurisprudencia liga siempre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con la producción de un resultado dañoso, pero queda por aclarar si este daño ha de ser siempre un daño físico o si puede consistir más ampliamente en la sola violación de la autonomía del paciente, que no recibió información suficiente y que no tuvo por tanto oportunidad de consentir de manera consciente.

Aunque en este punto parece claro que, si se considera ya la autonomía del paciente como un derecho esencial en el seno de la relación médico-paciente, su violación debería ser considerada un acto antijurídico, aun con independencia de la materialización de un riesgo y la producción de un resultado físico dañoso, lo cierto es que es difícil encontrar sentencias que responsabilicen por la simple violación de la autonomía cuando no existe un daño físico. Entre otros motivos porque tales casos no suelen llegar a plantearse ante los tribunales, ya que los pacientes no recurren normalmente a partir de una simple falta de información o consentimiento sin mayores consecuencias, sino sólo a partir de la producción de daños o minusvalías físicas de cuya posibilidad se alega no haber sido informados.

Por eso, los casos en los que nos encontramos en la jurisprudencia son casos en los que se ha producido un daño físico, y la cuestión esencial será determinar si la falta de consentimiento tuvo parte en la producción de dicho daño.

A partir de ahí nos encontramos siempre con casos en los que se da, por un lado, una falta de consentimiento, y por otro la producción de un daño físico. Y en ese momento las posibilidades que aparecen son dos. Considerar por parte del Tribunal que la falta de información y consentimiento influyó en el daño físico, y entonces se responsabiliza la actuación sanitaria por dicho daño, o bien considerar que la falta de consentimiento no forma parte del nexo causal productor del daño y por eso no se es responsable de éste, pudiéndose no obstante entender en este caso que la falta de consentimiento es un daño moral autónomo que puede ser considerado por sí mismo como antijurídico, y por lo tanto debe ser objeto de indemnización.

Dejamos ahora de lado las especiales circunstancias que permiten afirmar en distintos supuestos que el daño físico materializado es independiente de la falta de información. Apuntar simplemente que se alegan entonces circunstancias como que la intervención era necesaria y se realizó de una manera correcta, o que el daño producido era menor que el que hubiera resultado de no llevarse a cabo la intervención, o incluso el juicio hipotético que considera que el paciente hubiera consentido de haber sido informado, habida cuenta del carácter remoto del riesgo, comparado con las ventajas esperables de la intervención.

En estos casos el daño físico no se presenta como antijurídico, pero sí que aún podrá serlo el daño moral por no haber informado y recabado el consentimiento del paciente.

Así ocurre, por ejemplo, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 de abril del año 2000, que no responsabiliza por el daño físico producido, ya que se dice que la operación era necesaria para evitar un futuro problemático para la salud del enfermo, y se presume que el paciente, de haber sido informado, hubiera razonablemente consentido. Pero sí que responsabiliza por la violación de la autonomía personal que se considera, según el tenor literal de la sentencia, que «supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención», daño que da derecho por lo tanto a una indemnización.

El Tribunal entiende en este caso que, pese a no observarse causa alguna de culpa o negligencia, no existe en el supuesto de autos por parte del sujeto pasivo deber de soportar el daño, ya que se da un elemento que extrae del ámbito de deberes del perjudicado dicha carga, elemento que será precisamente la falta de consentimiento. De esta manera establece la sentencia que se integra el elemento de antijuridicidad que debe acompañar a cualquier daño para que su producción genere, a cargo del sujeto al que puede imputarse causalmente, la obligación legal de resarcirlo.

Pero en cuanto al significado que la sentencia da a la falta de consentimiento, hay que señalar que el Tribunal considera que la Administración ha actuado de manera razonable dentro de la ciencia y técnica del caso, y establece también que el no haber informado no desempeñó una virtualidad causal en el resultado dañoso producido –hemiplejia en extremidades inferiores–, ya que la operación se desarrolló de manera correcta, era prácticamente necesaria y la decisión del equipo médico de no aplazarla era la esperable de cualquier persona sometida a la tesitura de arriesgarse a un porcentaje mínimo de riesgos frente a un seguro futuro problemático para la salud del enfermo.

Señala por tanto, en un pronunciamiento que puede por otro lado parecer aventurado, pero que a la vez ilustra la tendencia judicial a favor de terapia, que dado el carácter conveniente y el buen desarrollo de la operación, así como el problemático futuro al que se enfrentaba el paciente si la intervención no se llevaba a cabo, que los daños corporales derivados de la operación no están ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario, y que, por lo tanto, no son indemnizables.

Sin embargo, la sentencia establece que la falta de consentimiento e información sí que supone una causa de responsabilidad que tiene que ver entonces no con el resultado dañoso producido, sino con la violación de la autonomía del paciente, que considera un valor jurídico protegido y susceptible de generar indemnización en el caso de haber sido violada. De esta forma, la violación de la autonomía perso-

nal se considera que «supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención».

A partir de ahí, a la hora de cuantificarlo acude la sentencia a la valoración del daño corporal regulado en la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor, de modo analógico y orientativo, en lo previsto para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean.

La indemnización se fija para este caso en 11.170.000 pesetas, según el criterio estimativo que la Sala adopta a partir de la referida ley, aplicando la suma contemplada en el sistema de valoración en su grado máximo, habida cuenta, y esto es lo que nos interesa especialmente, de la grave importancia y riesgo notable (por su gravedad, aun cuando el grado de probabilidad sea bajo, se dice) de la operación, puesto de manifiesto por las secuelas padecidas, aunque este último resultado es en principio indiferente para la fijación de la cuantía, según dice la propia sentencia.

De este modo, la indemnización se cuantificará en función de la trascendencia y gravedad de la intervención para cuya realización no se solicitó el consentimiento, trascendencia y gravedad que se establece a su vez en atención a la importancia del resultado dañoso o de las secuelas producidas.

En un ejercicio de sutileza jurídica es entonces el haber practicado una operación no consentida y de elevado riesgo, y no la lesión física derivada de la actuación médica, lo que se pone en el punto de mira para señalar la responsabilidad. Pero a su vez la importancia de la operación y la trascendencia de la violación de la autonomía serán calibradas en función de la importancia de las secuelas.

Como consecuencia puede decirse que con frecuencia la propia valoración del daño moral en que la violación de la autonomía del paciente consiste, estará en función de la importancia del daño físico materializado.

En cuanto a este último criterio, pueden citarse otros casos en los que, aun desvinculando la falta de consentimiento del nexo causal que determinó la producción del daño, la jurisprudencia, una vez determinada la falta de consentimiento y la consiguiente responsabilidad, y a la hora de establecer la cuantía de la indemnización, acude a describir y valorar los daños y secuelas causados como resultado del acto médico para calcular el daño estimado por la violación de la autonomía de la voluntad del paciente.

La sentencia de la Sala de lo Civil de 21 de octubre de 2005 recoge también un caso en el que no se considera que se haya dado responsabilidad en la práctica de la operación, ya que el riesgo que se materializó es considerado como un riesgo previsible pero muy improbable.

Sin embargo, sí que se considera que se ha infringido el deber de información, de manera que el médico debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa, para que ésta decidiera, dentro de su autonomía, asumir o no el riesgo. La sentencia condena en este caso una operación de cirugía estética que acabó con problemas de cicatrización, a pagar a la demandante la cantidad de 10 millones de pesetas, para cuya ponderación se toman en cuenta como factores determinantes la entidad de la secuela, con su trascendencia tanto física como psíquica –neurosis de angustia–, condición de la paciente, edad, y sobre todo la parte del cuerpo especialmente visible –rostro– en la que se produjo la cicatriz.

Es cierto que hay otros casos en los que igualmente se responsabiliza por la ausencia de consentimiento, pero no por el daño físico causado, y sin embargo no se alude expresamente a la entidad del daño para determinar la cuantía de la indemnización. Sin embargo, en estos casos las diferentes cuantías en que el juzgador valora la autonomía de la voluntad violada ponen de manifiesto que ha tenido en cuenta al hacerlo la naturaleza de dichos daños, aun sin recogerlo expresamente en el tenor de la sentencia. Lo cual resulta lógico, pues parece difícil que el juzgador puede escapar a considerar la importancia de los daños o secuelas materializados a la hora de establecer la responsabilidad por falta de consentimiento e información, aun cuando haya sostenido que el daño en sí no es indemnizable y no haya hecho alusión a su importancia antes de concretar la cuantía de la indemnización.

Vemos por lo tanto también en estos casos, en los que se responsabiliza no por el daño físico sino por el daño moral derivado de la falta de consentimiento, cómo el daño físico está también presente a la hora de determinar la indemnización por la violación de la autonomía del paciente.

Fecha de recepción: 17/05/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

SEMINARIO SOBRE CINE Y DERECHO

Algunas preguntas sobre *Derecho y Cine*

Por BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA

Universidad de Oviedo

En cierta forma es éste un acto de puesta de largo de *Derecho y Cine*, de presentación ante la academia; no ante la academia del cine sino la de la Filosofía del Derecho, pues ocurre que *Derecho y Cine* ha nacido muy vinculado a la filosofía del Derecho (también a la historia del Derecho). Para empezar, expresar mi agradecimiento a los organizadores de estas Jornadas, los compañeros de la Universidad de La Rioja, por haber tomado la decisión de incluir este taller o seminario sobre la temática, especialmente a Raúl Susín, que tuvo que estar en todo, y por otra parte por pensar en mí, cuando otros muchos compañeros podrían hacer lo que yo voy a hacer, especialmente Javier de Lucas, protagonista sin duda en la introducción de esta nueva experiencia en España.

Por mi parte, trataré de exponer lo que es *Derecho y Cine*, así como su función y sentido. Como no podría ser de otra forma, la pregunta por el sentido de *Derecho y Cine* se torna fundamental, porque es evidente que llamamos *Derecho y Cine* a un conjunto de experiencias de un cierto tipo, pero lo que sobre todo queremos saber es si eso a lo que llamamos *Derecho y Cine* debe ser, es decir, si merece la pena o, al contrario, se debe prescindir de semejante experimento, no merece la pena, o es indiferente. En fin, trataré de acercarme a estos asuntos haciéndome algunas preguntas que quizás también se haga el público aquí presente.

1. EN ESPAÑA ¿ESTÁ DE MODA DERECHO Y CINE? Y SI ES ASÍ, ¿DESDE CUÁNDO?

Creo que sí, y buena prueba de esta moda (no se tome el término en ningún sentido peyorativo; de este éxito) es que esta reunión de los

profesores de Filosofía del Derecho le ha hecho un hueco. Por cierto, ya apunté el vínculo entre la filosofía del Derecho y *Derecho y Cine*, y parece razonable preguntarse a qué se debe. Yo diría que a la función que tradicionalmente ha asumido la filosofía jurídica, me parece que sin duda reivindicable, la función –decía– de poner en relación saberes y fenómenos diversos con el estudio y el fenómeno jurídico (*Derecho y Literatura*, *Derecho y Sociedad*, *Derecho y Política*, *Derecho y Antropología*, etc.). Pero la cuestión es saber si *Derecho y Cine* está de moda, y creo que sí, a la vista de los siguientes datos:

– En los últimos años se han implantado bastantes asignaturas de *Derecho y Cine* en las Facultades de Derecho españolas. Cito sólo algunas: Universidad de Oviedo (*Derecho y Cine*), Universidad de Valencia (*Cine y Derecho*), Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid (*Historia, Derecho y Cine*), Universidad de León (*Cine, Literatura, Música y Derecho*), Universidad de Barcelona (*Cine y Derecho*), Universidad Pompeu Fabra (*Derecho, moral y política: reflexiones a través del cine*), Universidad de Burgos (*Derecho y Cine*). Evidentemente hay muchas otras y sólo cito los ejemplos que en este instante me vienen a la cabeza.

– No me paro a citar Cursos de Extensión Universitaria y otros cursos universitarios que versen sobre *Derecho y Cine* porque serían bastantes decenas a los que tendría que referirme. Tampoco cito Cursos de Formación Permanente del Consejo General del Poder Judicial, pero es cada vez más habitual, razonablemente, que utilicen el cine.

– En los últimos años han aparecido un buen número de libros que tratan la temática de *Derecho y Cine*, sobre todo porque la editorial Tirant lo Blanch ha puesto en marcha una colección de libros, dirigida por nuestro compañero Javier de Lucas, titulada «Cine y Derecho», colección en la que han aparecido títulos importantes, bien comentando una película (*El verdugo*, *Blade Runner*, *La letra escarlata*, *La lista de Schindler*, etc.), una temática jurídica y su reflejo cinematográfico (la pena de muerte en el cine, la prostitución en el cine, las torturas en el cine, el jurado en el cine, la huelga en el cine, la eutanasia en el cine, etc.), o utilizando el cine con fines diversos; por ejemplo, para introducir al estudio del Derecho (*Una introducción cinematográfica al Derecho*), para observar qué tratamiento le dan los diversos géneros cinematográficos al Derecho (*El Derecho a través de los géneros cinematográficos*), para analizar la «peculiaridad» del cine español (*El Derecho en el cine español contemporáneo*).

– La temática de *Derecho y Cine* se ha visto beneficiada por diversos proyectos de investigación. Cito únicamente los que conozco: *Introducción a los estudios de Derecho y Cine*, *Cine y didáctica jurídica* (ambos de la Universidad de Oviedo) y *Derecho, Cine y Literatura* (del Ministerio de Educación y Ciencia). En este último hemos estado representadas las Universidades de Oviedo, Valencia, Carlos III,

Universidad a Distancia, Barcelona, Pública de Navarra, Almería, Cantabria y Rovira i Virgili, de Tarragona.

– Asignaturas, cursos, publicaciones y proyectos de investigación han traído una comunidad de investigadores, evidentemente no siempre profesores de Filosofía del Derecho; a veces profesores de otras asignaturas jurídicas (son los casos, por ejemplo, de Antonio Serrano y Enrique San Miguel Pérez, ambos historiadores del Derecho); incluso no siempre profesores (pienso en Eduardo Torres Dulce, fiscal del Tribunal Supremo; Emilio G. Romero, abogado, autor de *Otros abogados y otros juicios en el cine español*, donde entierra tópicos sobre el «cine jurídico» español; Francisco Soto Nieto, magistrado, coautor junto con Francisco J. Fernández de *Imágenes y justicia. El Derecho a través del cine*; Sixto Blanco Nuevo, abogado, autor de *Tiene derecho a guardar silencio. La explicación de la ley en los argumentos cinematográficos*).

– También habría que citar aquí alguna página web que se refiere a la temática, como la de *Cine y derechos humanos: propuestas didácticas*, de Amnistía Internacional de Cataluña (<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/pelis/propuestas.html>). Si bien las web de *Derecho y Cine* no suelen ser españolas: la peruana *Cine y Derecho* (<http://cineyderecho.wordpress.com/2008/12/04/las-25-mejores-peliculas-legales/>), la sección *Law in Popular Culture Collection*, de la web norteamericana de la Universidad de Texas, donde se contiene mucha bibliografía de *Derecho y Cine*.

Al hilo de esto último, del reflejo de *Derecho y Cine* en otros lugares del globo, hay que decir que en España no ha ocurrido nada distinto de lo que ha ocurrido en otros sitios, sobre todo en Estados Unidos durante la década de los noventa del siglo pasado. Por cierto, si se puede señalar una fecha como la de implantación de *Derecho y Cine* en España, yo fijaría el año 2000. Es cierto que antes ya había habido experiencias jurídico cinematográficas (si no estoy equivocado ya se habían organizado cursos de *Derecho y Cine* en alguna Universidad privada, o había aparecido un libro titulado *Abogados de cine. Leyes y juicios en la pantalla*, en 1996, un libro muy curioso pues incorporaba el punto de vista no sólo de los juristas sino también de los cineastas), pero es ese año cuando, casualmente, se implantan asignaturas de *Derecho y Cine* en las Universidades de Oviedo, Valencia y –creo– Autónoma de Barcelona. También es el año en que aparece un número de la revista *Nosferatu* que lleva por título *Cine y Derecho*. A partir de entonces surgen, además de colaboraciones y propuestas, el empeño de varios grupos de seguir para adelante. Pero, como decía, no sólo hay que referirse al caso español.

2. ENTONCES, ¿DERECHO Y CINE TAMBIÉN ESTÁ DE MODA EN OTRAS LATITUDES?

En efecto. Ya he señalado que *Derecho y Cine* alcanzó éxito en las Facultades de Derecho norteamericanas en la década de los noventa del siglo veinte. Así, resulta interesante saber que, como los de *Literatura y Derecho*, los estudios de *Derecho y Cine* tienen cierto arraigo en las Universidades norteamericanas, hasta el punto de que existe un movimiento que se denomina precisamente de *Derecho y cine* (*Law and Cinema* o *Law and Film Movement*) y que se centra en el análisis del mundo jurídico en el marco cinematográfico, dentro del más amplio de la cultura jurídica (*Cultural Legal Studies*), y de la cultura popular en general, una cultura que incluiría canciones, novelas, *comics*, periódicos y, cómo no, películas. Es decir, existe un cuerpo de investigaciones y ensayos suficientemente amplio sobre la recepción que el cine dispensa al fenómeno jurídico.

En 1989, Lawrence M. Friedman decía que todavía eran relativamente novedosos los estudios de la cultura jurídica popular, incluidos los de *Derecho y Cine*, «con una escasa pero creciente producción», que desde entonces, pasados los primeros momentos de escepticismo, no ha dejado de aumentar y de obtener reconocimiento. Precisamente el año siguiente, 1990, el congreso anual de la *Law and Society Association* se dedicó, entre otras cuestiones, a las de *Derecho y Cine*, y poco después, en 1993, David L. Gunn ya reconocía que los estudios de «Derecho y cultura popular» eran académicamente serios. También con relación al cine; probablemente porque para la cultura estadounidense el Derecho y el cine han formado una «pareja natural», y sin duda estable. En palabras de Rennard Strickland, autor de interesantes análisis sobre esta materia, el «cine y el Derecho parece que han sido hechos el uno para el otro». Ya se había dicho antes en España, por cierto, cuando Jaime de Armiñán, un cineasta licenciado en Derecho, afirmó que «el Cine y el Derecho siempre fueron de la mano, coqueteando muchísimo» además desde el comienzo, porque como ya sabemos el fenómeno jurídico apareció en las películas norteamericanas (realmente en películas de todas las nacionalidades) desde los primeros años. Valga citar la que tengo por el origen del discurso jurídico cinematográfico, *Intolerancia* (1916), de Griffith, que trata los temas de la guerra, el genocidio, la pena de muerte, la justificación democrática de las decisiones penales, el derecho al trabajo, la huelga, el paro, la criminalidad, las relaciones entre la moral y el Derecho, el proceso, etc.

Los cultivadores de los estudios de *Derecho y Cine* conforman un grupo no muy numeroso y, mayoritariamente, se trata de profesores de Derecho norteamericanos e ingleses, aunque no sólo. Por citar una lista de nombres a mi juicio representativa de estos estudios, Michael Asimow y Paul Bergman pertenecen a la Universidad de California, John Denvir a la de San Francisco, Richard K. Sherwin a la de New

York, Rennard Strickland a la de Oklahoma o Francis M. Nevins a la de St. Louis. Norman Rosenberg también es estadounidense, de la Universidad de St. Paul, pero es profesor de Historia, y David A. Black pertenece a la de Seton Hall como profesor de Comunicación. En cambio, Steve Greenfield y Guy Osborn trabajan en el *Centre for the Study of Law, Society & Popular Culture* de la Universidad inglesa de Westminster, Peter Robson en la de Strathclyde, en Escocia, y Stefan Machura en la de Bochum, Alemania. Mayoritariamente, por tanto, los estudios de *Derecho y Cine* provienen de Estados Unidos o, salvo excepciones, del ámbito anglosajón.

Por los datos que aparecen desperdigados en distintas publicaciones sabemos que tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido no es infrecuente la existencia de asignaturas y cursos de *Derecho y Cine*. A título de ejemplo, en las Universidades de Harvard, New York, Connecticut, Washington, en la de George Washington, de West Virginia, de Chicago, de Southern California, de California Western, de New South Wales, de Golden Gate, y también en las Universidades de Westminster y de Birkbeck, ambas en Londres. Seguramente hasta hace poco era cierto que los estudios de *Derecho y Cine* eran una rareza curricular, pero probablemente ya estén dejando de serlo. En el caso de los Estados Unidos, tal como se estructura la enseñanza del Derecho, no sería de extrañar que *Law and Film* se generalizase en el tercer año, al lado de otros cursos de *Law and...* (*Law and Society, Law and Economics, Law and Literature, Law and Psychology*) ya implantados. Además, en tanto que se trataría de una transformación de la pedagogía jurídica más habitual, las corrientes críticas del pensamiento jurídico la avalarían.

3. ENTONCES, ¿DERECHO Y CINE SE RECIBE EN ESPAÑA POR MEDIO DE UN PROCESO DE DIFUSIÓN CULTURAL?

Hay que decir sencillamente que no. Es cierto que hay profesores que conocieron la experiencia de *Derecho y Cine* en los Estados Unidos y la importaron a España, pero muchos otros ni siquiera sabíamos de la existencia de ese movimiento y, sin embargo, pusimos en marcha en España algo que ya existía afuera. Quienes lo hicimos, lo hicimos intuitivamente, quizás porque nos gustaba el cine, imaginando, por lo que a la didáctica se refiere, lo mucho que nos hubiera gustado disfrutar de una asignatura así en nuestros estudios de licenciatura. Hoy día, en sus diversas facetas, sobre todo en la didáctica, *Derecho y Cine* resulta una experiencia universal. Pero la pregunta de la que partimos todavía está sin responder:

4. ¿CUÁL ES LA CAUSA DEL ÉXITO DE *DERECHO Y CINE*?

Aunque *Derecho y Cine* plantee cierta especificidad, creo que está de moda al igual que están de moda o han alcanzado éxito nuevos conocimientos que llamaré cinematográficos. Permítanme que me cite a mí mismo, que en estos momentos estoy dirigiendo, junto con Luis Zapatero, profesor de Historia, un proyecto titulado *Los saberes y el Cine*, proyecto que esperamos que culmine en la edición de un libro cuyo índice, a salvo alguna modificación, es el que sigue:

1. Cine y Cine.
2. Historia y Cine.
3. *Derecho y Cine*.
4. Filosofía y Cine.
5. Valores y Cine.
6. Estética y Cine.
7. Religión y Cine.
8. Artes y Cine.
9. Literatura y Cine.
10. Música y Cine.
11. Pedagogía y Cine.
12. Psicología y Cine.
13. Sociedad y Cine.
14. Género y Cine.
15. Antropología y Cine.
16. Geografía y Cine.
17. Economía y Cine.
18. Política y Cine.
19. Periodismo y Cine.
20. Trabajo y Cine.
21. Medicina y Cine.
22. Deporte y Cine.
23. Matemáticas y Cine.
24. Física y Cine.

Pues bien, *Derecho y Cine* está de moda al igual que están de moda Historia y Cine, Filosofía y Cine, Medicina y Cine, etc. Repárese en el dato de que esos binomios traen consigo la aparición de ciertos géneros cinematográficos. Por ejemplo, Historia y Cine, el cine histórico; Religión y cine, el cine religioso; Política y Cine, el cine político; Trabajo y Cine, el cine laboralista, etc. Pero los nuevos saberes no se han de reducir a esos géneros. Así, a Historia y Cine no sólo, aunque también, le interesa el cine histórico, sino el cine como expresión de la historia (p. e. le puede interesar el cine de ciencia ficción como expresión de la guerra fría). A Trabajo y Cine no sólo le interesa el cine laboralista, el cine de la clase trabajadora, sino también el cine del

resto de las profesiones existentes. A Política y Cine no sólo le interesa el cine político, sino el cine como fenómeno político, etc. Algo parecido ocurre con *Derecho y Cine*.

En último término, la razón de ser del éxito de *Derecho y Cine* estriba en el hecho de que vivimos en sociedades cada vez menos literarias y, a cambio, más audiovisuales. El hombre de hoy, como dice Giovanni Sartori, es un *Homo videns*.

5. A TODO ESTO, ¿QUÉ ES *DERECHO Y CINE*? ¿POR QUÉ –A NUESTRO JUICIO– *DERECHO Y CINE Y NO CINE Y DERECHO*?

Empezando por la segunda pregunta, decir que a los del grupo de Oviedo nos gusta hablar de *Derecho y Cine* porque así significamos que en este tipo de estudios o de procedimientos didácticos, el jurídico es el punto de vista y el cine es el objeto; en otros términos, que aunque el cine tenga importancia para este conocimiento, lo fundamental no es éste sino el Derecho, la comprensión del Derecho, y por eso lo citamos en primer lugar. Es decir, tratamos de poner el cine al servicio del Derecho. Evidentemente, no todos han de estar de acuerdo con esta propuesta, pues la combinación de derecho y cine puede dar lugar a las más variadas mixturas, sin duda legítimas todas ellas.

En cuanto a lo que sea *Derecho y Cine*, al menos tal como yo lo entiendo, creo que hay que referirse a las relaciones de reciprocidad que existen entre ambos fenómenos. El Derecho se ha ocupado del cine, como de los otros medios de comunicación, desde su nacimiento, por ejemplo para establecer la censura, lo que ha dado lugar a un Derecho cinematográfico. Salvo que tomemos la expresión en un sentido muy amplio, cuando hablamos de *Derecho y Cine* no nos referimos al Derecho positivo del cine, a cómo el Derecho lo regula, sino a cómo el cine muestra, expone, expresa, pone ante los ojos, etc., el Derecho. *Derecho y Cine* se referiría, por tanto, a las narraciones cinematográficas en las que el Derecho ocupa un papel destacado, de tal forma que ha de tenerse en cuenta tanto el dato objetivo de la aparición del Derecho en el relato cuanto el dato subjetivo de la perspectiva desde la que se observa la película, con lo que no sólo importa el material fílmico que se examina sino el punto de vista que se adopta precisamente para verla.

6. ¿EXISTE EL GÉNERO DEL CINE JURÍDICO?

Abarcando el mudo y el sonoro, el de ficción y el documental, entonces, con el rótulo de *Derecho y Cine* nos referimos a la presencia del fenómeno jurídico en las narraciones cinematográficas, presencia

que sin duda ha sido habitual, tan habitual que no resulte extraño que nos preguntemos por la posible existencia del género del *cine jurídico*. Porque se habla y escribe del cine negro, del bélico, del musical, del *western*, del de ciencia ficción, del de terror, del melodrama o del cine X, pero no parece que se reconozca aquel otro hipotético género. Realmente la cuestión de los géneros es en gran medida un asunto convencional y, hoy por hoy, parece que aún no existe una convención que lo haya creado. Lo dice Norman Rosenberg refiriéndose a los Estados Unidos: «Las categorías ahora usadas en los estudios jurídicos –tales como *película jurídica*, *películas de juicios* o *películas sobre el Derecho*– son retrospectivas que han sido elaboradas por el discurso académico después de la caracterización de la película. La clásica industria cinematográfica de Hollywood no ha utilizado tales etiquetas, y se trata de una práctica que generalmente continúa fuera de los círculos académicos». Desde luego, si se pudiera hablar de un *cine jurídico* sería en referencia al que se dedica a exponer asuntos jurídicos, asuntos que, si fueran reales, que a veces lo son, se verían afectados por las normas y por el pensamiento jurídico, como se ven afectados en las películas; sería un género temático, por tanto (como el *cine político*, el *cine social*, el *cine religioso*, etc.).

En cualquier caso el *cine jurídico* no se identificaría con el *cine de juicios*, que sólo sería una parte de aquél. Como dice Guy Osborn, «considerar que sólo son películas jurídicas los dramas judiciales indica una muy estrecha comprensión de lo que es el Derecho». En efecto, lo que ocurre es que la actual educación jurídica tiende a hacer creer que el Derecho no es otra cosa que la aplicación de ciertas normas a casos conflictivos o problemáticos, creencia que probablemente refuerza el cine al adoptar «una perspectiva microcósmica» que identifica el Derecho con lo que ocurre en los tribunales. Evidentemente, el Derecho vive en la actividad judicial, pero también al margen de ella. Ni tampoco el *cine jurídico* se podría reducir al *de trama criminal*, por más que el delito reenvíe siempre a alguna norma jurídica y, por tanto, en estas películas necesariamente aparezca de una forma u otra el Derecho. Desde luego, el ejemplo obvio del *cine jurídico* sería el de la película estadounidense que narra el proceso seguido por causa penal, sobre todo por asesinato, en el que la acusación solicita casi siempre la pena de muerte (*American Criminal Trial Films*). Valga como muestra un clásico: *Anatomy of a Murder* (Otto Preminger, 1959).

Pero, amén de casos claros como el citado, a la hora de plantear la posibilidad del *cine jurídico* cabrían dos posibilidades. En primer lugar, con un criterio temático y de forma genérica, se podría hablar de *cine jurídico* para designar aquel que versa sobre asuntos propios del Derecho, sobre una trama de significación jurídica, siempre que el Derecho, eso sí, juegue un papel relevante en el argumento. Mientras que en

12 Angry Men (Sidney Lumet, 1957), pongamos por caso, el Derecho tiene gran importancia, un peso enorme, en otras muchas la relevancia del fenómeno jurídico es modesta, escasa, incluso prescindible. De la intensidad del dato dependería la pertenencia al género. Con un criterio restringido, en cambio, y por más que de forma amplia podamos seguir hablando de *cine jurídico*, no se trataría de un género propiamente dicho, pero entonces sí podríamos constatar que el cine utiliza habitualmente argumentos jurídicos. Curiosamente, con el *cine jurídico* ocurre lo mismo que con el *Derecho cinematográfico*, que no existe como rama independiente, que aunque no hay ningún problema para utilizar esas expresiones, como aquí se hará, sus contenidos se nutren de otros géneros o de otros sectores del ordenamiento, respectivamente.

7. ¿TIENE SENTIDO LA DOCENCIA EN *DERECHO Y CINE*?

En lo tocante a la docencia, es verdad que las experiencias que pretenden analizar el tratamiento que el cine otorga al Derecho y, en este sentido, conectan el fenómeno jurídico con el fenómeno cinematográfico, son a todas luces lujosas, es decir, no constituyen una actividad ineludible, no son necesarias; se puede prescindir de ellas. La idea de utilidad entendida como productividad, sin embargo, también es limitada. Nadie actúa solamente con vistas a lograr una productividad material. Quien lo pretende hacer, pronto se verá necesitado de otras prácticas que sólo serán utilitarias en segundo grado y así sucesivamente. Desde luego, la formación de un jurista pudiera quedarse en el aprendizaje de leyes y artículos de códigos, pero pronto se evidenciaría que semejante retención de datos resulta escasa. Ese jurista sería como un historiador que sólo se ocupa de memorizar noticias históricas. Sabemos, sin embargo, que tanto el historiador como el jurista han de ser capaces de conectar unos fenómenos con otros, de tal forma que el objeto de estudio se convierta en legible. Así, conectar dos fenómenos en principio tan ajenos resulta por lo menos una actividad interesante y formativa. El gran sentido de estudios como los de *Derecho y Cine* consiste en romper con una visión compartimentada de la realidad, que a fuerza de tanta distinción que declara que múltiples facetas de la vida no son interesantes, acaba por convertir en idiota al especialista, que sólo sabe de un sector de la realidad, pero es incapaz de ponerlo en relación con los otros, lo que es tanto como decir que convierte en incomprensible el propio trozo de la totalidad en el que está especializado. Por eso, si se quiere una educación jurídica integral, holística, es razonable pedir al estudiante de Derecho que no se ciña sólo a tratados y leyes, y que aprenda hasta del «material no jurídico», también del cine (Capella). Al fin y al cabo, porque nuestra cultura es en gran medida audiovisual, puede ser cierto lo que mantiene

Philip N. Meyer, que «hablamos y pensamos fílmicamente». Así, a nadie ha de extrañar que los recursos audiovisuales se introduzcan en la enseñanza del Derecho, al igual que ya se están usando en otras disciplinas, sin que la novedad haya de entenderse como un atentado contra la tradicional pedagogía jurídica, por otra parte resistente al cambio: ¡Las películas también pueden ser «textos jurídicos»!

Como las de *Literatura y Derecho*, las asignaturas de *Derecho y Cine* tienen un carácter humanístico (se ha dicho que forma parte de las «nuevas humanidades») y merece la pena que sean consideradas en el marco de una formación completa del estudiante de Derecho y de cualquier otra persona interesada simplemente por la realidad social. Hace ya muchos años era nada menos Francesco Carneluti quien señalaba la facilidad con que el cine podría utilizarse como medio para la enseñanza del Derecho. El cine, por otra parte, sirve para plantear hipótesis que pueden o no suceder en la vida real; desde asuntos cotidianos hasta graves y extraños conflictos. Evidentemente, la realidad supera la ficción, pero en todo caso la ficción cinematográfica puede plantear interesantes problemas a los que un jurista tiene que aportar si no soluciones sí, al menos, orientaciones capaces de guiar la toma de la ficticia decisión. Desde luego, no soy el único que cree que el cine, bien orientado, tiene mucho que enseñar a los juristas y a quienes se preparan para serlo. ¡Si hasta hay quien piensa que la filmografía jurídica es una nueva forma de jurisprudencia! Sin caer en excesos, el cine puede ser un instrumento idóneo para transmitir los valores de los derechos humanos, por ejemplo, pues éstos también sirven para clasificar la producción cinematográfica (Pérez Luño), así como para enseñar a los jueces las virtudes judiciales (Atienza). En cualquier caso, parece razonable aceptar que junto al *Derecho en los libros* y el *Derecho en acción*, también hay un *Derecho en imágenes*, muy potente por lo que se refiere a la conformación de la mentalidad jurídica popular, del imaginario jurídico.

Por obvio, casi no resulta necesario decirlo: una cosa es que el cine y los medios audiovisuales sean interesantes y no se deba prescindir de ellos en la enseñanza, también en la del Derecho, en la que no estaría mal que se incorporaran, y otra que traten de sustituir a la literatura, cosa que no consiguen, aunque eso no quite para que puedan ser un complemento eficaz. La formación jurídica ha de seguir siendo una formación básicamente literaria.

8. ¿TIENE SENTIDO LA INVESTIGACIÓN EN Y EL ESTUDIO DE *DERECHO Y CINE*?

El mismo sentido que puede tener *Literatura y Derecho*, por ejemplo. Si nos guiamos por un criterio básicamente utilitario, habrá quien impugne estos estudios. Si consideramos razonable una formación

amplia y humanística de los juristas, entonces tienen sentido. Pero los estudios de *Derecho y Cine* tienen –creo– dos vertientes. Por una parte, están los que se dedican a comentar en clave jurídica el texto fílmico, al igual que se puede hacer un comentario jurídico de *El Quijote*, pongo por caso: en qué capítulos aparece el Derecho, qué concepciones del Derecho se muestran en el clásico de Cervantes, qué valoración del Derecho se hace, etc. Básicamente, estos estudios entienden el cine como arte. Pero hay otras investigaciones que tienen en cuenta que el Derecho y el cine comparten algo más, que ambos, cada uno a su manera, son instrumentos de control social. Lo que piensan al respecto Lenin o Goebbels es conocido y resulta ilustrativo. Como dijo Carl Schmitt, el poder está interesado en «ponerlo al servicio del orden existente». Así, el cine también participa en la labor de apuntalar o subvertir el orden establecido, del que el jurídico es una parte, y por eso, en este sentido, los estudios de *Derecho y Cine* se dan la mano con los análisis de crítica ideológica del cine. A título de ejemplo, y ya acabo, éstas son algunas preguntas típicas que le interesan a este tipo de investigaciones:

¿Por qué James Stewart o Spencer Tracy interpretaron tantos papeles jurídicos?

¿Por qué Lincoln y Atticus Finch, en *El joven Lincoln* (John Ford, 1939) y *Matar un ruiseñor* (Robert Mulligan, 1962) respectivamente, dos magníficas personas, representaron el paradigma del jurista en el cine clásico norteamericano y hoy día el diablo se encarna en un abogado (en *Pactar con el diablo* –Taylor Hackford, 1997–)?

¿Por qué todas las películas que versan sobre la pena de muerte son contrarias a la pena de muerte y las que la defienden no tratan de la pena de muerte?

¿Por qué entre los años 2003 y 2004 fueron galardonadas por los Óscars tres películas que trataban del tema de la eutanasia en clave liberal (*Las invasiones bárbaras* –Denys Arcand, 2003–, *Mar adentro* –Alejandro Amenabar, 2004– y *Million Dollar Baby* –Clint Eastwood, 2004–)?

¿Por qué los indios se convirtieron en «los malos de la película»?

¿Por qué existen tantísimas películas sobre el holocausto y casi no las hay sobre los que muchos historiadores llaman genocidios soviéticos?

¿Por qué, por cierto, el cine soviético que conocemos era tan serio, no incluía comedias, y por qué Legaz se valió precisamente de una película, de *Ninotchka* (Ernst Lubitsch, 1939), para expresar mejor que de cualquier otra forma lo que era el comunismo?

¿Por qué no se nominó *Intervención divina* (Elia Suleiman, 2001), película palestina, para el Óscar a la mejor película extranjera?

¿Por qué Amnistía Internacional acaba de editar un documental sobre el cine y los derechos humanos?

¿Por qué hay tantos dramas judiciales norteamericanos?

¿Por qué en la década de los setenta apareció en Estados Unidos *Vida de un estudiante* (James Bridges, 1973), que trataba precisamente de la vida de un estudiante de Derecho en la Universidad de Harvard y por qué luego se convirtió en una serie de televisión?

¿Por qué, avanzada la década de los ochenta del siglo pasado, la mujer comenzó a interpretar en el cine muchas profesiones jurídicas?

¿Por qué los hermanos Marx se ríen tanto de los juristas?

Fecha de recepción: 28/05/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

Anatomía de un asesinato: Las impurezas naturales del derecho (y cómo aprender derecho con ellas)

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Universitat de Barcelona

En los cursos de «Cine y derecho» que he impartido durante los últimos años siempre he trabajado con películas completas. Sin embargo, para el encuentro de Logroño sobre «Cine y docencia del derecho», celebrado durante la primavera de 2009, se nos pidió presentar y comentar una secuencia breve, con el fin de que pudiera ser proyectada durante la sesión. Haciendo de la necesidad virtud, trataré de elaborar una propuesta de aprovechamiento docente de la secuencia que elegí para aquella cita, que dura apenas cinco minutos pero que considero particularmente jugosa. Para empezar, merece la pena consignar algunos datos de la película y transcribir los diálogos de la secuencia.

FICHA DE LA PELÍCULA

Anatomía de un asesinato (Anatomy of a Murder)

- Dirigida por Otto Preminger en 1959.
- Basada en la novela homónima de Robert Traver (pseudónimo de John Voelker, que fue magistrado de la Corte Suprema del Estado de Michigan). Guión de Wendell Mayes.
 - Interpretada por James Stewart (Paul Biegler, el abogado), Arthur O'Connell (Parnell McCarthy, su colega), Ben Gazzara (teniente Manion, el acusado), Lee Remick (Laura, su esposa), Eve Arden (Maida, la secretaria de Biegler), George C. Scott (Claude Dancer, el fiscal), Joseph Welch (el juez), Kathryn Grant (Mary Pilant), Duke Ellington (el pianista).
 - Música de Duke Ellington.

- Blanco y negro, 160 minutos.
- Nominada para siete premios Oscar en 1960, no recibió ninguno (*Ben-Hur* se los llevó casi todos).

SINOPSIS

El teniente Manion ha matado a tiros a Barney Quill, el dueño de un bar que horas antes ha violado a su esposa. Una vez detenido, Paul Biegler, un abogado que ejerció durante años como fiscal del distrito, decide hacerse cargo de su defensa. La película narra los preparativos y el desarrollo del juicio, durante el que Biegler tratará de conseguir un veredicto de inocencia para su cliente, basándose en que su acción fue «excusable» porque actuó bajo un «impulso irresistible» (trastorno mental transitorio).

La película es uno de los mejores *courtroom dramas* que se hayan filmado. Combina una historia muy entretenida, dotada de buen ritmo y de personajes atractivos y finamente perfilados, con un tratamiento extenso, sutil y complejo del derecho. Quizá sea esta complejidad la que haga que algunos vean en ella un retrato crítico y desencantado del mundo del derecho y de los juristas, en tanto que otros ven una defensa reflexiva y ponderada, pero inequívoca, de la misma cosa. Más allá de la secuencia proyectada, vemos cómo Biegler y Parnell se entretienen leyendo pasajes del juez Holmes o cómo el magistrado que juzgará el caso advierte a la sala de que no tiene problemas de digestión...

LA SECUENCIA

Se trata de dos escenas consecutivas, ubicadas al principio de la cinta, y de un total de cinco minutos de duración (minutos 18 a 23). En la primera, mientras comen un huevo duro cada uno, el abogado Biegler habla con su viejo colega irlandés, Parnell McCarthy, sobre si debe aceptar la defensa de Manion, con el que acaba de reunirse por primera vez y a quien volverá a ver después de la comida. Parnell le convence, aunque duda de que su amigo esté preparado para «las impurezas naturales del derecho».

—¿Le diste la típica conferencia al teniente?

—Si te refieres a si le animé a contar un cuento chino, no.

—Puede que seas demasiado puro... para las impurezas naturales del derecho. Quizá debas dar al Teniente la posibilidad de hallar una defensa. Tal vez debieras guiarle un poco, mostrarle el camino, y dejar que él decida si quiere seguirlo. ¿Un poco de sal?

—No, no, todavía no estoy listo. Yo no soy el abogado que necesita ese hombre. Es insolente y hostil.

—No tienes que enamorarte de él, sólo defenderle. ¿Qué pasa, no necesitas dinero? ¿Sabes una cosa? Creo que en el fondo tienes miedo.

—¿Miedo de qué?

—De perder el caso.

—Sólo hay algo más retorcido que un abogado de Filadelfia, y es un abogado irlandés. Dame la sal.

En la segunda escena, Biegler ha vuelto a la comisaría para continuar su conversación con Manion, ya decidido a aceptar el caso. Le explica lo que llama «la letra de la ley», trazando un cuadro de posibilidades en el que Manion debe encontrar *por sí mismo* el lugar que más le conviene de cara a su defensa.

—Bien, teniente. Un asesinato se defiende de cuatro formas. Número 1: no fue asesinato; fue suicidio o accidente; número 2: usted no lo hizo; número 3: estaba justificado; lo hizo para proteger su hogar o en defensa propia; número 4: matarlo fue excusable.

—¿Y dónde encaja yo en ese panorama?

—Le voy a decir dónde no encaja. No encaja en los tres primeros puntos.

—Pero ¿por qué? ¿No estaba justificado al matar al hombre que violó a mi mujer?

—El elemento tiempo. Si le hubiera sorprendido en el acto, el matarlo podría estar justificado, pero no le sorprendió en el acto. Tuvo tiempo de llamar a la policía y tampoco hizo eso. Se le acusa de homicidio premeditado y por venganza. Eso es asesinato en primer grado ante cualquier tribunal.

—¿Insinúa que me declare culpable?

—Si considero que debe hacerlo, ya se lo diré.

—Si no tengo que declararme culpable, ¿qué me está pidiendo que haga?

—No le estoy pidiendo que haga nada. Sólo quiero que entienda la letra de la ley.

—Siga.

—¿Qué siga con qué?

—Hasta que llegue hasta dónde quiere ir a parar.

—Reconozco que es usted muy inteligente, teniente. Demuéstreme hasta qué punto.

—Me estoy esforzando.

—Porque su mujer fue violada, tendrá un ambiente favorable en el juicio. Las simpatías serán suyas si los hechos son ciertos. Lo que necesita es una percha jurídica para que el jurado cuelgue la simpatía que va a inspirar. ¿Me va siguiendo?

—Sí.

—¿Cuál es su excusa jurídica, teniente, para matar a Quill?

—No justificación, ¿eh?

—No justificación.

—Excusa... sólo una excusa, ¿eh? (...) Bueno, ¿qué excusas hay?

—Qué se yo. Fue usted quien mató a Quill.

—Debí volverme loco [*I must have been mad*].

—El mal carácter no es una excusa.

—No digo eso. Debí perder la razón [*I must have been crazy*].

¿Empiezo a acercarme?

—Pues no sé... Se lo diré después de hablar con su mujer. Mientras tanto, a ver si recuerda hasta qué punto perdió la razón.

USO DOCENTE DE LA SECUENCIA

De cara al uso de la secuencia en una clase de derecho, sugiero un enfoque analítico. Podemos dar por supuesto que los alumnos han comprendido su sentido general y se han interesado por la trama (puesto que, al fin y al cabo, se trata de una película comercial que debe resultar asequible e interesante para todos los públicos). La parte analítica consistirá en hacer ver que la aparente simplicidad de la relación entre los dos abogados o entre el abogado y el cliente, encubre una complicación notable. Se trata de descomponer el todo complejo en sus partes más simples, identificando mediante una labor de disección los distintos elementos y dimensiones del derecho que están presentes. A continuación, habrá que dotar de sentido al conjunto, ahora ya no mediante la inicial percepción, directa y unitaria, del espectador ordinario, sino mediante el trazo de los vínculos entre todos esos elementos y dimensiones. Así habría de obtenerse de nuevo una visión unitaria, pero ahora dotada de toda su significación jurídica. De manera que nuestro alumno ya no contemple la secuencia como ese espectador ordinario, sino con el ojo atento y la mente reflexiva del que se interesa por comprender la naturaleza del derecho.

En el caso de la secuencia elegida, la complejidad e integridad de lo jurídico viene dada, para empezar, por el protagonismo del abogado Biegler, un personaje nada sencillo, que antes ha ejercido una profesión jurídica diferente, la de fiscal (y ya, por tanto, pugnan en su interior dos aproximaciones distintas al fenómeno), y que se pregunta por el distinto sentido de su nueva profesión, en abierto diálogo con un abogado fracasado pero veterano. También, por la naturaleza sentimentalmente equívoca del caso, el de un hombre que sin duda ha matado a otro, el que previamente había maltratado y violado a su esposa: un caso que plantea desde el principio la cuestión de la legitimidad del monopolio jurídico de la fuerza. Además, por la sutil definición del rol del abogado, ahora ya en la segunda conversación que compone la secuencia, entre el abogado y su cliente, un rol concebido sin duda como mediación entre el derecho (su lenguaje, su legitimidad, sus instituciones y formas) y la gente común (otro lenguaje, una concepción seguramente algo distinta de lo legítimo, otras formas no institucionales de relación social). Característico del abogado, este rol mediador puede extenderse a todas las profesiones jurídicas, definiendo de manera unitaria aquello que los estudiantes aspiran o deben aspirar a ser. La definición del rol podemos apreciarla como sutil porque no acabamos de estar nunca seguros de en qué consiste precisamente esa mediación, en el sentido de que no sabemos con qué fines se realiza o cómo se equilibran los distintos fines a los que sirve (los

del cliente, los del sistema jurídico, incluso los del propio abogado...). Por eso, bien podemos entender que se trata de una mediación compleja, no de una mera traducción o representación. La segunda conversación ofrece el aliciente añadido de que el abogado adopta una posición instructora: en pocos minutos explica a su cliente la estructura del derecho penal y la dinámica que rige la acción de los jurados. Es fácil, para cualquier espectador, ponerse en el lugar del acusado y adoptar su misma posición discente, aunque no pasiva, pues es el acusado el que debe encontrar, supuestamente por sí mismo, el lugar que le corresponde ante el derecho.

La secuencia permite, al menos, el análisis de cuatro cuestiones distintas, y abre un buen número de preguntas de cara a la ulterior reflexión. Las cuatro cuestiones que he seleccionado son las de (1) el rol del abogado; (2) la estructura del derecho penal; (3) el concepto de «percha jurídica» (*legal peg*), y (4) la diversidad de perspectivas de análisis del derecho.

EL ROL DEL ABOGADO

La reflexión sobre las distintas profesiones jurídicas ha sido descuidada sin justificación posible en las Facultades de Derecho españolas. Por desgracia, no parece que las últimas reformas de los planes de estudios vayan a mejorar mucho las cosas en ese punto. En cambio, en el cine jurídico la cuestión tiene el lugar central que se merece, con lo que bien podemos recurrir a él para permitir que los alumnos se aproximen a tan relevante asunto (dicho sea de paso: estoy convencido de que un factor principal del mal funcionamiento del derecho en nuestro país se debe a que muchos profesionales del derecho desconocen el rol que les corresponde; nadie se lo ha explicado en la Facultad y, en cambio, han adquirido ideas erróneas al respecto que andan rondando por ahí; por eso el asunto es tan relevante).

Paul Biegler, el abogado protagonista, al dudar de si debe asumir la defensa de un cliente a todas luces culpable, está planteándose a sí mismo, a su colega y al espectador el sentido de su profesión y los términos en que debe ser ejercida. Recordemos que hasta ahora se ha desempeñado como fiscal, y debe reflexionar sobre su nuevo y parece que no del todo asimilado rol: no sabe exactamente qué es lo que se espera de él ni lo que debe hacer. Después, cuando razona con su cliente, percibimos un difícil equilibrio en sus palabras y en su actitud, quizá motivado por la conversación anterior. Parece que ha de limitarse a explicar a su cliente las posibles calificaciones jurídicas de su acción sin condicionar su relato de los hechos, pero al tiempo la propia explicación orienta de forma inevitable la interpretación que el teniente Manion ofrece de su comportamiento. Es éste un relato de la abogacía que va más allá de las caracterizaciones habituales, tanto cinematográficas como académicas. Por poner sólo un ejemplo, pero del aspecto más relevante de la cuestión: resulta claro que el abogado ha de defender los «intereses de su cliente»,

pero igualmente claro que no lo puede hacer por cualquier medio y, sobre todo, que hay algo más que debe defender; pero, ¿en qué consiste ese algo más y cómo se armoniza con el interés del cliente?

UNA LECCIÓN DE DERECHO PENAL

La segunda conversación, entre el abogado y su cliente, contiene también una fantástica y concentrada lección acerca de la estructura del derecho penal. Biegler examina las cuatro vías por las que Manion podría ser declarado inocente:

«Un asesinato se defiende de cuatro formas: número 1: no fue un asesinato; fue suicidio o accidente; número 2: usted no lo hizo; número 3: estaba justificado; lo hizo para proteger su hogar o en defensa propia; número 4: matarlo fue excusable.»

No hay manera más sencilla y directa de formular los cuatro elementos o condiciones necesarias de la condena penal: tipicidad, autoría, ausencia de causas de justificación y ausencia de causas de exclusión de la responsabilidad. Si un estudiante es capaz de asimilar la estructura del derecho penal prestando un poco de atención a esta secuencia, habremos de admitir que el cine es un buen instrumento para la docencia del derecho.

Una vez recibida y más o menos asimilada la lección, Manion pregunta: «¿Y dónde encajo yo en ese panorama?» Y Biegler contesta: «Le voy a decir dónde no encaja: no encaja en los tres primeros puntos». Un poco más adelante, y cuando Manion protesta porque cree que su abogado le está recomendando declararse culpable, Biegler añade: «Sólo quiero que entienda la letra de la ley». Hasta aquí, por tanto, la clase de dogmática jurídica. Inmediatamente llega la clase de sociología del derecho procesal. Biegler le hace ver que tiene una oportunidad, debido a las simpatías que va a despertar en el jurado:

LA PERCHA JURÍDICA

«Porque su mujer fue violada, tendrá un ambiente favorable en el juicio; las simpatías serán tuyas si los hechos son ciertos. Lo que necesita es una percha jurídica para que el jurado cuelgue la simpatía que va a inspirar.»

Esta simpatía, asociada a la certeza del relato completo de los hechos, es por cierto la clave de la película. El abogado muestra el camino para encontrar la percha jurídica: el caso no encaja en ninguno de los tres primeros puntos, de modo que hay que buscar una causa de exclusión de la responsabilidad. Y el cliente transita con presteza por el camino indicado, sugiriendo a su abogado que debió volverse loco. Ya se encargará el abogado de dar forma jurídica a ese «volverse

loco», y la encontrará en una decisión precedente en la que se excusa un asesinato al haber actuado su autor bajo un «impulso irresistible». Una vez que se dispone de la percha, sólo hace falta que en efecto haya algo que colgar en ella: la simpatía del jurado. Recordemos que está generada por los hechos antecedentes: el hombre violento y altanero que viola a la joven mujer de un soldado condecorado en Corea, y la casi inmediata reacción de éste, yendo a buscarle y a matarle. Por eso, la clave de todo el proceso será determinar si en efecto la violación tuvo lugar y Biegler remarcará con todas sus fuerzas para conseguir que todos centren su atención en ese punto. ¿Sorprendente? Sí, si sólo atendemos a la letra de la ley. No tanto si tenemos en cuenta que los jurados no han de cumplir sólo con su deber institucional de aplicar el derecho al hecho juzgado (que no es la violación, sino el asesinato); también han de producir una decisión acorde con «sus simpatías», ¿o podríamos llamarlo «su sentido de la justicia»?

Encontramos aquí toda una reflexión sobre la lógica de la acción procesal y, más allá de eso, sobre la lógica de la argumentación jurídica en general, y sobre la relación entre el derecho y la justicia. La cuestión puede plantearse en estos términos: si en realidad es la justicia la que rige todo el proceso argumentativo, de cara a la consecución de una decisión que ante todo sea acorde con nuestra percepción de la misma, aunque al tiempo haya de respetar las constricciones jurídicas aplicables al caso. Queda abierta la respuesta, y si la posible respuesta positiva valdría sólo para el juicio por jurado o en general. Pero lo importante es que se suscite la cuestión y se abra la reflexión, que, obvio es decirlo, puede llevar desde lo sociológico hasta hondas cuestiones de ontología jurídica.

LAS DIMENSIONES DE LO JURÍDICO

Hemos podido ya comprobar que todas las dimensiones de lo jurídico concurren sinfónicamente en apenas cinco minutos: la normativa, la axiológica, la institucional, la sociológica, la profesional, la deontológica... O, si se quiere, los tres puntos de vista en que tradicionalmente se divide el saber jurídico: el de la dogmática, el de la sociología y el de la ética. Por tanto, una cuarta cuestión que la secuencia permite abordar fácilmente es la de la distinción entre los distintos planos de análisis teórico del derecho, identificados por separado a partir de su presentación dialéctica, nunca mejor dicho porque aparecen contrapuestos en las voces de los dos diálogos que componen la secuencia.

PREGUNTAS ABIERTAS

Queda aún por determinar si la película contiene una «tesis» sobre el derecho, o sobre los aspectos del derecho de los que se ocupa más directamente, o si más bien se limita a lanzar preguntas abiertas al espectador: ¿por qué Biegler decide defender a quien de seguro no va a poder

pagarle? ¿Está fingiendo Biegler una falsa honestidad profesional cuando lo que busca es notoriedad? ¿Está respetando su rol desde un punto de vista deontológico? ¿Se toma en serio Biegler el derecho o en realidad sólo le importan la pesca y el jazz? Y, cuando acaba todo, el derecho, ¿sale ganando o perdiendo? ¿Y la justicia? En efecto, son preguntas abiertas, y no es casualidad que, tras ver la película, las opiniones sobre su mensaje principal, sobre la imagen del derecho que proyecta, sobre lo realmente acaecido, sean radicalmente discrepantes, como lo son las opiniones acerca de los hechos narrados: sobre si el teniente Manion es realmente culpable o sobre si su encantadora esposa fue de veras violada. Y con las discrepancias acerca de lo fáctico que provoca el modo de relatar de Otto Preminger ya pueden los estudiantes ir aprendiendo que a menudo es imposible reconstruir lo que realmente ha pasado y, aún así, debe ser enjuiciado y debe adoptarse una decisión con vocación de definitividad. Que, por tanto, la verdad procesal no ha de coincidir necesariamente con la verdad a secas...

Al final, nos quedamos sin saber si Paul Biegler es demasiado puro para las impurezas naturales del derecho, tal como le objetaba Parnell MacCarthy en la primera conversación de la secuencia. Eso sí, podemos usar la secuencia, y la película entera, para hacer descubrir a nuestros alumnos que el derecho es tan impuro como la vida, tan complejo como ella, y casi tan interesante.

LA ATRACCIÓN DEL RELATO FÍLMICO

Me permito, para concluir, una reflexión más general sobre la utilidad del cine para su uso docente, a partir de los elementos ya considerados. Si una ventaja tiene el cine como instrumento para la docencia del derecho es que lo presenta dotado de un interés que difícilmente puede suscitarse por medios tradicionales, al menos entre las masas discentes semibárbaras que acceden hoy día a nuestras Facultades. No es un interés ficticio; bien al contrario, es el interés que creo que efectivamente posee lo jurídico, por mucho que el cine lo distorsione en mayor o menor medida acentuando sus rasgos más atractivos. La razón de ser de esta capacidad de seducción radica, a mi juicio, en que, en el cine, el derecho aparece retratado en toda (o buena parte de) su complejidad e integridad. El cine tiene la capacidad para hacer aparecer a un tiempo todos los elementos de la realidad jurídica: sus protagonistas, su dimensión social y técnica, su peculiar puesta en escena, su problemática carga moral, su cercanía y su distancia con la vida privada de las personas, sus paradojas. Es decir, el derecho aparece en el cine, mucho más que en los libros de texto, tal y como es, o al menos de una manera que se aproxima mucho más a su realidad que la que ofrece la mayor parte de los libros con los que se estudia, sobre todo si nuestros ojos y nuestra formación son los de uno de nuestros alumnos de los primeros cursos de la licenciatura (ahora ya del grado).

En particular, en el derecho filmado destacan dos rasgos que explican por qué lo hacen más atractivo que el derecho teorizado al modo académico: el primero es su vinculación con lo cotidiano y el segundo es su naturaleza artificial. En efecto, el punto de partida de las películas jurídicas suele ser un problema socialmente cotidiano que, por tanto, puede ser bien identificado por los alumnos realmente como un «problema» más o menos suyo: cuando menos, porque es un problema social típico, como en el caso de la película que nos ocupa; cuando más, porque es un problema muy próximo a casi todos, como es el caso de *Kramer contra Kramer* (el divorcio y la custodia de los hijos) o *El secreto de Vera Drake* (el aborto), por poner sólo dos ejemplos. De este modo, el derecho aparece vinculado con lo que ya tiene sentido para ellos, como una manera de abordarlo y, si cabe, solucionarlo. El primer protagonista de una película jurídica nada tiene que ver profesionalmente con el derecho, es sólo uno de nosotros, cualquiera, y cuando el derecho aparece, aparece ligado a ese cualquiera y, en consecuencia, el derecho es para todos. El sentido del derecho viene así generado por el sentido de lo social o de lo personal, mediante un mecanismo de enganche, que es precisamente el mecanismo que suele faltar en la enseñanza tradicional del derecho, donde los conceptos y las normas surgen a menudo como de la nada, aislados y desconectados de lo que los destinatarios de la enseñanza jurídica conocen previamente. Este gancho es clave para el proceso de aprendizaje: se amplía el rango de lo conocido añadiendo elementos nuevos (en este caso jurídicos) que pueden vincularse con otros que ya tienen sentido. Así el derecho se hace comprensible e interesante.

Por otra parte, y debido a la propiedad narrativa del cine, el derecho aparece como un proceso en marcha cuyos sujetos son los hombres y las mujeres. No es, nunca, un producto terminado, sino algo que se hace y por hacer; con una base, ciertamente, pero de la cual pueden obtenerse resultados aún por determinar. El suspense típico de muchas películas jurídicas suele tener como fundamento la incógnita acerca del producto jurídico finalmente obtenido, luego lo jurídico, en efecto, está pendiente de facturación. Y, siempre, son seres humanos de muy diverso carácter, condición y profesión los que se encargan de manufacturarlo. Para comprender la condición humana o social del derecho puede negarse su naturalidad y afirmar su positividad: pero es mejor mostrar que es un artificio, en el sentido de que es el resultado siempre abierto de una actividad humana constante y diversa. Desde este punto de vista, la dimensión emocional es muy relevante: la ficción permite diseñar personajes y situaciones que comprometen emotivamente al espectador (al alumno) y le predisponen a profundizar en ellos y a asociarse con el desarrollo del relato (es decir, de la construcción de lo jurídico), en busca de una solución aceptable al problema inicial o, al menos, a la espera de conocer su desenlace.

Fecha de recepción: 9/06/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

Los estudios de *Derecho y Cine* como ámbito de investigación

Por JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA

UNED

Los estudios de *Derecho y Cine* constituyen una tendencia, en el contexto de los estudios jurídicos, muy en boga de unos años a esta parte en España. Es cada vez más frecuente encontrar en los planes de estudios de las Facultades de Derecho españolas la asignatura *Derecho y Cine* (o *Cine y Derecho*), así como diversos eventos universitarios (cursos de verano, cursos de extensión universitaria, etc.) sobre estos temas. Ello se debe a que esta tendencia se entiende usualmente como algo ligado al aspecto didáctico del Derecho, en el sentido de considerar al Cine como un instrumento al servicio de los docentes para la impartición de sus materias jurídicas a los estudiantes que cursan estas asignaturas. Ciertamente, en este aspecto, como se viene demostrando, los estudios de *Derecho y Cine* presentan unas posibilidades extraordinarias, ya que la inmediatez que ofrecen las películas con temática jurídica resulta muy útil para transmitir a los alumnos determinados conceptos jurídicos. Si se emplea bien, el cine como herramienta para la enseñanza del Derecho permite llevar a cabo una docencia sustentada en *exempla*, que la facilita e incluso, en muchas ocasiones, puede llegar a ser más rica y eficaz que los medios docentes tradicionales al uso, máxime en el contexto de una cultura audiovisual como la actual, en la cual nos encontramos inmersos alumnos y profesores.

Sin embargo, aun existiendo cada vez más interés pedagógico, poco se ha incidido en nuestro país en las posibilidades de estos estudios como ámbito de investigación para el estudioso del Dere-

cho¹. Tal vez se deba a la cultura jurídica eminentemente positivista en la que nos encontramos imbuidos en nuestro tiempo, cuya metodología resulta, a primera vista, poco conciliable con perspectivas de acercamiento a lo jurídico como la que aquí tratamos. No obstante, los estudios de *Derecho y Cine* presentan también unas posibilidades enormes para desarrollar investigaciones jurídicas en diversas líneas temáticas de extraordinaria complejidad y dimensiones para la reflexión en torno al Derecho y, en consecuencia, para eventualmente lograr un más profundo y sugestivo conocimiento del mismo; objetivo éste que, a la postre, debe imperar como criterio epistemológico básico en toda actividad investigadora en torno a cualquier objeto que se pretenda conocer científicamente.

El inicial atractivo de esta línea de investigación reside en su carácter interdisciplinar. Precisamente la interdisciplinariedad constituye hoy una de las más interesantes aproximaciones metodológicas a explorar por parte del científico social, ya que permite tematizar, de una manera eminentemente integradora, interactiva y horizontal, distintos aspectos de los campos científicos considerados, llegando a abrir (si se ejecuta bien) nuevas perspectivas, sin duda enriquecedoras y más acordes con las nuevas demandas científicas de los tiempos actuales, a menudo tan lamentablemente tendentes a la especialización cerrada, aislada y autorreferencial. En el ámbito de los estudios jurídicos, un acercamiento como el de *Derecho y Cine* ofrece múlti-

¹ En España se vienen desarrollando estudios de este tipo desde hace algún tiempo, en el marco académico de lo que Benjamín Rivaya y Pablo de Cima han denominado como *Sociología del Derecho en el Cine* y como *Pedagogía del Derecho* (RIVAYA, B.; CIMA, P. de, *Derecho y Cine en 100 películas. Una guía básica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 95). Resultado de ello es la colección de monografías de la editorial Tirant lo Blanch, titulada *Derecho y Cine*, y dirigida por el profesor Javier de Lucas; la institucionalización de estos estudios en el proyecto de investigación I+D dirigido por el Prof. Benjamín Rivaya, *Derecho, Cine y Literatura*, cuyos integrantes (entre los que tengo el honor de incluirme) vienen realizando diversos trabajos desde hace algunos años; el foro de estudio y discusión constituido bajo el nombre *Fundación Cine y Derecho* en Internet (www.cineyderecho.org); su consideración monográfica por vez primera en una de las sesiones de las XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política (Logroño, 26-27 de marzo de 2009), y diversos trabajos esporádicos, a parte de la mencionada colección de Tirant lo Blanch, publicados por distintos autores, como por ejemplo: VV.AA., *Abogados de cine. Leyes y juicios en la pantalla*, Madrid, Ilustre Colegio de Abogados, Castalia, 1996; el número monográfico de la revista de cine *Nosferatu*, 32, enero 2000; SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Historia, Derecho y Cine*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2003; SOTO NIETO, Francisco; FERNÁNDEZ, F. J., *Imágenes y Justicia. El Derecho a través del cine*, Madrid, La Ley, 2004; ROMERO, E. G., *Otros abogados y otros juicios en el cine español*, Barcelona, Laertes, 2006; GARCÍA MANRIQUE, R., *La medida de lo humano: ensayos de Bioética y Cine*. Barcelona, Ed. Observatori de Bioètica i Dret, 2008; y mis trabajos: *Valores jurídicos y derechos humanos en el Cine y Derecho y Cine*, ambos publicados en Madrid por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en 2002 y 2006, respectivamente; y «Derecho y Cine: El rito, o el Derecho y el juez según el realismo jurídico escandinavo», en *RDUNED. Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, 3, 2008, pp. 93-115.

ples posibilidades en este sentido, al poder abarcar diversos aspectos del Derecho y del conocimiento jurídico como fenómenos socioculturales, en relación con el hecho cinematográfico y la reflexión teórico-crítica en torno al mismo.

No decimos nada nuevo cuando afirmamos la gran importancia histórica del Cine en nuestra época. Desde su aparición a finales del siglo XIX ha marcado el *modus essendi* de la cultura contemporánea y ha contribuido notablemente en su conformación, hasta el punto de constituir un signo distintivo de su idiosincrasia. El Cine es un poderosísimo medio de comunicación social por su gigantesca capacidad para transmitir eficazmente ideas y mensajes, y para implantar modelos de comportamiento, capaces de llegar a grandes multitudes de personas en todo el mundo²; así como una industria económica de primera magnitud (tal vez, la industria del ocio de mayor importancia desde su implantación) y un excelente medio estético que permite gran cantidad de posibilidades artísticas en su ejecución³, de manera que, como tal arte, es una fuente inagotable de placer y entretenimiento.

Que el Cine sea, como digo, uno de los fenómenos culturales más relevantes del siglo XX y de lo que llevamos del XXI, es suficiente razón de peso para ser tomado en consideración como objeto de estudio por parte del investigador en el ámbito de las Ciencias Humanas y Sociales, desde su perspectiva científica propia; también, naturalmente, desde la perspectiva científico-jurídica. El jurista y el estudioso del Derecho no pueden mantenerse ajenos a ello, aun cuando, en principio, pueda parecer que el Cine poco tiene que ver con su labor teórica y práctica, centrada sobre todo en la normatividad jurídica vigente o, a lo sumo, en la problemática histórica y filosófica que la acompaña. Se trata así de contemplar lo jurídico como fenómeno *cultural*, en este caso, como objeto susceptible de ser considerado en relación con esa otra gran manifestación cultural que es el Cine. Surgen así los llamados estudios de *Derecho y Cine* en el ámbito académico anglosajón (en especial, en los Estados Unidos de América) a finales de la década de los ochenta del siglo pasado, y desde ahí se han ido difundiendo paulatinamente por Europa, en especial a Inglaterra, llegando a España hace unos años⁴.

² Sirva de ejemplo el hecho de que de las grandes potencialidades comunicativas del Cine tomaran conciencia inmediatamente los grandes regímenes totalitarios del siglo XX, los cuales se preocuparon desde el principio por crear y desarrollar industrias cinematográficas fuertes para propiciar la difusión de sus idearios. Asimismo, sin ir más lejos, la identidad cultural de los Estados Unidos de América se ha forjado, en gran medida, sobre su potente industria cinematográfica.

³ Recuérdese el famoso tópico acuñado por Ricciotto Canudo en su célebre *Manifiesto de las Siete Artes*: el Cine es el *Séptimo Arte*, compendio y culminación de todas las demás (vid. ROMAGUERA I RAMÍO, J.; ALSINA THEVENET, H., *Textos y Manifiestos del Cine*, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 15-18).

⁴ En los Estados Unidos de América ha surgido el *Law and Film Movement* (también llamado *Law and Cinema Movement*), en el contexto de los denominados *Cultural Legal Studies*. Autores como por ejemplo John Denvir (*Legal Reelism*).

Más en concreto, desde un punto de vista interdisciplinar, las relaciones entre *Derecho* y *Cine* pueden plantearse epistemológicamente en dos facetas. Por una parte, en la toma en consideración del Cine como objeto afectado por el Derecho, como fenómeno socio-cultural sobre el que existe una regulación jurídica por parte del Derecho positivo: el llamado *Derecho cinematográfico*. El Derecho normaría, pues, todo aquello que tiene que ver con las condiciones jurídicas para realizar, exhibir y explotar una obra cinematográfica, con las implicaciones jurídicas de su autoría, con su propiedad intelectual, con su hipotética censura, con las implicaciones jurídicas de su infraestructura industrial, etc. Por otra parte, el Cine constituye un medio a través del cual se contempla el fenómeno jurídico en toda su extensión de una determinada manera, precisamente por la presencia esencial y permanente de lo jurídico en la vida humana y, por lo tanto, en los argumentos e historias narrados en la inmensa mayoría de las películas que tienen al Derecho como eje central de sus temáticas⁵.

El acercamiento científico al Derecho cinematográfico presentaría los mismos perfiles que cualquier otra disciplina jurídica que se ocupa de la normatividad positiva, en este caso específica sobre el fenómeno cinematográfico, a modo de Dogmática jurídico-cinematográfica, principalmente como rama del Derecho administrativo. No obstante (y esto es lo realmente interesante), los estudios de *Derecho y Cine* se han desarrollado, sobre todo, desde la segunda perspectiva; es más, prácticamente constituye su punto de vista más distintivo y acorde con el espíritu de estos estudios. Su presupuesto metodológico fundamental es la consideración del material cinematográfico en general, y de cada película en particular, como *textos jurídicos*. Se postula la condición significativa, la *lingüística* propia de las películas, al ser éstas manifestaciones de un lenguaje que constituye y preserva su significatividad por encima de cualquier circunstancia o momento concretos. Ello no implica, sin embargo, que se condene al material cinematográfico a una suerte de estatismo significativo, sino que su significatividad se realiza permanentemente en virtud de su *interpretación*, de su *lexis* concreta, ya que la necesidad de un receptor que contemple un filme para efectuarse, impone la particularización significativa de su generalidad, de su, valga la expresión, *objetividad*. De ahí que la *textualidad* del cine sea compleja, pluridimensional y tenga muchas implicaciones; y, por lo tanto, permita múltiples posibilidades inter-

Movies and Legal Texts, Urbana, University of Illinois Press, 1996), Paul Bergman y Michael Asimow (*Reel Justice. The Courtroom Goes to the Movies*, Andrews and McMeel, Kansas City, 1996), Norman Rosenberg («Hollywood on Trials: Courts and Films. 1930-1960», en *Law and History Review*, 12, 1994, pp. 341-367), etc., son destacados ejemplos de esta corriente.

⁵ Aludo aquí al término *Derecho* en el sentido más abierto que quepa establecerse, con el propósito de que esta aproximación a lo jurídico resulte lo más integradora y abarcadora posible, para poder contemplar así las más diversas concepciones al respecto.

pretativas y dé lugar a multitud de *lexis* particulares de muy diversa índole: sobre el cine puede ejercerse una perspectiva histórica, filosófica, sociológica, política, estética, económica... y jurídica.

En consecuencia, se parte desde una consideración de las películas, en tanto que son expresión de lo cinematográfico, como *textos*, ya que esta categoría constituye una unidad hermenéutica con la apertura suficiente como para vincular todos los ejercicios interpretativos a que da, o puede dar lugar, una película, privilegiando su *lexis* jurídica (como *textos jurídicos*, pues). Desde la analogía *película-texto* nos ubicamos en un lugar común o *tópos* lo suficientemente comprensivo como para ejercer una mediación (genuinamente interdisciplinaria) que permita dar cuenta abierta y unitariamente de toda la riqueza hermenéutica del Cine en relación con lo jurídico (y, por lo demás, con otras interpretaciones). *Comprendemos* así lo cinematográfico en el seno de una tradición histórico-cultural en constante actualización, la cual, a su vez, conforma a aquélla en sus interpretaciones concretas, posibilitándose su entendimiento en razón de su discurso propio (estético, político, sociológico, económico, etc.), sin que quepa otorgar mayor peso a ninguno de los discursos sobre los demás, aun cuando, como digo, por la propia naturaleza de la interpretación que se pretende ejercer aquí, se otorgue preferencia a su interpretación *jurídica*.

Así pues, creo que así queda legitimada epistemológicamente la tematización interdisciplinaria de cuestiones como, por ejemplo, el tratamiento cinematográfico del Derecho como fenómeno social, de los modelos ético-jurídicos y político-jurídicos y de las concepciones jurídicas más importantes, de las instituciones jurídicas (civiles, penales, procesales, laborales, etc.) fundamentales, de los valores jurídicos, de los derechos humanos, etc. Se pretende así comprender el modo en que son referidos en el medio cinematográfico, extraer conclusiones sobre las ideas y aportaciones al respecto (pautas generales, planteamientos y respuestas más comunes a estos problemas, etc.), y contemplar el fenómeno jurídico en su expresión institucional en el Derecho actual (español o no: depende del origen de la película o grupo de películas a considerar), en un medio de comunicación socialmente tan poderoso como es el Cine, desde la conciencia integradora de la multidimensionalidad de ambos fenómenos y de los saberes sobre ellos articulados.

Las consideraciones de tipo estético sobre las películas no es lo que preocupa esencialmente en esta aproximación; no obstante, no significa su total abandono en el análisis, puesto que constituyen instrumentos de gran importancia para una más ajustada inteligibilidad del contenido jurídico de las películas y una ubicación más precisa en el contexto en que ha de desarrollarse la actividad crítica.

En definitiva, se trata en general de tematizar lo jurídico *a propósito* de las películas que se examinen. Se abre así un campo de investigación extraordinariamente amplio donde caben múltiples líneas de trabajo (la mayoría aún no realizadas) como, por ejemplo, las relacio-

nes entre el Derecho y el Arte (cinematográfico), el estudio de lo jurídico desde categorías propias de la Estética cinematográfica (la pertinencia o no de un *cine jurídico* y de sus perfiles como categoría que pudiera dar cuenta de la complejidad de lo jurídico en el Cine, la consideración de lo jurídico a la luz de la teoría de los géneros cinematográficos, desde la noción –clásica de la Crítica cinematográfica– de *autor*, etc.), una posible Historia del cine jurídico nacional que se trate, una Sociología del Derecho y de las profesiones jurídicas en el Cine, etc.

Un ámbito nuevo que apuesta, pues, por la pluralidad de perspectivas como base de la investigación y que, en consecuencia, debe ser tenido en cuenta por el estudioso del Derecho.

Fecha de recepción: 16/05/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

Cine y Derecho. Aplicaciones docentes

Por JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

La cuestión de la aplicación del cine en la enseñanza del Derecho implica como mínimo tres cuestiones relevantes: ¿qué se entiende por Derecho?, ¿qué se entiende por cine? y ¿cómo debería ser la docencia del fenómeno jurídico en las facultades de Derecho? Es evidente que no es este el lugar adecuado para tratar de responder exhaustivamente a esas tres preguntas de tan hondo calado teórico. No obstante, sí es pertinente tomarlas como punto de partida para explicar de qué forma el cine puede contribuir, en nuestro contexto actual, a la enseñanza del Derecho. Para ello, analizaré dos puntos que considero centrales y en las que estas tres cuestiones mencionadas están involucradas.

Partiré de la base de que el Derecho no es únicamente el conjunto de normas jurídicas positivas y de que la formación que se pretende ofrecer a los futuros juristas no es única y exclusivamente basada en el conocimiento de dichas normas. Asumiré, en cambio, dos presupuestos. En primer lugar, que lo que normalmente conocemos como Derecho es una realidad amplia y compleja, y que está en continua y compleja relación con otros fenómenos. En este sentido, el cine puede contribuir a mostrar esas diversas aristas de las que se compone el Derecho así como sus múltiples y variadas conexiones con esos otros ámbitos con los que interactúa: la sociedad, la política, la moral, etc. Esto es lo que podría denominarse *potencialidad contextual* del cine.

En segundo lugar, asumiré que la formación en las facultades de Derecho debe ser interdisciplinar y a la vez debe tomar en consideración otros aspectos de naturaleza práctica y emocional. Si se acepta este presupuesto, también el cine puede constituirse en una herramienta docente fructífera dada su capacidad para lograr que el estudiante

capte, comprenda y evalúe las consecuencias prácticas que implica la aplicación del Derecho, más allá de la comprensión abstracta del significado de las normas jurídicas. Esto es lo que podría denominarse *potencialidad emocional* del cine.

1

El primer argumento en el que pretendo basar la relevancia del estudio de películas en una aula jurídica presupone entender que el Derecho no es un ámbito aislado de otros fenómenos como la moral, la política o los diversos aspectos sociales con los que normalmente interacciona. Esto que actualmente podría parecer una perogrullada, no ha sido la concepción dominante por la ciencia del Derecho. Históricamente entre los juristas ha dominado una forma de entender el Derecho que aislaba su estudio de la moral, de la política y, en definitiva, de la sociedad donde se aplicaba. La preeminencia de esta forma de entender el conocimiento del Derecho tuvo como principal consecuencia un dominio en los planes docentes de las facultades de Derecho de asignaturas que describían las distintas ramas del Ordenamiento Jurídico desde una perspectiva descriptiva y formalista. Trataban de ofrecer una imagen lo más neutral y aséptica de las normas jurídicas de un determinado ámbito (civil, penal, laboral, mercantil, etc.). Esta descripción solía hacerse de manera aislada, esto es, sin conectar las normas e instituciones jurídicas con la sociedad donde se desarrollaban. También había un distanciamiento respecto de los valores que las normas trataban de realizar o con el contexto político donde se aplicaban. Esta forma de describir el Derecho era propia de lo que se denominó formalismo, pero con algunas variantes, también fue sostenida por otras concepciones como, por ejemplo, la de Hans Kelsen y su teoría pura del Derecho en la que el estudio del Derecho no puede estar contaminado por la sociología ni por la ética. Otro de los rasgos de esta tradición era la presuposición del Derecho como un conjunto de reglas racional, preciso y coherente que, una vez identificado y aplicado, suministraría la respuesta a los distintos problemas jurídicos.

Sin embargo, tales asunciones están en crisis. El Derecho dista mucho de ser como lo presenta el formalismo. El Derecho es, en efecto, un conjunto de normas pero éstas no son precisas y exactas sino que muchas veces son indeterminadas, circunstancia que conduce a que el juez tenga un papel más activo del que le atribuía el formalismo, en el sentido de que puede participar en la determinación del sentido que se atribuye al enunciado jurídico. Y también es un punto de vista erróneo presuponer que el Derecho es un fenómeno aislado y rígidamente compartimentado (tal y como se reflejaba en los planes docentes de las facultades de Derecho) y que por lo tanto un jurista no necesita tener otro tipo de conocimientos para una mejor comprensión

del Derecho. Ha sido gracias a este cambio de perspectiva que han ido surgiendo nuevas formas de acercamiento al Derecho que progresivamente, y no sin dificultades, han ido incorporándose a los planes docentes.

Nuevas áreas de estudio han surgido como reacción a ese aislamiento y estrecha compartimentación existente en los estudios jurídicos. Un ejemplo de este proceso es la incorporación de la sociología del Derecho, de la economía, de la criminología, etc. Y aunque algunas de las innovaciones son vistas de manera sospechosa por los juristas, lo cierto es que cada vez más se percibe la necesidad de que el entrenamiento jurídico se realice poniendo en contacto las normas jurídicas con el contexto socio-económico donde se incardinan, o vinculando el Derecho con los problemas morales o políticos que pueden aparecer en su creación legislativa o aplicación judicial.

En efecto, hoy día pocos discutirían que puede llevarse a cabo un acercamiento al fenómeno jurídico tomando como punto de partida una perspectiva económica (el análisis económico del Derecho) de forma que las normas jurídicas pueden ser vistas como una variable económica y que por lo tanto, se puedan enjuiciar según su eficiencia (ej., el derecho de daños o la responsabilidad extracontractual). Tampoco creo que nadie objetara que también el Derecho puede verse como otro factor que influencia (y a la vez es influido) por factores sociales, de forma que pueda ser pertinente y hasta necesario estudiarlo desde una perspectiva sociológica (por ejemplo, la sociología de la profesiones jurídicas). Lo mismo puede decirse de la relación entre el Derecho, la política y la moral. Las normas jurídicas muchas veces son fruto de una reflexión moral o plantean dilemas morales (ej., las normas que regulan la eutanasia, el aborto, etc.) o son instrumentos que responden a necesidades de índole política (las normas constitucionales que regulan la distribución del poder entre órganos o entre los distintos territorios de un estado, los derechos fundamentales, etc.).

Es en este contexto de cambio en la comprensión del Derecho en el que una perspectiva como la del estudio a través del cine adquiere un valor notable. Pocos instrumentos son tan propicios para un análisis interdisciplinar como el cine, dado que normalmente en la narración fílmica se muestran los asuntos jurídicos de una forma similar a cómo éstos se dan en la realidad, y en este sentido, aparecen con todas sus diversas y múltiples aristas y vinculaciones. En efecto, un asunto civil puede tener repercusiones penales (*Erin Brockovich, Acción civil*), o un asunto penal permite analizar cuestiones de deontología profesional (*Las dos caras de la verdad*), o un problema jurídico da pie para analizar cuestiones morales (*Senderos de gloria, Stico*), políticos en sentido amplio (*Vencedores o vencidos, El verdugo*), filosóficos (*Matrix, El show de Truman*), psicológicos (*La naranja mecánica, El experimento*), etc. Son numerosos los ejemplos de películas que ofrecen la oportunidad al profesor para llevar a cabo un análisis jurídico donde el Derecho es analizado en el contexto social o bien, donde los

diversos problemas jurídicos pueden ser estudiados conjuntamente. Sin duda, el alumno a través de este método llevará a cabo un acercamiento al estudio jurídico que es simultáneamente más realista, más interesante y más amable. Y en definitiva, estará más motivado para analizar una cuestión que, quizá explicada teóricamente en el aula, le habría motivado insuficientemente al no captar su contexto, su relevancia o sus diversas consecuencias prácticas.

2

Otra razón por la que considero importante la relación entre el Derecho y el cine reside en que la docencia del fenómeno jurídico no puede, de nuevo, reducirse a la comprensión abstracta de las normas jurídicas. Los juristas no deberían ser meros autómatas en la comprensión y aplicación de las normas jurídicas. Éstas, como he señalado antes, se incardinan en un contexto social, político y moral, y su aplicación a los casos concretos tiene importantes repercusiones en la vida de los individuos. No creo que haga falta abundar en este dato: la aplicación del Derecho penal puede llevar un individuo a la pérdida de libertad durante muchos años; una sentencia civil puede ocasionar la ruina de una persona, de una familia o la quiebra de una empresa de la que dependen cientos de trabajadores. Y así podríamos continuar dando ejemplos de las distintas consecuencias que supone cada rama del Derecho en la vida de los individuos.

Pero si un estudiante de Derecho sólo recibe una formación estrictamente descriptiva de lo que es un ordenamiento jurídico, si únicamente aprende a interpretar las normas jurídicas en abstracto, despegadas del contexto en el que se aplican, si los estudiantes no han tenido o no han comprendido todas estas variadas repercusiones en las personas, tendrán un injustificable déficit como juristas. Precisamente una de las críticas que se vierte a la formación que reciben los jueces radica en su insuficiente comprensión de la realidad social. En comparación con una formación teórica muy completa y especializada, en muchas ocasiones nos encontramos con jóvenes jueces que desconocen o no son plenamente conscientes de lo que puede suponer la separación de un matrimonio, el estigma de una condena penal (más allá de la posible pérdida de libertad), el desalojo de un arrendatario, etc. Éstas son vivencias que se comprenden en toda su magnitud en la medida en que una persona, en este caso el juez, va teniendo cada vez una mayor y rica experiencia vital, ya sea directamente o a través de las descripciones que realizan otras personas. Pero cuando acaba de salir de la facultad de Derecho o de la escuela judicial, es improbable que esté en la mejor de las disposiciones para captar en todas sus dimensiones las diversas derivaciones económicas, sociales o psicológicas que pueden resultar de sus sentencias. Por ello, en la actualidad

se insiste cada vez en una formación que junto con los contenidos teóricos otorgue un peso a las actitudes y las capacidades propias que se exigen en este ámbito profesional. Pero esto que se ha mencionado respecto de los jueces puede extenderse sin mayor problema al resto de profesiones jurídicas.

La necesidad de que los juristas tengan una formación más integral es especialmente importante si se asume, como he mencionado anteriormente, que el significado de los enunciados jurídicos no es unívoco, sino que más bien padecen de un cierto grado de indeterminación que origina un margen interpretativo por parte del juez. El juez no se limita a aplicar de forma mecánica las disposiciones jurídicas dictadas por el legislador, sino que más bien, el juez, como órgano aplicador privilegiado, puede modular el significado de la disposición jurídica en cada caso concreto según sus variadas circunstancias (sociales, económicas, psicológicas, etc.). En este sentido, una buena sentencia es aquella en la que el juez puede tomar en consideración todo el conjunto de factores que intervienen en el momento de su aplicación, factores que, por otro lado, no se enseñan con una formación estrictamente dogmática. Por ello, no es extraño que progresivamente se hallan incorporado asignaturas de sociología, economía, u otras que muestran los aspectos contextuales del Derecho y en este sentido amplían de forma notable la visión que puede tener un jurista al tomar una decisión.

Es precisamente aquí donde entra la enseñanza del Derecho a través del cine. Una buena selección de películas donde el Derecho entre en conexión con todos esos factores puede ayudar decisivamente a completar esas carencias de la formación de los juristas. En la medida que la obra cinematográfica (al igual que la literaria) invita a los espectadores a ponerse en el lugar de personas muy diversas (y a veces alejadas de su propia vivencia personal) y a adquirir empáticamente sus experiencias y sentimientos, el alumno está en mejor disposición para comprender mejor y más integralmente el impacto de un conflicto (o de una sentencia, de una norma jurídica) en la vida de las personas. De esa forma puede captar de manera más global y profunda el sentido y finalidad de aquéllas. No sólo se le está dando información o contenidos teóricos, sino que también se les transmiten pautas para que tenga la posibilidad de adoptar las actitudes o los valores más convenientes según las diferentes situaciones particulares con las que tenga que enfrentarse en su desarrollo profesional.

El análisis jurídico a través del cine supone dar entrada al factor emocional en la enseñanza. El cine, como la literatura y el resto de expresiones artísticas, está destinado a producir emociones. Y éstas suelen tener dos repercusiones positivas en la docencia. En primer lugar, favorecen que un estudiante pueda sentirse interesado por un tema jurídico. Y en segundo lugar, pueden servir para que comprenda mejor la materia que se esté tratando. Pongamos un ejemplo. Un contenido insoslayable en una materia como Derecho Constitucional, penal

o procesal es la presunción de inocencia y el sometimiento de los órganos de la Administración del Estado (especialmente los policiales) a las garantías penales y procesales que se establecen en un ordenamiento democrático. En cualquiera de esas asignaturas se incide en la relevancia de la presunción de inocencia, del derecho a la tutela judicial efectiva, del principio de legalidad, del principio de independencia judicial, etc. Pero un alumno de primer curso o incluso de cuarto curso es improbable que pueda comprender la relevancia y el funcionamiento práctico de estas garantías. En cambio, podrá comprender muchísimo mejor el sentido y finalidad que tratan de lograr dichas garantías respecto de la situación de un acusado si se examinan a la luz de las experiencias de Gerry Conlon, cuya vida constituye el núcleo de la película «En el nombre del padre». En ella se muestra cómo, en el contexto de la resistencia en Irlanda del Norte en los años setenta contra las tropas británicas, Conlon es acusado y a la postre detenido injustamente de cometer un atentado en un pub de Londres en el que mueren varias personas. Analizar cada una de esas garantías (y su violación por los órganos del Estado) y su impacto en la vida de la víctima a través de esta película contribuye en mi opinión a dar una dimensión completamente distinta, y a la vez mucho más comprensiva de aquéllas ya que permite ver qué consecuencias pueden provocar en un ciudadano inocente su incumplimiento por parte de los órganos del Estado. En efecto, un estudiante difícilmente podrá captar sólo a partir de una clase teórica el daño físico, psicológico, las repercusiones familiares etc., que pueden ocasionar tales violaciones de derechos fundamentales en la vida de una persona. Por muy excelente que pueda ser una clase teórica, es improbable que pueda transmitir con mayor fuerza y persuasión la necesidad, sentido, consecuencias y fines que cumplen las garantías procesales que lo hace la película mencionada.

Sin embargo, no han faltado críticas a la eventual incorporación de este factor emocional en la enseñanza jurídica. Se ha señalado que las emociones son inadecuadas como guías de la acción racional, que no sirven para la deliberación. Por ello, piensan algunos, se ha de evitar su utilización en la enseñanza (y más concretamente, en la jurídica). Las razones que se alegan son varias. Me detendré en dos de ellas que considero centrales. En primer lugar, se ha señalado que las emociones son en cierto sentido irracionales, en el sentido de que no obedecen a ningún razonamiento, meditación o juicio. Tal impresión ha tenido una gran repercusión en muchos ámbitos científicos e incluso en la cultura popular. En segundo lugar, se ha objetado que las emociones están vinculadas con las relaciones particulares y concretas que tienen las personas, y por lo tanto, no permiten una comprensión o evaluación imparcial, abstracta y desapegada.

Pero estas dos objeciones pueden ser a su vez rechazadas. La primera crítica está ampliamente desacreditada por parte de la psicología contemporánea. Son varias las líneas argumentales que se han diseñado, pero bastará señalar que en la actualidad existe un consenso amplio

en distinguir las emociones de las meras sensaciones en tanto que las primeras incorporan un modo de percibir un determinado objeto y además están relacionadas estrechamente con ciertas creencias acerca de su objeto. Por ejemplo, la cólera es una emoción que puede conllevar una sensación («te hierve la sangre»), pero está dirigida contra alguien que en mi percepción considero que me ha agraviado. Por otro lado, tal emoción puede ser modificada si mi creencia («X me ha agraviado») se demuestra falsa (no fue X quien me agravió o en realidad X no me agravió). En este sentido, hay un componente de racionalidad en las emociones que permite, en función de un adecuado entrenamiento, controlarlas y guiarlas.

Respecto de la segunda crítica, se ha insistido repetidamente que sin las emociones tendríamos una visión parcial y distorsionada de los objetos o relaciones examinadas. Como ha señalado Martha Nussbaum:

«La visión abstracta del intelecto calculador resulta ser miope e incapaz de discriminar a menos que la asista la capacidad de imaginar vívida y empáticamente la sensación de vivir cierto tipo de vida... Las emociones forman parte integral de esta visión abarcadora.»

En la medida que el Derecho es un fenómeno social, un entramado de normas, decisiones e instituciones cuyos destinatarios son en última instancia seres humanos, entonces, la vertiente emocional no puede sino ser incardinada en el intento de comprensión global del Derecho. Las emociones que transmite una película pueden cambiar el modo de conocer y evaluar una institución jurídica. Pongamos como ejemplo el jurado. Puede afirmarse, sin apenas temor a equívoco, que la comprensión y evaluación de esta institución cambia sustancialmente si uno ha podido ver la película «Doce hombres sin piedad». Y una de las razones de esta modificación de nuestra actitud sería, sin duda, la cantidad variopinta de emociones que se transmiten en esa gran película de Sidney Lumet, de cómo la pretensión de hacer justicia del jurado número 8 (Henry Fonda) va contagiando al resto, de cómo logra superar gracias a sus razonamientos los prejuicios de algunos de los otros jurados. De cómo en definitiva, la piedad que siente por el acusado, que está a punto de ser condenado sin apenas haberse examinado los hechos del caso, constituye el *leitmotiv* de su cruzada contra la inercia y pasividad del resto del jurado. Sin esa emoción (la piedad) que logra transmitirnos la película difícilmente podríamos entender algunas de las virtudes (pero también los riesgos) que se predicán del jurado. La película exige sutilmente al espectador que se coloque en el papel del acusado y piense qué tipo de personas querría que formaran parte del jurado, qué deliberación querría que desarrollaran los jurados encargados de examinar los hechos relevantes del caso. También le pide que se ponga en el papel del jurado y, de esa forma le hace reflexionar acerca de las actitudes que son adecuadas adoptar en el desmenuzamiento y evaluación de las pruebas. No cabe

la menor duda de que esta forma de ponerse en el lugar del otro contribuye decisivamente a una mejor formación por parte de los estudiantes. No sólo conocerán las normas que regulan el jurado sino también cómo funciona y qué tipo de circunstancias son aquellas a las que se puede enfrentar un jurado y que pueden llegar a determinar su decisión.

Pero quizá haya que ser un poco precavido acerca del papel de las emociones en la transmisión de actitudes y valores. No todas las emociones son buenas guías. Las emociones pueden ser un vehículo para transmitir una actitud o valor más que indeseable. Pensemos en la película «Cabaret» que, como se sabe, narra las vicisitudes de una cantante de cabaret norteamericana en el Berlín prehitleriano. En un momento de la película vemos a algunos de los personajes descansar relajadamente en una concurrida terraza campestre. De repente, un joven se levanta y empieza a cantar. La cámara sólo se fija en su cara. Poco a poco, otros jóvenes se suman y la canción de tonos épicos («El mañana nos pertenece») se convierte en un elemento galvanizador que cada vez anima a más gente a levantarse y corear la canción. En un movimiento inteligente por parte del director, la cámara se va alejando de los primeros planos para que el espectador descubra que esos jóvenes lucen unos uniformes característicos y fácilmente identificables. Son los adolescentes pertenecientes a la juventudes hitlerianas. Con esta escena, el director parece estar mostrando una metáfora de cómo el nazismo logró inocularse en la sociedad alemana, no tanto a través del discurso racional y reflexivo sino a través de las emociones. La canción épica que promete un mañana glorioso capta sentimentalmente a la concurrencia de la terraza de la misma manera que el discurso emocional nazi atrajo a buena cantidad de alemanes. El riesgo del factor emocional en la docencia es que una deficiente selección de películas (o de la explicación de un profesor) podría deparar como consecuencia una deficiente comprensión del fenómeno jurídico o de que los alumnos experimentaran ciertas emociones difícilmente justificables política o moralmente.

En este sentido, para que la potencialidad emocional del cine sea una buena consejera docente debe estar alentada, apoyada y guiada por el profesor. A éste le corresponde efectuar una pertinente selección de las películas. También tiene asignada la tarea de guiar el debate y las eventuales emociones que se vayan provocando entre los estudiantes. Para el correcto encauzamiento de las emociones es muy útil que los alumnos vean la película juntos y la discutan colectivamente. El hecho de ver una película y evaluarla conjuntamente en un aula con los compañeros y en presencia del profesor es interesante y útil dado que presupone que el alumno se ha introducido en la trama vital de la película y, a la vez, debe adoptar un papel distanciado y crítico respecto de ella, en esa medida se ve compelido a contrastar lo que ha visto y lo que ha experimentado con su propia experiencia vital, pero también con la de los compañeros (que probablemente será distinta). En

este sentido, el alumno entrará en una confrontación que tiene mucho que ver con la propia argumentación jurídica, en tanto en cuanto que tendrá que aportar ante sus compañeros razones que justifiquen su comprensión de la película o la interpretación que lleve a cabo de los problemas que allí aparezcan. Y sus compañeros harán, a su vez, otro tanto. En algún sentido, en la discusión se refleja algo característico del contraste de opiniones y de razonamientos que se dan en un debate jurídico.

En resumen, considero que el papel del cine en la enseñanza del Derecho puede sustentarse en estas dos potencialidades, la contextual y la emocional y que una adecuada selección de películas puede contribuir muy positivamente a que haya una docencia más jurídica más versátil e integral en el sentido que implementan tanto las competencias como las actitudes que deseamos tengan los juristas. Y en definitiva, este acercamiento está en la línea de los nuevos planteamientos docentes que emanan de las directrices europeas diseñadas en Bolonia que, como es conocido en su aplicación al ámbito jurídico, insisten en la necesidad de transmitir contenidos teóricos, pero también, competencias y *actitudes* con las que los futuros juristas puedan enfrentarse con éxito a los distintas situaciones en que puedan encontrarse en su desarrollo profesional.

Por último una precisión importante. Desde mi punto de vista hay dos maneras distintas de enfocar el papel del cine en la enseñanza del Derecho. La primera consiste en analizar *el Derecho en el cine*. La segunda, es ver *el Derecho como cine*. La primera de estas dos perspectivas atiende a las representaciones del Derecho en el cine, mientras que la segunda adopta las herramientas de la representación cinematográfica o de la crítica cinematográfica en el análisis del fenómeno jurídico. Mi decantación es claramente hacia la primera perspectiva. El uso del cine para la comprensión del Derecho es sólo una entre varias herramientas y, en todo caso, no se puede confundir el método con el objeto, que es una conclusión a la que han llegado algunos filósofos posmodernos que apenas establecen distinciones entre la ciencia del Derecho y la crítica cinematográfica o literaria. En este sentido, es necesario que en el uso del cine en la docencia jurídica siga primando la vertiente del teórico o docente que estudia películas jurídicas más que la perspectiva del crítico de cine que estudia películas jurídicas.

Fecha de recepción: 03/06/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

¿Es conveniente enseñar derecho a través del cine?

Por MARIO RUIZ SANZ
Universitat Rovira i Virgili, Tarragona

INTRODUCCIÓN

A veces no resulta superfluo aquello de que una imagen vale más que mil palabras. Pocos momentos pueden ser tan dramáticamente intensos y angustiosos como la ejecución de una pobre madre soltera, ciega y engañada, terrible secuencia ante la que uno se siente impotente; eso es lo que nos muestra de forma magistral Lars Von Trier al final de su película *Bailando en la oscuridad*. Otra mujer, María Falconetti transmutada en Juana de Arco, según la versión de otro director danés, Carl Theodor Dreyer, nos había enseñado muchos años antes que el silencio no es mudo, sino pasión callada que protesta y grita desde las entrañas. Y habría otros muchos ejemplos por citar...¹. En las aulas universitarias cobra sentido aquello que Federico Fellini nos recordaba en *Amarcord* cuando se refería a que: «El cine, si se hace bien, regala pequeños fragmentos de vida que nunca olvidarás». No cabe duda de que unos pocos segundos de retina pueden ser más efectivos que unas cuantas horas de complicados argumentos teóricos dedicados a explicar, por ejemplo, las miserias de la pena de muerte.

¹ Puede verse un buen compendio de referencias cinematográficas con contenido jurídico, en RIVAYA, B. y DE CIMA, P., *Derecho y cine en 100 películas. Una guía básica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Cabe señalar, a su vez, que desde el año 2003 se publica la colección «Cine y Derecho», dirigida por Javier de Lucas, en la editorial Tirant lo Blanch, en la que han sido ya editados alrededor de una treintena de libros sobre temática jurídica y cinematográfica muy diversa.

Precisamente para tales menesteres puede servir el cine cuando muestra la realidad desde la ficción o desde la propia realidad, según se mire. En este caso, el cine jurídico, sin necesidad de llegar a resultados tan drásticos como los sugeridos en ambos filmes citados, puede ayudar a reflexionar sobre el derecho desde diferentes ángulos o puntos de vista. Qué mejor manera de explicar la vulneración de las garantías procesales en un Estado de Derecho o del derecho a un proceso justo que la visión del film alemán *El proceso (Stammheim)*, de R. Hauff, en el cual también aparecen cuestiones relacionadas con el terrorismo, la tortura, el trato a los presos políticos u otras más tecnicojurídicas como la presunción de inocencia, el discutible papel del abogado defensor en los tribunales alemanes o la presunta prevaricación de los jueces democráticos. Ante esta película, cualquier espectador se percata del hecho de que ninguna de las partes procesales, acusados y acusadores, sale indemne. La paradoja se produce porque los primeros combaten contra el Derecho y el orden del Estado al mismo tiempo que invocan el cumplimiento de las normas; en cambio, los segundos defienden las normas y vulneran el Estado de Derecho.

De esta manera, no son sólo los aspectos conceptuales o temáticos los que pueden ser abordados desde el análisis de películas con contenido jurídico, sino que desde una proyección cinematográfica bien seleccionada, pueden construirse actitudes críticas y objetivos comunes entre los estudiantes y/o estudiosos del séptimo arte y del derecho. Otro buen ejemplo de ello, sin ceñirse estrictamente a lo que pudiera considerarse «género jurídico»², es la película *Rashomon*, de Akira Kurosawa, en la que dos narradores, un monje y un leñador, cobijados una noche de intensa lluvia bajo unas ruinas, cuentan un relato cada uno a su manera. Un bandido viola a una mujer en presencia del marido de esta última, un samurai al que posteriormente asesina. Los hechos son presentados visualmente en cuatro versiones: la del asesino, la de la mujer, la del samurai a través de un vidente y la de un testigo. Kurosawa desarrolla con maestría una cuestión que afecta a la construcción de la verdad, tema que es posible relacionar con el problema de la prueba judicial y la verdad procesal: cada personaje narra un incidente distinto, más próximo a lo que se espera que sucedió en la realidad, y somos los espectadores los que debemos extraer las conclusiones a través de lo que podríamos denominar «verdades parciales»; así se mantiene el interés por los hechos a pesar de que se incida una y otra vez sobre la misma circunstancia criminal. Son también significativos los elementos visuales auxiliares que el director añade a la narración: des-

² Sobre la discusión de si existe o no un género de cine jurídico, puede verse el estudio introductorio de GÓMEZ GARCÍA, J. A., en *Derecho y cine. El derecho visto por los géneros cinematográficos* (J. A. Gómez García, ed.), Tirant lo Blanch (colección Cine y Derecho), Valencia, 2008.

plaza la acción principal a un bosque luminoso, mientras que la realidad inmediata, el juicio, tiene lugar en un ambiente fantasmagórico en el que hasta resulta lícito convocar a los espíritus de los muertos para que testifiquen.

Pongamos otro ejemplo notable: qué manera tan estupenda de hacer comprender a un alumno de Derecho la importancia de la presunción de inocencia, si se le hace ver la película *El proceso*, de Orson Welles, personalísima adaptación de la novela de Kafka, en la que Joseph K., un empleado bancario, se despierta en su habitación junto a un policía que le ordena ir a juicio, pero no le informa del motivo por el cual ha sido acusado. Para averiguar el motivo de su acusación y protestar por su inocencia, intenta ver lo que hay detrás del sistema judicial. Dado que sus averiguaciones no dan fruto, parece no haber escapatoria para él en esta pesadilla kafkiana que roza los límites del absurdo³.

Con el objeto de comentar las amplias potencialidades que pueden ser desarrolladas a través de la docencia e investigación sobre derecho y cine en el ámbito universitario, haré referencia, en primer lugar, a algunos aspectos epistemológicos, para después tratar y proponer unas sugerencias de carácter metodológico a través de reglas o pautas de actuación.

PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA

El Derecho en el cine puede explicarse brevemente, desde este punto de vista, a partir de tres rasgos dependientes entre sí: 1) se trata de una forma de relato jurídico, o en otras palabras, de contar historias en las que predomina algún tema relacionado con el Derecho; 2) se utilizan técnicas narrativas que, de una manera u otra, contienen argumentaciones jurídicas; y 3) se pretende, en cierto sentido, o bien tratar directamente aspectos de la realidad o llegar a suplantarla a través de la ficción.

Las tres características serían también propias de la relación entre Literatura y Derecho⁴, con la notable diferencia de que aquí se hace a

³ Al respecto puede consultarse el trabajo de GARCÍA SALGADO, M. J., «Derecho, procedimiento, proceso. Josef K. Versus», en RIVAYA, B. (coord.), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 110-131.

⁴ Sobre esta relación, pondré un par de ejemplos, más o menos conocidos. El primero: R. Dworkin formula en su obra *Law's Empire* una reflexión sobre las conexiones entre Derecho y Literatura. Su «hipótesis estética» supone que la interpretación de una pieza literaria –o pictórica o musical, en su caso– intenta reflejar cómo un texto –también pintura o partitura– puede convertirse en «la mejor obra de arte posible» a través de su interpretación más adecuada, esto es, la más correcta. El segundo ejemplo: M. Nussbaum, se ha referido en su libro *Justicia Poética* a la relación entre el Derecho y la Literatura desde el tratamiento de un texto novelístico, en concreto *Tiempos difíciles*, de Ch. DICKENS. A partir del análisis de la estructura de

través de la imagen, el montaje y el guión, entre otros elementos, y no sólo desde la propia escritura o mera referencia textual.

Con respecto al tercero de estos rasgos señalados, el director y su equipo de realización recurren a estrategias narrativas para la (re)creación de su relato fílmico en función del tipo de discurso que se quiera construir como forma de explicación de la realidad. Por ello han de emplearse unas reglas-guía o tipológico-textuales que sirvan de hilo conductor al relato fílmico, y cuya funcionalidad básica consistirá en que la narración no se convierta en un conjunto de representaciones inconexas, sino en una sucesión de acciones, procesos y estados que constituyan un entramado que contenga, en el supuesto de películas con contenido jurídico, algún referente básico sobre el Derecho. En este sentido y en relación con la técnica narrativa utilizada en el film, los modelos de relato pueden reducirse a tres:

a) El modelo que muestra lo «verdadero», aquello efectivamente realizado u objetivamente existente. Para ello, se utiliza la técnica del documental, la más directa o en contacto con la realidad. En el caso de películas con contenido jurídico, sirva como buen ejemplo la producción española *La espalda del mundo*, en la que se cuentan tres historias que tienen como punto de coincidencia la marginalidad y la vulneración de los derechos humanos en diferentes lugares del planeta. Son tres historias sobrecogedoras, duras y tiernas a la vez, tituladas *El niño*, *La palabra* y *La vida*. En la primera de ellas, el rodaje refleja la vida de unos niños peruanos del extrarradio de Lima, que en lugar de ir a la escuela se pasan el día picando piedras para poder subsistir. En la segunda, se denuncia la persecución y represión del pueblo kurdo en Turquía. La última historia constituye un fuerte alegato contra la pena capital en los EE.UU. de Norteamérica⁵.

b) El modelo de lo «verosímil» pero ficticio, cuyas reglas se construyen de acuerdo con el mundo real o efectivo, puesto que se cumple con los criterios de construcción semántica de éste. Así sucede en las películas realizadas a partir de un guión adaptado u original, basadas en hechos históricos o imaginarios pero con la pretensión de exponer una realidad efectiva. De nuevo sobre la presunción de inocencia, en este modelo cabría encuadrar el clásico, de visión imprescindible para cualquier estudiante de Derecho,

las emociones y del razonamiento judicial toma como modelo el «poeta juez» de Whitman y construye la figura del «juez literato», aquel con capacidad para imaginar. Lo convierte en un «igualador» cuya experiencia en la lectura de novelas le induce a «contemplar cada vida como individual y singular». Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; NUSSBAUM, M., *Justicia poética*, trad. de C. Gardini, Andrés Bello ed., Barcelona, 1997.

⁵ Sobre esta película, puede verse el trabajo de LARA AMAT Y LEÓN, J., «La espalda del mundo: sobre las causas del fracaso de los derechos humanos», en GARCÍA MANRIQUE, R.; RUIZ SANZ, M., *El Derecho en el cine español contemporáneo*, Tirant lo Blanch (colección Cine y Derecho), Valencia, 2009, pp. 239-258.

Doce hombres sin piedad, de Sidney Lumet, en la que tras escuchar pruebas y testimonios en un proceso judicial, un jurado popular tiene que decidir sobre si se absuelve o se condena a muerte a un joven por haber matado a su padre. Once miembros del jurado están convencidos de que el acusado es culpable de asesinato. Sólo uno de ellos no lo está. La necesidad de que el veredicto se alcance por unanimidad obliga al resto del jurado a escuchar los argumentos de este hombre, que poco a poco irá analizando las pruebas para intentar demostrar que sus dudas tienen fundamento, tras pronunciar las sólidas palabras: «Tenemos una duda razonable. Y eso es algo muy importante en nuestro sistema. Ningún jurado puede declarar a un hombre culpable sin estar seguro». La película discurre por dos vías que corren en paralelo. Por un lado, consiste en un análisis profundo de la relevancia que tiene el trabajo de un jurado, en tanto responsabilidad con la sociedad, y las presiones y deficiencias que, como toda institución humana, padece. Y por el otro, el tema fundamental del film es una reflexión de corte filosófico y político sobre la sociedad democrática en sí misma a partir del microcosmos que constituye ese grupo de doce hombres de diferentes creencias, experiencias y escala social⁶. Tal y como afirma otro de los personajes del jurado en la película: «No hemos venido aquí a pelear. Tenemos una responsabilidad. Siempre pensé que esto era un logro muy valioso de la democracia. Se nos notifica que acudamos a este lugar a decidir la inocencia o la culpabilidad de un hombre del que nunca hemos oído hablar. No tenemos nada que perder o que ganar con nuestro veredicto y éste es nuestro principal mérito. No lo convirtamos en algo personal».

c) El mundo de lo «no verosímil», aunque esta vez ficticio, que también funciona como mundo real efectivo, pero que en cambio supone la transgresión de las reglas del mundo objetivo: son las películas de «ciencia ficción» las que se realizan a partir de tales presupuestos. La construcción metafórica de universos paralelos generalmente situados en el futuro, inmediato o lejano, ha dado lugar a enormes producciones cinematográficas en las que, por ejemplo, la cuestión de los derechos humanos puede plantearse desde la incógnita y consiguiente extensión de su titularidad hacia posibles sujetos o formas de vida no humanas para las cuales fueran comprensibles los juegos del lenguaje y nuestras prácticas comunicativas habituales. *Blade Runner*, de R. Scott, 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, quizás sea el

⁶ Sobre esta película, puede verse: GÓMEZ COLOMER, J. L., *El perfil del jurado en el cine*, Tirant lo Blanch (colección Cine y Derecho), Valencia, 2006.

mejor exponente de ello⁷, aunque también puede recurrirse a otros ejemplos significativos⁸.

PROPUESTAS METODOLÓGICAS

Al plantearnos la pregunta de si el cine puede ser un instrumento adecuado para complementar la docencia universitaria o incluso ser objeto de investigación jurídica, no cabe duda de que en estas páginas se han ofrecido argumentos más que suficientes para dar una respuesta afirmativa a tal cuestión. Por ello, quizás sea preferible que me refiera a mi experiencia práctica, lo que me permitirá hacer unas consideraciones generales que enumeraré en un decálogo de pautas a seguir.

Parafraseando –por supuesto, salvando las distancias– a Robert de Niro en la película *Casino*, de M. Scorsese, se podría decir que «hay tres maneras de hacer las cosas: la correcta, la incorrecta y la mía»; así que no tengo más remedio que acudir a esta última. Las diez propuestas metodológicas sobre cómo organizar un curso, seminario o actividad sobre Derecho y cine, son las siguientes:

Primera: La estructura de cada sesión ha de componerse de tres partes, más o menos extensas en función del tiempo disponible: primera, una exposición general sobre la película y el tema (se recomienda que la haga el profesor o alguien preparado para dicha tarea); segunda: la proyección de la película; tercera: un debate con los asistentes (abierto e informal, si se puede).

Segunda: Las sesiones se deben programar a través de un cronograma orientativo, en el que se señale al menos el día, el lugar de proyección, la ficha técnica de cada película, y el material complementario recomendado.

Tercera: Es conveniente insistir al alumno que trabaje y lea el material entregado al efecto con anterioridad a la proyección. Este material ha de estar seleccionado cuidadosamente, y sobre todo ha de ser de interés para saber interpretar y pensar la película en términos jurídicos.

Cuarta: Las proyecciones en aula o sala deben tener continuidad narrativa, por lo que se recomienda como unidad mínima de proyec-

⁷ Así, Javier de Lucas se ha referido a cómo superar los límites de lo humano a partir de la cuestión de la identidad y la memoria, tomando como ejemplo precisamente la película *Blade Runner*. Cfr. DE LUCAS, J., *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch, (colección Cine y Derecho), Valencia, 2003.

⁸ En este mismo sentido, y con respecto a la extensión de derechos a seres no humanos, atribuibles al androide *Data*, véase ALEXY, R.; GARCÍA FIGUEROA, A., *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch (colección Cine y Derecho), Valencia, 2008.

ción la secuencia. No se deberían proyectar únicamente fotogramas o escenas, a menos que se haya visualizado la película completa con anterioridad y se trate de explicar algo concreto. A ser posible, si se dispone de tiempo, hay que proyectar la película en su integridad. Seguir las imágenes es como amputar un cuerpo. Algo así como observar sólo una parte de una obra pictórica o un fragmento aislado de una obra literaria. El arte mutilado, sin duda, pierde intensidad.

Quinta: La proyección no se debe interrumpir bajo ningún concepto; ni para hacer explicaciones al hilo de lo visto ni para descansar o relajarse. Ello rompería el ritmo natural de la película, con lo que se prescindiría de un elemento básico de la misma. Cada proyección tiene su cadencia personal, lo que le confiere un carácter propio y personal.

Sexta: Si es posible, la proyección ha de hacerse en versión original (con subtítulos en su caso, por supuesto). Los doblajes no siempre son adecuados, y en cualquier caso, a pesar de que puedan ser correctos, nunca naturales. Por regla general, el doblaje hace perder intensidad dramática a los diálogos, además de que se trata de un elemento artificial.

Séptima: Hay que cuidar el entorno físico de la proyección. Ha de tratarse de un lugar que disponga de una buena pantalla de proyección y recursos técnicos. Hay que evitar la visión directa a través de ordenadores o reproductores de DVD, pues suelen tener una imagen deficiente o limitada. También se requiere de una buena acústica y un mobiliario adecuado para situarse al menos con relativa comodidad.

Octava: En la programación de un ciclo de cine jurídico, hay que incluir al menos una película muda o no sonora. El silencio habla por sí mismo. El cine mudo demostró que el silencio es imposible; así, paradójicamente, inauguró el hablar, mientras que el cine sonoro lo hizo con el callar. El hablar no necesita palabras, pero el callar sí.

Novena: En la programación de un ciclo de cine jurídico, hay que incluir al menos una película de «cine periférico», es decir, ni europeo ni norteamericano; o al menos que no sea del llamado «circuito comercial» o de consumo. Con ello me refiero a un cine de parámetros culturales y formas de vida diferentes a las occidentales. Me permito hacer una recomendación personalísima, casi maniática: programar una buena película japonesa siempre es un acierto.

Décima: Es conveniente formular un cuestionario a los alumnos al término de las sesiones y así recoger su opinión, que puede servir de ayuda para mejorar algunos detalles o aspectos de las proyecciones en el futuro, a la hora de programar nuevos ciclos de cine jurídico.

Este decálogo supone más bien un conjunto de recomendaciones o sugerencias que no pretenden convertirse en dogmas infalibles o indiscutibles. Algunas de ellas cabe reconocer que son caprichosas (por ejemplo, la octava y la novena); otras más bien consecuencia del sen-

tido común; pero todas son fruto de la experiencia y tienen alguna razón de ser, aprendida y asumida a lo largo de varios años de experiencias docentes vividas a través del cine.

Conviene reiterar que cada vez se escriben trabajos con mayor calidad y enjundia sobre cine y derecho. De ello encontramos buenas muestras durante estos últimos años. Tan sólo quisiera añadir una breve reflexión que sirva tanto para la docencia como a la investigación: debería evitarse la tentación de inclinar la balanza entre el componente jurídico y el cinematográfico hacia la presencia de referentes y comentarios jurídicos minimizando la presencia de los detalles cinematográficos. Me explico: quizás debido a cierta tendencia natural hacia la exposición magistral de la problemática jurídica y al no ser estrictos críticos de cine, los profesores solemos poner el énfasis mucho más sobre los aspectos narrativos para olvidarnos de los técnicos. El cine no sólo cuenta historias sino que las recrea a través de todo un universo de elementos que dotan de sentido a una presunta realidad. Por ello, un encuadre, un movimiento de cámara o un simple plano, puede esconder toda una idea o mundo por descubrir. Quizás debamos hacer un esfuerzo por superar la mera estructuración argumental y en muchas ocasiones lineal de los guiones de las películas, para disfrutar del arte cinematográfico en toda su intensidad.

Aunque al final siempre hay algo que está por encima de enseñar derecho a través del cine. Decía Quentin Tarantino en una entrevista que: «cuando la gente me pregunta si fui a una escuela de cine, siempre les respondo lo mismo: no, fui al cine». Pues así es: lo que hay que hacer para disfrutar del cine es, sin lugar a dudas, ir más al cine.

PELÍCULAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO):

- La pasión de Juana de Arco (*La passion de Jeanne d'Arc*, Carl Theodor Dreyer, Francia, 1928).
- Doce hombres sin piedad (*12 Angry Men*, Sidney Lumet, 1957).
- Rashomon (*Rashomon*, Akira Kurosawa, Japón, 1950).
- El proceso (*The Trial*, Orson Welles, EE.UU., 1962).
- Amarcord (*Amarcord*, Federico Fellini, Italia, 1973).
- Blade Runner (*Blade Runner*, Ridley Scott, EE.UU., 1982).
- Casino (*Casino*, M. Scorsese; EE.UU., 1995).
- El proceso (*Stammheim*, Reinhard Hauff, Alemania, 1986).
- Bailando en la oscuridad (*Dancer in the Dark*, Lars Von Trier, Dinamarca, 2000).
- La espalda del mundo (*La espalda del mundo*, Javier Corcuera, España, 2000).

Fecha de recepción: 27/09/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil Maccormick

Por JOXERRAMON BENGOETXEA
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

Este trabajo pretende ubicar la obra y el pensamiento de Neil MacCormick (1941-2009) en la filosofía jurídica, moral y política contemporánea, destacando las innovaciones más importantes que el pensador escocés ha aportado a lo largo de sus escritos en un periodo que se extiende desde 1978 hasta 2009¹. Sin entrar en un análisis detallado, la figura y la persona de MacCormick serán esbozadas en la primera parte², para presentar seguidamente un elenco de las principales contribuciones teóricas del autor en la teoría general y la filosofía del derecho (Jurisprudence).

Palabras clave: *MacCormick, Teoría del derecho, Filosofía del derecho, Razonamiento jurídico.*

ABSTRACT

This paper attempts to locate the work and thought of Neil MacCormick (1941-2009) in contemporary legal, moral and political philosophy. It

¹ Agradezco al *Anuario* y a María José Añón la invitación a presentar la obra de MacCormick, con ocasión de su triste fallecimiento. Para mí personalmente resulta simultáneamente un honor y un reto, pues me obliga a identificar las principales ideas de mi maestro y amigo, muchas de las cuales se habían arraigado profundamente en mi propio pensamiento.

² Recomiendo la excelente entrevista que le realizó Manuel Atienza publicada en *Doxa* (29) 2006, disponible en Internet.

highlights the most important innovations in the writings of the Scottish thinker, covering a period from 1978 to 2009. Without going into a detailed analysis, the figure of MacCormick is outlined in the first part of the paper, before enumerating the author's main theoretical contributions in general theory and philosophy of law (Jurisprudence).

Key words: *MacCormick, Legal Theory, Philosophy of Law, Legal Reasoning.*

SUMARIO: 1. LA PERSONA.—2. LAS APORTACIONES PRINCIPALES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.—3. CONCLUSIÓN: EL GIRO HERMENÉUTICO EN EL DERECHO.

1. LA PERSONA

Neil MacCormick (Glasgow, 1941-Edinburgh, 2009) pasará a la historia de la filosofía por su notoria contribución a la filosofía práctica contemporánea, entroncando con las tradiciones ilustradas escocesas y compatibilizando la filosofía analítica con el kantismo. Como filósofo del derecho figura ya entre los grandes pensadores del último cuarto de siglo y primera década del tercer milenio y probablemente será recordado por su teoría institucional del derecho y por su concepción jurídica hermenéutica, que pretende superar la clásica confrontación entre ius-positivismo e ius-naturalismo.

La contribución de MacCormick a la filosofía del derecho, moral y política se plasma en numerosas y valiosas publicaciones en lengua inglesa y traducciones a varios idiomas³, en su constante contribución a la IVR⁴ que presidiera hasta su fallecimiento fruto de un cáncer intestinal incurable, y se complementa con una acción práctica como personaje político al ser miembro destacado del Scottish National Party, eurodiputado por Escocia (entre los años 1999-2004), miembro alterno de la Convención sobre el futuro de Europa (2002-2004), asesor para asuntos europeos del First Minister del ejecutivo escocés (2007-2009) e ideólogo de las naciones europeas sin estado

³ Tuve ocasión de traducir alguna de sus obras al castellano «La argumentación y la interpretación en el Derecho», *RVAP* (3) 1993, pp. 201-217, y al vascuence *Can Judges Make Mistakes*, la conferencia que pronunció con ocasión de su investidura como doctor honoris causa por la U. des Saarlandes, «Akatsik egin al dezakete epaileek?», *Eleria* (15) 2006, 145-155.

⁴ Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, que organiza Congresos Mundiales los años impares. El Congreso Mundial de 1989 fue organizado en Edimburgo por un Comité dirigido por Neil MacCormick y tuvo como título *Ilustración, Derechos y Revoluciones*. Tuve el honor de participar en la organización como doctorando suyo y de comprobar la lúcida premonición de los cambios que transformarían Europa Central, la antigua Unión Soviética y todo el mundo a las pocas semanas de celebrarse dicho Congreso con la caída del Muro de Berlín.

propio (grupo político europeo Alianza Libre Europea). Así mismo asumió numerosos empeños universitarios tanto de estudiante –llegó a ser presidente de la Oxford (students’) Union– como de profesor –muchos años decano de la facultad de derecho, «provost» de las ciencias sociales y jurídicas, y «vice-principal» de la Universidad de Edimburgo. Su carrera académica está estrechamente ligada a la cátedra *regia* de Derecho Público, Natural y de las Naciones creada en 1707 en dicha Universidad, a la que accedió a la temprana edad de treinta y un años tras un breve periplo por Queen’s College Dundee (University of Saint Andrews) y Oxford (Balliol College). Por su impresionante carrera universitaria y su contribución al pensamiento jurídico fue nombrado abogado Queen’s Counsel h.c. en 1999 e investido Sir en 2001.

Además de excelente político⁵, dedicado investigador y prolífico autor, MacCormick era un excelente profesor y conferenciante y dedicaba gran parte de su tiempo y de su atención a sus estudiantes y colegas consiguiendo que los estudios de *Jurisprudence* en Edimburgo se convirtieran en un centro de reputación mundial y de atracción de estudiantes de postgrado y de académicos. Si interesante, intensa y fructífera fue su vida, no menos admirable fue cómo condujo su enfermedad hasta su muerte, aspecto en el que vuelve a entroncar con los filósofos ilustrados. «Al juzgar la vida de un hombre, De Montaigne se preguntaba siempre cómo se comportó en su final. David Hume enseñó a sus amigos cómo morir, yéndose. Como lo expresara Joseph Black, “en tan feliz compostura de la mente que nada podía excederle”. Luego le tocó a Adam Smith en 1790, murmurando a James Hutton y los restantes presentes en su alcoba, “creo que debemos posponer esta reunión a otro lugar”. El 26 de noviembre de 1799, el doctor Black posó su taza de leche y agua sobre su rodilla y murió, “como si se hubiera requerido de un experimento para mostrar a sus amigos con qué facilidad se iba” escribía Adam Ferguson»⁶. Varias necrológicas británicas recogen la anécdota de cómo MacCormick tocó la gaita en el funeral de su buen amigo y contrincante político, John Smith, líder del laborismo, en la isla de Iona⁷. Cuando le tocó a él, Neil acababa de publicar *Practical Reason in Law and Morality* (Oxford, 2009), hablaba con entusiasmo de Barack Obama, cuyas autobiografías acababa de leer, respondía correos electrónicos y seguía leyendo y comentando, con sagacidad y elegancia los *papers* que se

⁵ Fue nombrado el mejor eurodiputado del año, en los premios de los mejores políticos escoceses en tres de sus cinco años de mandato.

⁶ BUCHAN, James, *Capital of the Mind, How Edinburgh Changed the World*, London, 2003, p. 336.

⁷ La anécdota se cuenta en los Obituaries de *The Times* y *The Scotsman*, de 7 de abril de 2009. Destaca, por su elegancia y semejanza psicológica, la escrita por Sir David Edward en *The Guardian*.

presentaban en los seminarios de filosofía jurídica en Edimburgo y excusándose por no poder acudir personalmente.

Trazar un semblante de la personalidad de Neil MacCormick es una tarea que supera el tipo de discurso teórico propio de un análisis de su obra, pero en su caso el personaje y la obra se entrelazan armoniosamente. Su optimismo vital, inagotable hasta los últimos días de su dolorosa enfermedad, su contagiosa energía, su aptitud para ver siempre lo mejor de sus interlocutores, su integridad y honestidad, su carácter amable, afable, su sentido del humor, su chispa, ingenio e inteligencia, su inagotable capacidad de autocrítica, son virtudes morales y estéticas que se perciben claramente en su obra. Basta leer las primeras páginas sobre «incentivos y razones» donde explica los incentivos para escribir su *Practical Reason*, publicada unas semanas antes de su muerte, para percibir su gran estatura moral.

Quienes hemos tenido la fortuna de conocer al personaje nos seguimos sorprendiendo al comprobar la proximidad de sus registros escritos y orales, tanto en conversaciones como en conferencias, simposios o clases. Leer a MacCormick es entablar una conversación imaginaria o compartir un seminario con él. Puede parecer un tópico, pero Neil revive en sus escritos; hay algo muy genuino en ellos, algo personal como su carácter, sabiduría e ingenio, pero también algo sociocultural como la tradición universitaria analítica oxoniense –la influencia de Ayer, Ryle, Strawson, Hart, Berlin, los Warnock, Hare, Foot– y algo histórico-nacional como el entronque escocés con Stair, Hutcheson, Smith, Hume, Ferguson, Reid, Millar, Kames... los *literati* de esa «República de las Letras», para quienes el progreso en asuntos intelectuales sólo es posible a través del pensamiento *comunal*, pensando con y a través de los otros⁸.

MacCormick fue discípulo de H. L. A. Hart, posiblemente su influencia teórica más evidente y sobre quien escribió una importante obra, *H. L. A. Hart* (Stanford, 1981), cuya reciente segunda edición (Stanford, 2008) tuvo en cuenta el famoso *Postscript* de la segunda edición póstuma del *Concept of Law* (Oxford, 1994), en el que Hart esbozó una respuesta a las críticas formuladas por su sucesor en la cátedra de *Jurisprudence* en Oxford, Ronald Dworkin. Esta segunda edición de *H. L. A. Hart* nos permite entrever un MacCormick post-positivista, algo más distanciado de su maestro. En la página 15 de esta segunda edición nos relata cómo Hart le reprochó haberle presentado en su libro como más ius-naturalista de lo que le gustaría ser⁹.

⁸ BRODIE, Alexander, *The Scottish Enlightenment*, Edinburgh, 2007, p. 78. La República de las Letras escocesa podría considerarse una especie de «comunidad ideal de discurso» en sentido habermasiano. En lugar de negarlo como hace el post-modernismo, MacCormick retoma el proyecto ilustrado.

⁹ En la entrevista publicada en *Doxa* también relata esta anécdota.

A pesar de su influencia mundial MacCormick nunca creó escuela en Edimburgo, ni pretendió hacerlo; a lo sumo podría hablarse de una escuela *virtual* de admiradores suyos en todo el globo. Sus colegas en el *Centre for Criminology and the Sociological and Philosophical Study of Law* (CCSPSL, ahora *Centre for Law and Society*), sus doctorandos seguían sus propios intereses. De hecho le interesaba más fomentar la crítica o enfoques alternativos que impulsar tesis y trabajos ceñidos a sus propias teorías. Dicho esto, conviene sin embargo añadir que MacCormick era un co-autor muy interactivo, interesado siempre en captar la (mejor) visión de su interlocutor y de llevarla un paso adelante. Su edición de la obra póstuma de J. Wróblewski, su coautoría con A. Aarnio, P. Amserek, F. Atria, P. Birks, R. Summers, O. Weinberger, o sobre todo con su colega en Edimburgo y fiel amigo Zenon Bankowski, por ejemplo, indican dos virtudes excepcionales en la filosofía jurídica anglófona: un empeño por desarrollar visiones y discursos colectivos y una apertura a pensadores que han publicado sus obras en idiomas distintos del inglés. Además de su inglés, escotizado y veloz, MacCormick hablaba correctamente gaélico escocés y francés y se nutría asiduamente de obras escritas en alemán, italiano, castellano, sueco y neerlandés. Basta echar un vistazo a sus referencias bibliográficas para comprobarlo. De hecho, llegó a pronunciar conferencias en varios de estos idiomas. Esta apertura idiomática es inusual en el ámbito académico en lengua inglesa. Sus numerosas co-autorías de trabajos y libros y su co-edición de compilaciones y obras colectivas son buena prueba de ese singular empeño por un pensamiento discursivo y dialógico. También en sus escritos individuales MacCormick está en constante interacción con otros autores, pero no con la finalidad de vencer en una confrontación dialéctica de ideas sino buscando matices, aproximaciones, nuevos matices de síntesis y consenso; sin mermar en coherencia argumental ni caer en sincretismos, y sin miedo a recular cuando consideraba que había errado¹⁰.

¹⁰ En el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho (IVR) celebrado en Granada en mayo 2005, MacCormick pronunció una conferencia publicada como «The European Constitutional Process: A Theoretical View» en vol. 39 de *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2005), 299-319. En su obra posterior «The Convention and its Constitution: All a Great Mistake?», en PETERSEN, KJAER, KRUNKE and MADSEN (eds.), *Paradoxes of European Legal Integration*, Aldershot, 2008, 17-27, cuenta MacCormick cómo tras la conferencia una pregunta de J. Nergelius sobre el carácter estrictamente provinciano del referéndum francés le hizo cambiar de opinión sobre la idoneidad de ratificar Estado por Estado defendida en Granada: «So I conclude that Nergelius was right and I was wrong about the character of the state-by-state ratification process» (p. 21). Acto seguido (p. 22) propone como síntesis una doble ratificación: estatal según las propias constituciones y un referéndum europeo a celebrar el mismo día.

2. LAS APORTACIONES PRINCIPALES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En esta sección, se presentarán las ideas principales de MacCormick en el amplio espectro de la filosofía del derecho, siguiendo un planteamiento temático y cronológico. MacCormick contemplaba la filosofía jurídica y el razonamiento jurídico no como algo separado sino como un caso especial, altamente institucionalizado, de la razón práctica. Debe advertirse desde un primer momento que los intereses investigadores del pensador escocés han sido amplios y variados desde el inicio de su carrera. Así por ejemplo, su lección inaugural en la cátedra de Edimburgo no versó directamente sobre la temática que le consagraría un lustro más tarde como filósofo analítico del derecho, el razonamiento jurídico, sino sobre otros de sus temas estrella, el derecho como institucional.

En esta contribución me ceñiré a la aportación de MacCormick en torno al razonamiento jurídico y a la teoría institucional del derecho. Por motivos de espacio, dejamos para otra contribución¹¹ las valiosísimas y variadas contribuciones a la teoría del nacionalismo liberal, al constitucionalismo europeo, a la soberanía, a la autonomía individual, a la socialdemocracia, a la teoría de la justicia, es decir, sus obras sobre filosofía moral y política y sobre teoría política.

La influencia de Hart y la controversia Hart-Dworkin

Se ha comentado ya la influencia de Hart en la primera parte. Dicha influencia se percibe a lo largo de toda la obra de MacCormick, incluso en su obra más madura, donde él mismo se define como post-positivista. De todas formas, la escasa importancia que Hart había concedido a los problemas de interpretación –a pesar de sus interesantes contribuciones en torno a la naturaleza del lenguaje y su textura abierta– justificaban plenamente la atención de MacCormick hacia el razonamiento jurídico.

La preocupación fundamental de Hart en su *Concept of Law* (Oxford, 1961) no era interpretativa, ni siquiera era la fase de aplicación judicial del derecho sino más bien conceptual, interesada más en la regla de reconocimiento que en las de cambio y adjudicación. Es cierto que la centralidad de las cuestiones de validez y de fuentes era una constante en la filosofía jurídica de mediados del siglo xx; no sólo por la influencia de Bentham en las Islas Británicas y de Kelsen en el continente europeo sino también por la confrontación clásica, aunque no por ello estéril, entre naturalistas y positivistas. Sería Dworkin quien mediara hábilmente en esta polémica insistiendo precisamente en la naturaleza interpretativa del derecho. MacCormick dirige su

¹¹ En la Revista *Doxa* (2010) abordo estos aspectos del otro Neil MacCormick.

atención primaria a las cuestiones de interpretación y justificación de la decisión judicial y lo hace conectando estas cuestiones con la teoría jurídica y con la teoría general de la razón práctica, rebatiendo de paso la tesis de la única respuesta correcta defendida en *Taking Rights Seriously*, pero sin entrar, aún, en la vía de ubicar la *interpretación* en el estadio conceptual del derecho como haría Dworkin en *Law's Empire*. Este salto se producirá en la última fase del pensamiento de MacCormick, especialmente en *Institutions of Law*.

El punto de vista interno

Relacionada con esta cuestión, aunque desde un planteamiento más epistemológico destaca la contribución de MacCormick en torno al llamado «punto de vista interno». La regla de reconocimiento y la operación de las reglas jurídicas implican que sus destinatarios les otorgan un elemento de normatividad o vinculatoriedad y que comprenden su sentido. Desde un punto de vista externo quizá pudieran describirse con un compendio de regularidades del comportamiento: órdenes o permisos y conductas conformes (el hábito de obediencia austriaco) o sanciones. Pero esta perspectiva no nos explica por qué las reglas vinculan. Para ello debemos comprender, desde un punto de vista interno de los usuarios y operadores de las reglas, en qué consiste la regla o la idea de seguir una regla, *to follow a rule*. La cuestión es si también el teórico o científico del derecho debe adoptar ese punto de vista (*verstehende*) o actitud crítica reflexiva hacia las reglas. En su libro sobre Hart y en el apéndice al LRLT, MacCormick realiza una interesante distinción entre lo que llama el punto de vista interno volitivo y el cognitivo. Para que funcione el derecho es necesario que los operadores jurídicos y una mayoría social asuman el punto de vista volitivo mientras que el resto de la sociedad puede limitarse a una pragmática e interesada observancia. Para captar el fenómeno de la normatividad basta con asumir la perspectiva cognitivamente interna, la metodología weberiana próxima a la antropología social, pero ésta siempre será parásita del punto de vista volitivo. No es necesario implicarse axiológicamente en la perspectiva de quienes se sienten vinculados por dichas normas, en contra de lo que defenderá Dworkin, sino que basta con *comprender* en qué consiste dicho sentimiento de vínculo. Con esta importante distinción MacCormick hila bastante más fino que Hart.

Razonamiento Jurídico y Teoría Jurídica

En cierto sentido, el libro de MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford 1978, en adelante LRLT), puede verse como la continuación del *Concepto* de Hart en materia de razonamiento. Es la obra que consagra al autor escocés a escala mundial y contiene numerosos aspectos novedosos que intentaremos esbozar. Para empezar MacCormick entronca con Hume y la ilustración escocesa cuando

afirma que cualquier tipo de argumento valorativo (práctico) debe implicar, presuponer o asumir unas premisas últimas que no sean a su vez demostrables o verificables sobre la base de ulteriores razones. Estas premisas normativas últimas no son el resultado de una cadena de razonamiento lógico; pero ello no quiere decir que no se puedan alegar o aducir razones, no conclusivas, para adherirse a tales premisas últimas como razones para la acción o para la decisión. Lo mismo es válido para el razonamiento jurídico, con la salvedad que las premisas últimas son de un carácter distinto –normas jurídicas y hechos probado– y el contexto público en que discurre la argumentación es institucional: lo que sean buenas razones viene en gran parte determinado por el derecho y el órgano decisorio opera en un contexto de justificación.

Descubrimiento y justificación

Esta característica del razonamiento jurídico nos remite a la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación, otra constante en la obra de MacCormick. Si en su primera obra (LRLT) el enfoque aborda la justificación, rebatiendo la relevancia heurística del descubrimiento, en su obra posterior¹² y bajo la influencia de la investigación desarrollada por Bruce Anderson¹³ en Edimburgo entre los años 1987 y 1991, adoptó una perspectiva más conciliadora, incorporando varios aspectos del descubrimiento a un contexto más amplio de explicación de la sentencia, de su estilo y su contenido y una comprensión hermenéutica del proceso de decisión. Posiblemente, al desarrollar la teoría de la coherencia narrativa que abordaremos más abajo, ya estaba anticipando este acercamiento más hermenéutico. Así, se puede percibir una cierta evolución, aunque aceptando siempre la centralidad de la justificación. Esta centralidad de la justificación está latente en el método de la reconstrucción racional de la teoría de la justificación judicial o del razonamiento jurídico, una contribución de MacCormick desarrollada en *Interpreting Statutes*. Consiste en partir del análisis de justificaciones y razonamientos concretos ubicándolos en un contexto que tenga en cuenta la teoría normativa y crítica sobre la justificación en general y en la jurisdicción concreta que se analiza y extraer de dicho análisis criterios que van afinando la teoría en una especie de equilibrio reflexivo. Como resultado la teoría sobre la justificación adquiere un fundamento empírico crítico.

¹² MACCORMICK and SUMMERS (eds.), *Interpreting Statutes*, Aldershot, 1991, capítulos 2 y 13, y J. BENGOTXEA, N. MACCORMICK AND L. MORAL SORIANO, «Integration and Integrity» en DE BURCA and WEILER (eds.) *The European Court of Justice*, Oxford 2001, 43-86.

¹³ *Discovery in Legal Decision-Making*, Kluwer, Dordrecht, 1996.

Silogismo, argumentos deductivos y universalizabilidad

La estructura básica de la justificación es silogístico-deductiva y ello viene determinado por la necesidad de respetar el criterio de universalizabilidad, una de las principales tesis de MacCormick, no necesariamente novedosa como requisito de la justificación pero sí original por las conexiones que el autor escocés le atribuye con la razón práctica y la teoría constitucional (*rule of law* y principio de igualdad)¹⁴. La universalizabilidad es una característica de la justificación exigida por el concepto de justicia formal y consistencia del derecho que se corresponde con el carácter universal de las normas jurídicas. La justicia formal requiere que la justificación de las decisiones en los casos individuales se produzca siempre sobre la base de proposiciones universales (normas) que el juez está dispuesto a suscribir como base para decidir del mismo modo todos los casos iguales al caso individual presente que puedan presentarse. «No hay justificación sin universalización... para que hechos o motivos particulares sean razones justificativas deben poder ser subsumibles bajo un principio general de acción enunciado universalmente, aunque el universal pueda reconocerse como derrotable» (RRL: 99).

No es sólo la estructura de la justificación¹⁵, sino que también los argumentos (*fractales*) utilizados en el razonamiento jurídico, en el proceso de argumentación, pueden ser deductivos, es decir argumentos lógicos donde una proposición, la conclusión del argumento, viene implicada por otras proposiciones, las premisas del argumento, de forma que sería contradictorio afirmar las premisas pero negar la conclusión. La validez lógico-formal del argumento no garantiza la validez material o «verdad» de la conclusión, eso dependerá de la «verdad» de las premisas¹⁶. Quien desee realizar un argumento

¹⁴ Es sobre todo en *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* Oxford, 2005 (en adelante RRL), donde MACCORMICK desarrolla su modelo deductivo y el criterio de universalizabilidad, especialmente en los capítulos 3 «On the Legal Syllogism», 4 «Defending Deductivism» y 5 «Universals and Particulars». Sobre el capítulo 5 se celebró un simposio en Edimburgo algunas de cuyas ponencias fueron publicadas en BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning* (Ashgate, 2006). Interesa especialmente el capítulo de MacCormick «An Attempted Response», pp. 253-264, donde aborda las críticas a su visión deductivista y su insistencia en la universalizabilidad. Véase también la recensión de RRL en *EUI Working Papers* 2006/23, por Giovanni Sartor, «Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law», disponible en <http://ssrn.com/abstract=963324>.

¹⁵ SARTOR (art. cit., p. 4) coincide en considerar como una de las principales aportaciones de MacCormick el considerar la lógica como una *herramienta estructurante* en el sentido que proporciona una estructura o un marco a la justificación judicial. En cambio, le critica una versión proceduralista de la derrotabilidad, que minimiza el papel de la derrotabilidad óptica y cognitiva.

¹⁶ RRL: 76: «Todos los enunciados sobre los hechos (institucionales) y los enunciados sobre normas jurídicas tienen una calidad *derrotable* y por eso los enunciados deben ser abiertos (*open-ended*)».

deductivo en el derecho deberá por lo tanto defender y justificar las premisas, recurriendo para ello las variedades de argumentación retórica o práctica.

MacCormick considera que el razonamiento jurídico es ocasionalmente o incluso recurrentemente, deductivo y que la estructura de la justificación puede reconducirse normalmente al esquema deductivo, pero presenta esta tesis, que podría ser susceptible de verificación empírica, mediante un argumento retórico-lógico *a minore ad maius*, es decir, que basta que sea deductiva alguna vez para que de hecho pueda serlo teóricamente y esto basta para contrarrestar las críticas que niegan que el razonamiento jurídico pueda ser lógico o deductivo. Así lo expresa: «dado que los tribunales dan ciertos hechos por probados y que éstos, sean correctos o no, cuentan como verdaderos a efectos del derecho, dado que las reglas jurídicas pueden, al menos ciertas veces, ser expresadas con la estructura «si *p* entonces *q*» y dado que resulta, al menos algunas veces, que los hechos probados son casos inequívocos de *p*; se sigue que algunas veces ocurre que una conclusión jurídica puede derivarse válidamente por lógica deductiva de la proposición sobre derecho y de la proposición sobre los hechos que sirven como premisas y por lo tanto una decisión jurídica que da efecto a esa conclusión jurídica puede justificarse por referencia al argumento deductivo»¹⁷. El enfoque es bastante defensivo y no otorga a la lógica o a las lógicas todo el papel que podrían desplegar en cuanto modelos formales de otras formas de razonamiento; no sólo el deductivo sino el inductivo, la derrotabilidad, el cálculo de probabilidades, la teoría de los juegos, la lógica borrosa. Sobre esta cuestión volveremos al tratar de los argumentos a partir de consecuencias.

Universalizabilidad y generalidad

Otra importante aportación de MacCormick en relación con la universalidad es la distinción lógica entre generalidad (cuestión de grado) y universalidad (propiedad lógica): la proposición «se prohíbe toda discriminación entre las personas» es más general que la proposición «se prohíbe toda discriminación entre las personas por motivos de nacionalidad» aunque ambas son universales. La distinción es crucial para captar la teoría sobre la *ratio decidendi* en los precedentes judi-

¹⁷ En LRLT: 37, nuestra traducción. La respuesta se relaciona con la crítica según la cual la vida del derecho no es lógica sino experiencia y se reconduce al escepticismo sobre reglas y sobre pruebas, FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New York, 1936. El recurso de MacCormick no es sólo retórico sino que puede considerarse como la falsación de la (hipó)tesis según la cual el razonamiento jurídico nunca es lógico y no puede ser deductivo. De hecho MacCormick cita la teoría sobre el falsacionismo de K. Popper, desarrollada en *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1968. En RRL: 32 la pregunta que se hace MacCormick es si el razonamiento jurídico puede ser silogístico de un modo interesante y la respuesta es sí, con reservas y matices. Sigue siendo un enfoque defensivo.

ciales y para comprender el concepto de *equidad*. Sobre la *equity*, explica MacCormick (LRLT: 97-8) cómo «en un sistema de derecho positivo legislado pueden encontrarse normas formuladas con un grado tal de generalidad que su aplicación a un litigio concreto puede parecer injusto, injusto porque las categorías contempladas en la norma no son suficientemente sutiles». En tales circunstancias hay buenas razones para no aplicar literalmente la norma al caso concreto y formular una excepción, pero sería exactamente igual en todas las circunstancias (suficientemente) iguales a ésta, por lo que no se abandona el principio de universalizabilidad: los «méritos» del caso individual son los méritos del tipo de caso al que pertenece el caso individual. Respecto de la *ratio*, afirma MacCormick (LRLT: 215) que es «el fallo explícita o implícitamente dado por un juez y que es suficiente para decidir una cuestión de derecho planteada por los argumentos de las partes en un litigio, cuestión que es necesario resolver para justificar la decisión en el caso concreto». Los casos futuros que sean (pragmáticamente) idénticos¹⁸ al caso presente se decidirán del mismo modo, para lo cual es necesario que el grado de generalidad con que se formula la proposición que decide la cuestión de derecho sea suficiente para abarcar los casos idénticos futuros pero no sea tan amplio que cubra también otros casos que no sean pragmáticamente idénticos. En ese caso se recurriría al razonamiento analógico.

La respuesta correcta y el ámbito de discrecionalidad

La teoría del razonamiento jurídico ha sido enriquecida a finales del siglo xx gracias al debate suscitado en torno a la tesis dworkiniana de la respuesta correcta (*One Right Answer*) en casos difíciles, a su vez relacionada con la tesis de los derechos (*Rights Thesis*). Dworkin había imputado a Hart la tesis según la cual en los casos difíciles, los jueces dispondrían de una discrecionalidad en el sentido fuerte, cuando en realidad la discreción judicial queda reducida por la pre-existencia de derechos y sólo es débil. En LRLT (cap. IX), MacCormick cambia los términos del debate: no se trata tanto de decidir si la discreción es fuerte, como defiende Hart, o débil, como defiende Dworkin, sino de determinar en qué consiste o en dónde reside: si el desacuerdo es de tipo especulativo (sobre cómo es el mundo) como parece asumir Dworkin con su tesis sobre la respuesta correcta o es más bien de tipo práctico (sobre qué hacer) como defiende MacCormick.

¹⁸ La decisión sobre la relación de identidad de dos casos es siempre una decisión pragmática sobre la suficiente igualdad de rasgos de ambos casos en el contexto de la aplicación y argumentación judicial. La decisión sobre la relación analógica entre dos casos es también pragmática. Véase MACCORMICK and SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedent: A Comparative Study*, Aldershot, 1997.

Admitiendo que el sistema jurídico comprende también principios y que los litigios en casos difíciles versan sobre derechos, resulta que hay derechos *prima facie* que vienen determinados por principios jurídicos, morales o políticos (*principle-based rights*) y derechos *prima facie* derivados de interpretaciones divergentes de reglas ambiguas (*rule-based rights*), y estos derechos, reglas y principios suelen chocar en los casos difíciles y los jueces han de decidir cuál de ellos y en qué medida debe prevalecer. En los casos difíciles se producen conflictos entre derechos *prima facie* y la decisión implica resolver cuál ha de ser preferido como el mejor derecho después de haber considerado todas las opciones. En ese sentido es cierto que la adjudicación judicial confirma derechos preexistentes, pero ello no implica que no sea el resultado de una auténtica elección entre opciones posibles o plausibles ni que el desacuerdo sobre cuál de los derechos *prima facie* deba prevalecer deje de ser un caso de genuino desacuerdo práctico. La discreción judicial esté limitada también en los casos difíciles (no sólo en los fáciles), pues la elección debe ser justificada como ajustada a derecho (consistente y coherente con el derecho). Pero el hecho de que existan desacuerdos sobre la respuesta correcta no demuestra necesariamente que exista dicha respuesta correcta, aunque no sepamos cuál sea ni quién la tenga (los desacuerdos en el derecho no son sólo especulativos)¹⁹.

Principios y políticas

MacCormick se muestra además crítico con la distinción dworkiniana entre argumentos de principio y argumentos de políticas (*policy arguments*), según la cual los derechos se expresan en principios y las políticas representan objetivos colectivos (*goals*) más que derechos. Para MacCormick (LRLT, *Excursus* al cap. IX), la distinción, en el sentido estipulado por Dworkin es infeliz al violentar el uso ordinario de los términos «principio» y «policy». Como hemos visto en el párrafo anterior, la crítica no se dirige únicamente contra la estipulación significativa propuesta por Dworkin sino también contra la teoría de la adjudicación: la respuesta correcta es la que hace prevalecer los derechos; es una respuesta fundamentada en los principios y no en las políticas. Sin embargo, como indica MacCormick, los principios

¹⁹ Obsérvese que la tesis de la única respuesta correcta (*Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1997) no casa bien con su concepto interpretativo del derecho (*Law's Empire*, London, 1986; *El Imperio de la Justicia*, Barcelona 1988); a lo sumo se trataría de la mejor interpretación posible, como parece admitir el propio Ronald Dworkin en su libro *Justice in Robes*, London, 2006, *La Justicia con Toga*, Madrid, 2007), donde la tesis de la respuesta correcta se ha difuminado. En este sentido, en RRL: 77 apunta acertadamente MacCormick, «That one can always cite grounds for preference of one good interpretation over another does not mean that such grounds are usually (even if they may sometimes be) conclusive. Such argumentation exercises and calls for virtues like wisdom, humanity and common sense. It is practical reasoning, not deductive reasoning».

no sólo o no siempre versan sobre derechos sino también sobre otras posiciones o relaciones jurídicas y los argumentos de políticas, además de analizar si los medios propuestos son eficaces y deseables, también se plantea si los objetivos (*goals*) perseguidos son deseables y al hacerlo se acercan a los argumentos a partir de principios. Quizá la forma de concebir estos argumentos esté relacionada con la argumentación deontológica y teleológica en la filosofía práctica. Los argumentos a partir de principios tienden a ser deontológicos, a mirar al pasado y a garantizar derechos subjetivos, mientras que los argumentos que persiguen políticas miran al futuro y buscan la consecución de ciertos resultados que aseguren objetivos deseables; son teleológicos, utilitaristas o consecuencialistas.

Interpretación y argumentación

Ocuparía excesivo espacio presentar la teoría de la interpretación jurídica de MacCormick, o por ejemplo la influencia que sobre él ejerciera J. Wróblewski –los distintos conceptos de interpretación, las tres categorías principales de interpretación–. Lo que interesa aquí es detectar su innovación principal, que reside en el entronque con la filosofía práctica y la tesis de la argumentación jurídica como «caso especial» fundado sobre la especial relevancia de los argumentos de autoridad en el derecho: para MacCormick la argumentación jurídica no puede nunca operar de modo aceptable sin referencia a algún argumento de autoridad. Los argumentos de autoridad ocupan un lugar especial, no exclusivo ni excluyente, en la argumentación jurídica. Uno de los rasgos del derecho es que allí donde opera, el derecho instituye un tipo especial de razonamiento sobre asuntos prácticos que prescinde de una deliberación general o abstracta sobre lo que en un contexto determinado sería mejor hacer o no hacer. Cuando se apela al derecho no se toman en consideración todos los factores posibles sino que se toman en cuenta los requisitos del derecho (incluyendo permisos y capacidades), y la decisión se centra en la aplicación o el cumplimiento de dichos requisitos. La omnipresencia de las razones de autoridad no es sin embargo independiente de las razones más substantivas de la argumentación práctica. Los argumentos de autoridad presuponen una pretensión de obediencia: donde la autoridad se ejerce legítimamente, la desobediencia es, *prima facie*, incorrecta. Las razones sobre las que se basan las razones de autoridad no pueden ser a su vez, exclusivamente, razones de autoridad. Para hacer inteligible este tipo de razones se debe entrar en una argumentación teleológica o deontológica o mixta. Se debe alegar que es correcto respetar normas dictadas de un cierto modo o ciertos valores –acaso la paz o el orden social– asegurados por la observancia de tales normas. Dicho esto, el derecho es un foro de argumentación *institucional* en la medida en que otorga necesariamente un lugar

central a las «razones de autoridad» en la forma de leyes, precedentes, fuentes doctrinales y similares.

MacCormick no suscribió las tesis (ontológicas) tan caras a la escuela genovesa de positivismo analítico²⁰, relativas a la distinción entre disposición y norma, y ello a pesar de que contemplaba el derecho más desde la perspectiva del *norm-user* que del *norm-giver*. Su concepto interpretativo del derecho posiblemente llevaría a negar una independencia ontológica a la disposición jurídica, fuera de la norma que emanó de la autoridad reconocida en una fuente jurídica. Su principal preocupación era salvar el principio de legalidad y la seguridad jurídica y le parecía que la separación radical de la norma respecto del continente que la alberga suponía un riesgo de inseguridad. En este sentido tampoco abrazó las concepciones de la interpretación jurídica como parte de un proceso comunicativo que comienza con la legislación y culmina en la interpretación judicial. Para MacCormick, además, no todo valía en la interpretación jurídica²¹, y por ello los jueces podían cometer genuinos errores de interpretación, tanto semánticos sobre el significado de las «normas» como pragmáticos sobre su mejor formulación.

Argumentos consecuencialistas

Es precisamente en torno a esta argumentación consecuencialista donde encontramos otras de las contribuciones de MacCormick a la teoría del razonamiento jurídico: los argumentos de consecuencias²², los que tienen en cuenta las consecuencias hipotéticas que se seguirían en caso de adoptar un fallo u otro. La filiación filosófica de estos argumentos la encontramos en el utilitarismo ideal de las reglas y en el pragmatismo, lo cual hace entroncar el razonamiento jurídico con dos escuelas anglófonas de la filosofía práctica. Los argumentos a partir de las consecuencias implican (1) postular un fallo judicial para el caso concreto enmarcado en una regla universalizable, (2) examinar el sentido práctico de dicho fallo y dicha regla (*la ratio*) considerando los tipos de decisiones que acarrearía en todos casos imaginables y (3)

²⁰ Baste a estos efectos con citar a GUASTINI, R., *Dalle Fonti alle Norme*, Torino, 1990.

²¹ En este sentido, sin apoyar nunca la *One Right Answer*, MacCormick se alineaba con Dworkin frente a tesis más semióticas o contextualistas donde los autores de las normas y sus posibles intenciones pasan a segundo plano (FISH, S., «Is there a Text in this Class?» en NEIL, Alex y RIDLEY Aaron, (eds.), *The Philosophy of Art*, New York, 1997.

²² Con una formulación de muy difícil traducción, explica MacCormick (LRLT: 252): «Consequentialist argument involves framing the universalized ruling necessary to the instant decision, examining its practical meaning by considering the types of decision which it will require in the range of possible cases it covers and *evaluating* these as consequences of the ruling. This evaluation does not use a single scale of measurable values... It involves multiple criteria, which must include at least “justice”, “common sense”, “public policy”, and “legal expediency”».

evaluar estas decisiones como posibles consecuencias del fallo, conforme a una pluralidad y diversidad de criterios como la justicia, la conveniencia, el sentido común, el bienestar público, la prudencia inherente en el término *Jurisprudence*. Estos criterios son explorados en el capítulo 9 de RRL sobre la *razonabilidad*.

MacCormick distingue dos sentidos de consecuencias: las implicaciones jurídicas de las posibles decisiones interpretativas y normativas en el seno del sistema jurídico y las repercusiones o los impactos de dichas decisiones sobre el entorno del derecho, sobre la sociedad. Esta distinción es especialmente pertinente al permitir distinguir el tipo de análisis de se realiza –económico, sistémico, sociológico, estructural, conceptual, teoría de los juegos, análisis de riesgos– el grado de probabilidad, plausibilidad o previsibilidad de las consecuencias postuladas en una consecución de eventos hipotéticos –una escala desde lo muy probable a lo muy remoto– y el tipo de valores desde los que se evalúan las previsibles e hipotéticas consecuencias.

Por muy deseable que sea un argumento de este tipo, no será de recibo si contradice una norma jurídica el sistema o si se separa ostensiblemente, sin ser susceptible de distinción, de un precedente considerado como autoridad. Por ello los argumentos a partir de consecuencias cobran su operatividad dentro de los márgenes de la justificación judicial: silogismo judicial, universalizabilidad, consistencia, prueba y relevancia de los hechos. Los argumentos a partir de las consecuencias deseables de las decisiones propuestas añaden fuerza –racionalidad y persuasividad– a la justificación y pueden motivar la elección de una interpretación concreta sobre otra interpretación también posible y plausible pero cuyas consecuencias –internas y externas al derecho– se consideren menos deseables desde el punto de vista de los valores –jurídicos y extrajurídicos– que se propugnen. En este sentido los argumentos consecuencialistas pueden reforzar y reforzarse con los argumentos de coherencia, otra de las contribuciones de MacCormick a la teoría del razonamiento jurídico, el criterio de la coherencia.

Los argumentos de coherencia

MacCormick entiende la coherencia en un sentido amplio como el hecho de que las normas del sistema «tengan sentido» (*making sense*) al *integrarse* en un todo (LRLT: 154). La coherencia se distingue de la consistencia que implica que no se produzcan contradicciones entre las normas. La consistencia sería una propiedad lógica y formal, mientras que la coherencia normativa sería una armonía material, una integridad entre (las interpretaciones de) las normas del sistema²³. Esta

²³ El concepto de integridad es preferido por Dworkin que propone su concepción de «Law as Integrity». En «Integration and Integrity», *op. cit.*, se asume esta acepción y se relaciona con el proyecto de integración europea.

característica la relaciona con dos aspectos clásicos del pensamiento de MacCormick que ya hemos abordado, el (1) punto de vista interno propio del concepto interpretativo del derecho que aprecia en el mismo una *overall coherence*, una coherencia global basada en un conjunto de valores, de los cuales las normas y reglas más detalladas serían instancias concretas, y los (2) principios, que dada su generalidad son candidatos naturales para proporcionar coherencia, más que las reglas concretas. Desde el punto de vista formal, los argumentos analógicos también recurren a una cierta noción (pragmática) de coherencia que aprecia similitud material entre dos situaciones, enunciados o argumentos normativos.

Los argumentos de coherencia aparecen en la justificación judicial, aportando una especie de *estructura de soporte*²⁴ y en la interpretación (contextual o sistemática) de las normas. Como dice MacCormick (RRL: 47-8): «Ninguna norma jurídica puede interpretarse razonablemente abstrayéndola de su lugar en un todo más amplio... lo cual nos conduce a los argumentos de coherencia. ... La coherencia implica una idea de ordenamiento o de sistema y presupone que el sistema se sostiene bastante bien; ... gran parte del conocimiento sobre el derecho y sobre cómo se ha desarrollado viene ya presupuesto a la hora de interpretar incluso un texto aislado. La totalidad del derecho comprende muchas partes, y sin comprender las partes, el todo no tiene mucho sentido. Del mismo modo, no se puede dar sentido a las partes sin contemplar cómo se integran en el todo. Este “círculo hermenéutico” explica por qué el derecho (como el resto de las ciencias sociales) es un tema tan difícil y frustrante cuando se comienza a estudiar».

Podríamos distinguir hasta cuatro sentidos de «coherencia» en la obra de MacCormick. En primer lugar, la coherencia global, obtenida a través de una reconstrucción racional y «principal» del sistema jurídico, sería cercana a la noción de integridad de Dworkin; es lo que MacCormick llama la *overall coherence* que enfatiza el rol de los principios a la hora de desarrollar una concepción interpretativa del derecho. Este sentido de la coherencia inspira a la interpretación jurídica: la coherencia global del derecho funciona como un ideal regulativo al que aspira la interpretación. Quizá esta versión de la coherencia podría servir además para enfocar la problemática del pluralismo jurídico y del pluralismo constitucional, un tema en el que MacCormick ha realizado interesantes aportaciones teóricas en *Questioning Sovereignty* (Oxford, 1999). En segundo lugar, la coherencia normativa funcionaría como un criterio en la interpretación de las normas, un test de la argumentación aplicado caso por caso que propugna adoptar

²⁴ Cuando todos los argumentos utilizados para la interpretación apuntan en la misma dirección se refuerza la coherencia de la interpretación y se gana en calidad de justificación; algo similar ocurre con la coherencia narrativa a la hora de acumular las evidencias e indicios proporcionados por las pruebas.

aquella interpretación que resulte más coherente con los principios que inspiran un conjunto de normas²⁵. Coincidiría con una derivación ligera de una norma a partir del sistema jurídico frente a las derivaciones lógicas o fuertes que implican los argumentos lógicos. Una tercera sería la coherencia narrativa, otra de las innovaciones de MacCormick²⁶. Se trata de un criterio de la decisión de evidencia o de prueba por el que se contempla la información fáctica obtenida en un marco explicativo narrativo donde el relato de lo (probado como) acaecido en su conjunto, la calidad de los esquemas explicativos, la completitud de la información veraz se combinan para adquirir una verosimilitud o razonabilidad adicionales. La coherencia narrativa tiene un carácter diacrónico o dinámico frente al carácter más sincrónico y sistémico de la coherencia normativa. Por fin, habría una cuarta noción de coherencia de la justificación, donde los distintos argumentos interpretativos o sobre la relevancia apuntan en la misma dirección generando una estructura de justificación que es más convincente o razonable que la suma de los argumentos individualmente considerados. Sería paralela a la coherencia narrativa pero en relación con la presentación retórico-argumental de la proposición normativa y tendría especial importancia a la hora de formular la *ratio decidendi*.

La teoría institucional del derecho

Desde su lección inaugural «Law as Institutional Fact» hasta su conferencia de jubilación o «valedictory» titulada «Just Law»²⁷, la teoría institucional aparece como una forma de entroncar con el institucionalismo propio de la tradición escocesa, junto a otras versiones del institucionalismo, y la filosofía analítica aplicada a los actos de habla (Austin y Searle). Las dos obras principales son el libro escrito conjuntamente con Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht, 1986), y su reciente *Institutions of Law* (Oxford, 2007, en adelante IL), donde define el derecho como «ordenamiento normativo institucional».

Se trata de la definición más breve y más acertada que se pueda aportar y recoge magistralmente el pensamiento de MacCormick: el entronque con la filosofía práctica al ser el derecho uno más entre los órdenes normativos y su contribución personal, una teoría institucional que distingue al derecho de los restantes órdenes prácticos pero es suficientemente amplia y alejada de específicas modalidades de derecho –la relación entre derecho y estado no es necesaria sino contin-

²⁵ Véase MORAL, Leonor, una interesante representante de esa escuela virtual de MacCormick, «A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning: A Model for the European Court of Justice», 16, *Ratio Juris* (2003), 296-323.

²⁶ RRL, capítulo 11, «Legal Narratives».

²⁷ Puede escucharse en formato mp3 en la siguiente dirección: http://law-srv0.law.ed.ac.uk/media/42_professorneilmcormacksvalidictorylecture.mp3.

gente— como para captar formas de derecho que otras definiciones suelen expurgar del concepto de derecho.

Los órdenes normativos existen cuando, y en la medida que, los seres humanos orientan su conducta por referencia a alguna norma de conducta y perciben dicha conducta como «debida» u «ordenada» (*orderly*) en contraposición a indebida y desordenada (*disorderly*), en razón de su conformidad con las normas. Este tipo de orden acontece cuando la vida social se desarrolla de un modo predecible e inteligible, con una relativa seguridad de que la gente respetará de una forma razonablemente leal las normas de conducta, lo cual genera un sistema de expectativas mutuas incluso entre personas que no se conocen. Las normas, sean del tipo que sean —lingüísticas, de juegos, de prácticas sociales como la danza, de actividades estéticas como la música, o incluso las del orden moral cotidiano— no existen de modo solitario, como preceptos o medidas aisladas sino que se agrupan en conjuntos y pertenecen a sistemas, conformando instituciones. Esto es especialmente visible en el caso del derecho estatal, que es siempre, en un cierto grado, ordenado y sistemático. Creer en, y orientar la propia conducta conforme a, un conjunto de normas del sistema estatal es un modo particularmente importante de alcanzar un nivel de orden y seguridad entre la gente en sociedades complejas cuyos miembros son socialmente anónimos. Pero los sistemas jurídicos no tienen una presencia física tangible sino que son construcciones mentales ideales, son objetos del pensamiento. Sin embargo, un sistema jurídico pertenece al mundo social real, no al puro mundo de las ideas. En ese mundo social a ese sistema jurídico le corresponde, aunque sea imperfectamente, un ordenamiento jurídico positivo o real (la tesis de las fuentes sociales). Aseverar que un «sistema jurídico» existe en algún lugar es una forma de dar cuenta de un tipo de orden social que opera en dicho lugar y por eso el derecho es un importante factor que explica la existencia de orden y concierto (*orderliness*). Nos encontramos pues ante un orden institucional.

La caracterización del derecho como orden u ordenamiento normativo no debe sorprender, pero es su elemento institucional lo que merece la pena explicar más detenidamente. Se parte del concepto de hechos institucionales en la acepción y expresión acuñada por Searle, los cuales presuponen la existencia de reglas de conducta existentes en sistemas de normas, en el caso del derecho, de normas jurídicas. Lo que hace que un ordenamiento sea institucional tiene que ver con el tipo de agencias que crean, ejecutan y adjudican sobre la base de normas que pertenecen al ordenamiento en cuestión y que se identifican o reconocen como válidas en dicho orden. Instituciones públicas como los tribunales, los parlamentos y los gobiernos son típicamente «institucionales» en este sentido, son agencias organizadas que existen en virtud y en función de las mismas normas y reglas de conducta que las definen, lo que otorga a los sistemas institucionales un carácter autorreferencial pues quienes operan en su seno tienen autoridad para

hacerlo sobre la base de las mismas reglas que hacen que sean el tipo de agencias que son. La influencia de Weber, Luhmann o Teubner no es despreciable.

Pero el concepto de institución abarca también otro conjunto de normas que los juristas designan como «institutos» o instituciones. Así, la familia, el matrimonio, la filiación, la herencia, el contrato y los distintos tipos de contrato, la responsabilidad extra-contractual son instituciones de derecho (privado). Están definidas y determinadas por un conjunto de reglas de tres tipos: constitutivas, consecutivas y terminativas. *Institutions of Law* representa en este sentido una teoría general del derecho que aplica el enfoque institucional al derecho en su conjunto como orden normativo relacionado conceptualmente con la justicia (IL: cap. 15) y aplica también este concepto de institución a los distintos ámbitos del derecho: al estado y a sus agencias, poderes y órganos, a las personas, a los daños y deberes, a las posiciones y relaciones jurídicas (derechos y obligaciones), a las cosas (propiedad), a los poderes públicos y la validez (actos administrativos), a los límites al ejercicio del poder (derechos fundamentales), al delito (derecho penal), al mercado, al comercio y a la economía (IL: caps 5-14). Como se puede apreciar nos encontramos ante una teoría general que pretende y consigue explicar todas las ramas del derecho desde una coherencia interpretativa que presenta además al derecho como muy cercano a los restantes órdenes normativos. Con esta monumental obra que combina la profundidad teórica con los conocimientos a la vez enciclopédicos y detallados sobre todo el derecho no sólo escocés, sino también inglés y europeo, MacCormick entronca perfectamente con la obra del jurista escocés pre-ilustrado Lord Stair, cuyo significativo título es precisamente *The Institutions of the Law of Scotland* (1681, 1693)²⁸.

No todos los ordenamientos normativos son derecho y no todos los derechos, no todos los ordenamientos normativos institucionales, adoptan o requieren para su existencia la figura del Estado. Igual que no todo el derecho es estatal, también hay estados que no son estados de derecho. En todo país donde se haya tenido que estudiar el derecho canónico como una disciplina de la carrera de derecho esto debería parecer una obviedad, lo mismo que ocurre con el derecho de la Unión Europea (o las Comunidades Europeas) cuyos oficiales y funcionarios pueden estar sometidos a la ley o al principio de legalidad (*rule of law*) sin que la UE sea un estado. *Institutions of Law* muestra cómo el derecho se relaciona con el estado y con la sociedad civil, estableciendo las condiciones para la paz social y para la economía real. En esta tarea MacCormick se hace eco de los avances en la sociología del

²⁸ Véase la edición tricentenaria a cargo de D. M. WALKER, Edimburgo y Glasgow, 1981. En su dedicatoria al rey Carlos I, Lord Stair lo consideró como un compendio de las leyes y costumbres de su viejo Reino de Escocia presentado según un método claro, racional y natural, en el que la justicia natural se deduce de varios principios evidentes y del que se siguen todos los distintos derechos privados...

derecho, especialmente la teoría de sistemas (y expectativas mutuas). Es un loable y logrado empeño por elaborar una teoría general del derecho que al mismo tiempo se base sobre una sociología del derecho. Permite además abordar conceptualmente el tema del pluralismo jurídico en general –la coexistencia o la existencia paralela según el caso del derecho estatal y de otros órdenes normativos institucionales no estatales– y el pluralismo constitucional que caracteriza a la UE en estos momentos: reglas de reconocimiento nacionales según las cuales el ordenamiento jurídico europeo reposa sobre las constituciones de los 27 Estados Miembros y regla de reconocimiento comunitario que engloba a los ordenamientos jurídicos municipales o domésticos en el ordenamiento constitucional común de la integración europea.

Como toda teoría general, la teoría institucional de MacCormick comporta además una epistemología y su correspondiente metodología (IL: cap. 16). Pretende analizar la naturaleza de las pretensiones sobre el «conocimiento del derecho», delimitando críticamente la posibilidad de emprender estudios jurídicos con un carácter genuinamente científico. Los estudios jurídicos inevitablemente están marcados por una orientación hacia los valores de tal modo que la filosofía jurídica analítica ya no puede ser positivista en el sentido de *value-free*. En este punto quizá haya exagerado MacCormick las tesis positivistas: el ius-positivismo clásico no tenía por qué negar la influencia (social) de los valores en el derecho ni en la fase de creación ni en la fase de aplicación e interpretación. Pero la afirmación es mucho más radical: la filosofía jurídica tampoco puede estar conceptualmente separada de la razón práctica. Es aquí es donde se da el salto hacia el post-positivismo o el acercamiento con un cierto derecho natural, ya que positivismo clásico acometía una separación conceptual tanto en materia de validez jurídica como en materia de conocimiento y descripción del derecho válido.

3. CONCLUSIÓN: EL GIRO HERMENÉUTICO EN EL DERECHO

La obra de MacCormick comienza con una marcada influencia del tipo de positivismo analítico de Hart. Sin embargo desde el inicio su interés por la razón práctica y por la dimensión social-institucional apuntan a un desarrollo original que se confirma en su obra posterior. La teoría institucional del derecho se ha convertido en una genuina aportación a la teoría general del derecho y con el tiempo *Institutions of Law* se convertirá en un clásico equiparable a *Legal Reasoning and Legal Theory* o al *Law's Empire*.

En su obra más madura MacCormick da un giro hacia la concepción interpretativa o hermenéutica del derecho, más receptiva a las ideas de Dworkin. El debate entre Hart y Dworkin lo presenta en los siguientes términos: «Hart creía posible llevar a cabo un análisis filo-

sófico del derecho que fuera enteramente descriptivo de una institución social importante que se encuentra en diversas formas en muchas sociedades y muchos estados distintos. Esta descripción reconoce que los participantes de dicha institución tienen una adhesión hacia la misma cargada de valores y que ciertos valores pueden por lo tanto ser altamente relevantes para una descripción rica de tal institución. Pero no tienen por qué ser los valores de, ni valores compartidos por el teórico descriptivo, sino simplemente los valores (observados y descritos) de los participantes activos del sistema. ... Por su parte Dworkin, en su Conferencia Hart de 2001, se confesó sencillamente incapaz de captar qué pudiera haber que describir desde esta supuesta teoría descriptiva. Para él, toda teorización política y social, incluida la teoría jurídica, debe expresar algún «compromiso valorativo» por parte del teórico, ya que todo intento de captar cualquier práctica o institución social debe ser al mismo tiempo una interpretación de las mismas. La mejor interpretación de una práctica es la que intenta darle su mejor sentido y esto exige construir la versión más atractiva desde el punto de vista valorativo que sea al mismo tiempo fiel a los materiales pre-interpretativos que se aportan a la hora de construir el significado de dicha práctica en su totalidad»²⁹.

No es que haya habido un cambio de posición sobre el *concepto* de derecho³⁰, sino más bien de *concepción*, pasando de ubicarse en las filas positivistas a hablar de un post-positivismo. No sabemos si es bajo la influencia de las críticas de MacCormick que Dworkin a su vez fue abandonando la tesis de la única respuesta correcta o al menos una cierta forma de interpretarla, ya que Dworkin es parco y caprichoso a la hora de reflejar o identificar la filiación de sus ideas. Lo cierto es que se ha producido un acercamiento de ambos pensadores hacia esta nueva forma de post-positivismo o positivismo hermenéutico. Este acercamiento no conlleva una confusión entre derecho y moral. Son órdenes genuinamente diferentes en virtud del carácter «positivo», institucional y heterónomo del derecho, que contrasta con la autonomía, un valor fundacional de la moral (kantiana) que defiende MacCormick en su última obra, *Practical Reason in Law and Morality*.

Fecha de recepción: 25/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

²⁹ H. L. A. Hart, 2nd edition, Stanford, 2008, p. 15 (nuestra traducción).

³⁰ Ya en LRLT (239) defendía lo siguiente: «I cannot have a full grasp of a particular legal system in terms of its principles as well as its rules unless I “get myself inside it” to the extent of grasping the conception or conceptions of justice and the good by which it is animated. I am not incapacitated thereby from rejecting the governing conceptions of justice and the good as corruptions of rather than manifestations of justice and the good life among human beings –which involves normative judgment by reference to my conception of justice and the good».

¿Puede la epistemología ser árbitro en las disputas sobre políticas legislativas?¹

Por PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ
Universidade de Vigo

RESUMEN

En este artículo cuestionaré la propuesta de Ferrajoli en Diritto e Ragione. Sostendré que su modelo de garantismo sigue adoleciendo de problemas generados por sus presupuestos epistemológicos, pues hace un uso inadecuado de la concepción semántica de la verdad, lo que lo lleva a hacer una caracterización errónea de la principal diferencia entre los sistemas procesales inquisitivos y garantistas –uno de los pilares de toda su construcción teórica–. Además, su concepción inductivista del razonamiento probatorio no resulta adecuada, pues existen formas de entender los argumentos probatorios como deducciones que no se ven afectadas por sus críticas.

Palabras clave: *Epistemología – Ferrajoli – Verdad – Prueba – Derecho penal.*

ABSTRACT

In this article I will question the proposal of Ferrajoli in Diritto e Ragione. I'll sustain that his garantist model continues suffering of problems gene-

¹ Este trabajo fue realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2007-64496 dirigido por el Prof. Juan Antonio García Amado denominado «Teoría del Derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial.»

rated by its epistemological assumptions. He makes an inadequate use of the semantic conception of truth, what takes it to make an erroneous characterization of the main difference between the inquisitive procedural systems and the garantists ones – one of the pillars of all his theoretical construction. Also, his inductivist conception of the evidence reasoning is not correct, because there are ways to explain the probatory arguments as deductions that are not affected by his critics to deductivism.

Key words: *Epistemology – Ferrajoli – Truth – Evidence – Criminal Law.*

Luigi Ferrajoli en su libro *Diritto e Ragione* (1989) acometió la titánica tarea de remozar los presupuestos epistemológicos, axiológicos y jurídicos del derecho penal garantista con la finalidad de rescatarlo de la crisis que –según el autor– atravesaba a finales de los ochenta. Al tratar los primeros, sostuvo que el desacuerdo entre las concepciones penales inquisitivas y garantistas puede ser entendido como el enfrentamiento entre dos esquemas epistemológicos opuestos para la identificación y determinación concreta de la desviación penal: el cognoscitivismo y el decisionismo. La clave para diferenciarlos radicaría en el concepto de verdad que presuponen, lo que implica aceptar que ciertas disputas de política legislativa pueden ser resueltas en el terreno valorativamente neutro de la teoría del conocimiento.

Ferrajoli considera que la búsqueda de la verdad es una de las finalidades del proceso penal, y por eso el concepto de verdad que se emplee para explicar su naturaleza tiene una especial relevancia. Acepta que hay distintos tipos de verdad que se pueden perseguir según el tipo de proceso judicial. Sostiene que en el proceso penal garantista se busca un tipo de verdad específica, a la que denomina «verdad procesal», y considera que esta es la principal diferencia que se puede hallar con los sistemas penales autoritarios, en los que se persigue una «verdad sustancial o material». Considera que la concepción de la verdad más adecuada para explicar la «verdad procesal» es una concepción correspondentista, línea que surge con los trabajos de Aristóteles sobre la cuestión y que en nuestro siglo defendieron Wittgenstein, Russell, Austin y, según la interpretación que de su teoría hace Ferrajoli, Tarski. A contrario, esta forma de entender la verdad no sería apta para explicar la manera en la que se concibe la noción en los sistemas autoritarios. Por último, considera que la actividad probatoria sólo puede aportar un conocimiento probable, excluye la posibilidad de la certeza en función del tipo de inferencia que se formulan para justificar los enunciados fácticos en el razonamiento judicial. En la medida en que las inferencias probatorias constituyen *siempre* silogismos inductivos, su conclusión sólo se puede afirmar con cierto grado de probabilidad.

En este artículo me propongo poner en dudas el éxito de la estrategia de Ferrajoli para salvar la racionalidad del modelo garantista en el

plano epistemológico. Sostendré que el modelo, tal como lo define, sigue adoleciendo de problemas generados por sus presupuestos filosóficos generales sobre el conocimiento, pues hace un uso inadecuado de la concepción semántica de la verdad, lo que lo lleva a hacer una caracterización errónea de la principal diferencia entre los sistemas procesales inquisitivos y garantistas –uno de los pilares de toda su construcción teórica–. Además, su concepción reduccionista del razonamiento probatorio tampoco resulta adecuada, pues existen formas de entender los argumentos probatorios como deducciones que no se ven afectadas por sus críticas. En términos generales, pondré en duda la posibilidad de erigir a la epistemología en árbitro de las disputas sobre política legislativa.

*

En esta sección comenzaré presentado la propuesta de Ferrajoli para dejar en evidencia el carácter central que en ella asume la concepción tarskiana de la verdad. Luego analizaré la posición de Tarski para mostrar que el autor italiano realiza una interpretación inadecuada en su defensa del garantismo penal.

El principal objetivo que persigue Ferrajoli en *Diritto e Ragione* (1989)² es llevar a cabo una revisión del modelo garantista de legalidad penal y procesal heredado del iluminismo liberal que permita sacarlo de la crisis en la que se encuentra, la que se basa principalmente en la inaceptabilidad de sus bases epistemológicas y en la falta de claridad de sus presupuestos axiológicos.

La estrategia argumentativa general de la obra comienza con la distinción entre el modelo autoritario y garantista de derecho penal, entendidos como esquemas epistemológicos para la identificación legislativa y para la comprobación judicial de la desviación punible. Luego procede a la determinación de grados de garantismo a partir de la aceptación de los distintos principios que configuran un modelo axiomático ideal garantista. En tercer lugar, evalúa las distintas doctrinas de justificación de los modelos de derecho penal máximo, mínimo e intermedios, analizando posteriormente cuáles son las doctrinas penales aptas para satisfacer los distintos modelos. Pone en práctica sus afirmaciones, utilizando críticamente del modelo para evaluar la realidad jurídica italiana, y termina su monumental obra presentando un programa garantista de teoría general del derecho.

En este trabajo me centraré en la primera parte de su argumentación, aquella en la que apela a la epistemología como árbitro para

² Traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos; TERRADILLOS BASOCO, Juan, y CANTARERO BANDRÉS, Rocío: *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta, 1995). Todas las citas del texto serán tomadas de esta edición.

diferenciar conceptualmente entre un modelo inquisitivo y otro garantista de derecho penal. En ella defiende que los modelos de derecho penal constituyen esquemas epistemológicos de identificación y determinación concreta de la desviación penal. La diferencia esencial entre el modelo autoritario y el modelo garantista de derecho penal reside en el tipo de verdad que persiguen: la verdad absoluta en el autoritario y la verdad procesal en el garantista. La verdad procesal se define como «correspondencia», pero resulta un ideal al que sólo cabe aproximarse utilizando como criterios subjetivos la coherencia y la aceptabilidad justificada.

Para Ferrajoli la oposición entre garantismo y autoritarismo en derecho penal se corresponde a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas (cognoscitivismo y decisionismo), y la clave que permite distinguirlas es el tipo de verdad que se persigue en cada uno de ellos³. Es de esta manera en la que un concepto epistemológico como el de «verdad» se convierte en la piedra de toque para diferenciar dos opciones de política legislativa en materia penal.

Por ello, conviene comenzar cediéndole la palabra al propio Ferrajoli en la presentación y defensa de sus tesis respecto de la verdad:

«... Lo que un juez penal comprueba y declara como “verdadero” –es decir, el tipo de proposición de la que se predica la verdad procesal– es que “Ticio ha (o no ha) cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito”. Esta proposición puede ser descompuesta a su vez en dos proposiciones (o juicios): una *fáctica o de hecho* y la otra *jurídica o de derecho*. La primera es que “Ticio ha cometido culpablemente tal hecho”...; la segunda es que “tal hecho está denotado por la ley como delito”... Ambas proposiciones se llamarán “asertivas”, “empíricas” o “cognoscitivas” en el sentido de que... es predicable su verdad o falsedad... conforme a la investigación empírica... A mi modo de ver, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de estos dos conceptos dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rígidamente cognoscitivo de la definición de “verdad” elaborada por Alfred Tarski... Si [la] aplicamos... al término “verdadero” tal y como es predicable de la proposición fáctica y de la jurídica en las que se puede descomponer la proposición jurisdiccional “Ticio ha cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito”, obtenemos por sustitución las dos siguientes equivalencias: a) “la proposición ‘Ticio ha cometido culpablemente tal hecho’ es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente tal hecho”, y b) “la proposición ‘tal hecho está denotado por la ley como delito’ es verdadera si, y sólo si, tal hecho está denotado por la ley como delito”. Estas dos equivalencias definen, respectivamente, la *verdad fáctica* y la *verdad jurídica*, respecto de la que sirven para aclarar las distintas referen-

³ «La alternativa epistemológica entre los dos modelos –uno estrictamente iuspositivista y el otro tendencialmente iusnaturalista– se manifiesta por tanto en el distinto tipo de “verdad jurídica” por ellos perseguida» (Ferrajoli 1995: 44).

cias semánticas, que en el primer caso son los hechos ocurridos en la realidad y en el segundo las normas que hablan de ellos. Y definen conjuntamente, la verdad procesal (o formal). Por tanto, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido» (Ferrajoli 1995: 48-49).

¿Es satisfactoria la explicación de verdad procesal que propone Ferrajoli valiéndose de la concepción semántica de la verdad de Tarski? Para ello debemos ver si se cumplen las condiciones impuestas por la propia teoría de Tarski para su aplicación en el caso de las proposiciones jurisdiccionales, y si las consecuencias que deriva Ferrajoli de su empleo encuentran fundamento en la concepción tarskiana. Comenzaré analizando la concepción de la verdad por correspondencia que propone como fundamento de su propuesta, para valorar si es cierto que puede resultar adecuada para apoyar las tesis del autor, y luego pasaré a evaluar si –aun aceptando la forma en la que propone entender la verdad– es posible asentar sobre dicho concepto la distinción entre sistemas garantistas y autoritarios tal como pretende hacer Ferrajoli.

Se puede rastrear el origen de las teorías correspondentistas hasta los trabajos en los que Aristóteles analiza el problema de la verdad. En todas ellas se caracteriza a la verdad como la correspondencia entre un enunciado o proposición con los hechos o la realidad. Las posiciones atomistas de Russell y Wittgenstein constituyen claros ejemplos de este tipo de teorías de la verdad. En estas posiciones tradicionalmente se explica la verdad como una relación entre el lenguaje y el mundo: la proposición *p* es verdadera si y sólo si *p* se da en la realidad (cf. Haack 1982: 112 y ss.).

Pero en estas versiones la concepción correspondentista conducía a problemas muy graves como la famosa «paradoja del mentiroso». Existen muchas formulaciones de la antinomia del mentiroso, por ejemplo la del lógico polaco Jan Lukasiewicz:

(1) *La sentencia escrita en el punto (1) es falsa.*

Si ahora llamamos *S* a este enunciado y aplicamos la definición de «verdad» por correspondencia tradicional obtenemos:

(2) *S es verdadera si y sólo si la sentencia escrita en el punto (1) es falsa.*

(3) *S es idéntica a la sentencia escrita en el punto (1).*

Si aplicamos el principio lógico de sustitución de idénticos a este enunciado podemos derivar una contradicción lógica:

(4) *S es verdadera si y sólo si S es falsa.*

Ante una paradoja de este tipo existen dos respuestas posibles: desentenderse de ella o bien someter nuestro modo de pensar a una revisión a fondo para tratar de eliminarlas. Tarski opta por la segunda alternativa, planteándose entonces la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden evitarse las contradicciones inducidas por esta antinomia? Luego de rechazar la solución radical de eliminar la palabra «verdad(ero)» del vocabulario, se vuelca hacia una solución que mantenga intacto el concepto clásico, aunque el mismo deba sufrir algunas restricciones: su concepción semántica de la verdad⁴. Es esta posición a la que Ferrajoli erige en árbitro epistemológico entre garantismo y autoritarismo en derecho penal.

Para profundizar en algunos aspectos de la posición de Tarski me valdré de un trabajo que el propio autor publicó en *Scientific American* en 1969. En el artículo (Tarski 1996) se analizan las nociones de «verdad», «demostración» y la relación que existe entre las dos nociones.

Tarski aclara que sólo analiza la noción lógica de verdad, esto es el significado del término «verdad(ero)» cuando se predica de oraciones descriptivas. La explicación del significado tendrá carácter mixto, pues se ofrecerá una sugerencia sobre una manera definida de usar el término, pero con la creencia de que está de acuerdo al uso que se le da en el lenguaje cotidiano. Se tratara de explicar en forma más precisa la noción clásica o aristotélica o semántica o como correspondencia de la verdad.

Según el autor las definiciones parciales de verdad para una oración de un lenguaje tienen la siguiente forma: «*p*» es verdadera si y sólo si *p*, donde *p* debe ser reemplazada en ambos lados por la oración para la cual se construye la definición, y bajo el supuesto de un lenguaje fragmentario se puede construir un método adecuado para el uso del término verdadero para todas sus oraciones. Sin embargo, el procedimiento no puede aplicarse si se está interesado en la totalidad de un lenguaje natural, pues la presencia de la expresión «verdad(era)» parece llevar a una contradicción, cuya formulación más conocida es la denominada «paradoja del mentiroso» (ver *supra*).

Para Tarski, la fuente real de la antinomia del mentiroso es el carácter universal u omnicomprensivo del lenguaje común, que se manifiesta en: que en el lenguaje están incluidos, junto con los objetos lingüísticos (oraciones y términos) los nombres de estos objetos; y que el lenguaje contiene términos (como «verdad» o «designación») que se refieren a la relación entre los objetos lingüísticos y lo expresado por ellos. Sin embargo, no es necesario usar lenguajes universales en todas las situaciones posibles, y lo más importante, no son necesarios para los propósitos de la ciencia, entendida en sentido amplio como investigación intelectual.

⁴ Cf. Tarski 1983, 1995.

Según Tarski, se puede definir precisamente la noción de verdad si el lenguaje para el que se pretenda formularla cumple con las siguientes condiciones:

1. Su vocabulario completo debe estar disponible.
2. Sus reglas sintácticas referentes a la formación de oraciones y otras expresiones significativas a partir de las palabras listadas en el vocabulario deben ser formuladas precisamente, además deberían ser puramente formales, esto es que la función y el significado de una expresión debería depender exclusivamente de su forma.

Los lenguajes que cumplen con estas condiciones se llaman lenguajes formalizados, y a pesar de ser adecuados para la presentación de teorías lógicas y matemáticas no existen razones para que no puedan ser adaptados para desarrollar las partes teóricas de las ciencias empíricas. «... No me refiero exclusivamente a sistemas lingüísticos que se formulan enteramente en símbolos, y no estoy pensando en algo esencialmente opuesto a los lenguajes naturales. Por el contrario, los únicos lenguajes formalizados que parecen tener real interés son aquellos que son fragmentos de lenguajes naturales (fragmentos provistos de vocabularios completos y reglas sintácticas precisas) o aquellos que pueden al menos ser adecuadamente traducidos a los lenguajes naturales» (Tarski 1989: 33).

Se requieren además las siguientes condiciones para cumplir con el programa:

3. Distinción estricta entre el lenguaje para el cual intentamos construir la definición de verdad (lenguaje-objeto) y el lenguaje en el cual se formula esta definición y se estudian sus implicancias (metalenguaje).

4. El metalenguaje debe incluir al lenguaje-objeto como parte suya.

5. El metalenguaje debe contener nombres para oraciones (y otras expresiones) del lenguaje-objeto, y términos que denoten ciertos conjuntos especiales de expresiones, relaciones entre expresiones y operaciones sobre expresiones.

6. Mediante la definición de verdad propuesta se muestra que los términos semánticos (que expresan relaciones entre las oraciones del lenguaje-objeto y los objetos a los que se refieren estas oraciones) pueden introducirse en el metalenguaje por medio de definiciones.

7. Por consiguiente, el metalenguaje debe ser esencialmente más rico que el lenguaje objeto, y no puede coincidir ni ser traducible a este último, pues de lo contrario ambos serían universales y la antinomia del mentiroso podría reconstruirse en ambos.

Si se satisfacen *todas* las condiciones anteriores, la construcción de la definición de verdad deseada, aunque técnicamente complicada como para explicarla en detalle aquí, no presenta ninguna dificultad. Sobre esta definición se puede desarrollar toda la teoría de la verdad,

se pueden lograr –además de todas las equivalencias de la forma «*p*» es verdadera si y sólo si *p*–, algunas consecuencias generales como la ley de no contradicción y de tercero excluido.

Resumiendo: Las condiciones que debe reunir el lenguaje en el que se defina la noción de verdad –tal como sugiere la concepción semántica– son según Tarski las siguientes: (1) debería estar disponible su vocabulario completo; (2) sus reglas sintácticas deben ser formuladas precisamente y en términos puramente formales, esto es que la función y el significado de una expresión en ese lenguaje debería depender exclusivamente de su forma; (3) se debería poder hacer una distinción estricta entre el lenguaje para el cual intentamos construir la definición de verdad (lenguaje-objeto) y el lenguaje en el cual se formula esta definición y se estudian sus implicancias (metalenguaje); (4) el metalenguaje debe incluir al lenguaje-objeto como parte suya, pero debe ser más rico, incluyendo nombres para oraciones (y otras expresiones) del lenguaje-objeto, y términos que denoten ciertos conjuntos especiales de expresiones, relaciones entre expresiones y operaciones sobre expresiones.

El propio Tarski aclara que los lenguajes que cumplen con estas condiciones se llaman lenguajes formalizados, pero cree que esto no excluye por definición a los lenguajes naturales (Tarski 1989: 33). Su aplicación a los lenguajes naturales depende de la posibilidad de dotar a uno de sus fragmentos de un vocabulario completo y de reglas sintácticas precisas. El propio Tarski se muestra pesimista sobre la posibilidad de usar su definición en lenguajes naturales si no se reúnen las condiciones que ha detallado⁵.

El lenguaje jurídico, y por ende el lenguaje en el que se formula y aplica el derecho penal, es un lenguaje técnico, y como tal, posee las características propias de todo lenguaje natural. Ninguna de las condiciones que exige Tarski para la formulación de una definición semántica de verdad aplicable al lenguaje jurídico se cumple. No contamos con un vocabulario completo y, sobre todo, no contamos con reglas sintácticas precisas de las que pueda depender el significado de todas las oraciones que componen el lenguaje jurídico. Es cierto que hay autores que se han mostrado optimistas respecto a la posibilidad de construir una definición semántica de verdad para los lenguajes naturales (cf. Davidson 1967, Popper 1985), pero para ello se requieren grandes esfuerzos teóricos que Ferrajoli ni siquiera ha tomado en cuenta para proceder a su aplicación.

⁵ «If these observations are correct, then the very possibility of a consistent use of the expression “true sentence” which is in harmony with the laws of logic and the spirit of everyday language seems to be very questionable, and consequently the same doubt attaches to the possibility of constructing a correct definition of this expression» (Tarski 1983: 165).

Pero concedamos a Ferrajoli este punto, para poder examinar la viabilidad del uso que hace de ella en su argumentación para definir la «verdad procesal». ¿Es la concepción semántica de la verdad de Tarski una definición capaz de identificar las referencias de las proposiciones jurisdiccionales y diferenciar los sistemas procesales garantistas de los autoritarios? La respuesta que daré a ambos interrogantes es negativa, y la objeción que de ella se deriva es mucho más grave que la anterior para la propuesta del autor italiano.

La concepción semántica de la verdad que propone Tarski es una definición de verdad en un lenguaje determinado. La correspondencia que establece –si es que establece este tipo de relación en su definición, lo cual es sumamente discutible (ver Haack 1982: 134 y ss.)– es una correspondencia entre oraciones y nombres de oraciones en un lenguaje semánticamente abierto. Ninguno de los elementos de la sentencia «“p” es verdadera si, y sólo si, p» pueden interpretarse como hechos de la realidad o como normas de un sistema jurídico –como supone Ferrajoli–. En efecto, Ferrajoli afirma que «una vez establecido que el término “verdadero” puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de “correspondencia”, es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos “verdadero” y “falso” para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos» (Ferrajoli 1995: 49). Ferrajoli considera, sin percibir lo problemática que resulta su pretensión, que la concepción semántica de la verdad de Tarski se puede entender como una propuesta correspondentista similar a la de Wittgenstein o Russell –por poner sólo unos ejemplos–. En ese tipo de teorías se define verdad por la correspondencia entre las proposiciones y los hechos a los que se refieren las proposiciones. En la concepción semántica no se define verdad como la correspondencia entre ciertas oraciones de un lenguaje y la realidad, sino que constituye una relación que se da sólo entre entidades lingüísticas en el seno de un lenguaje. Por ello, la definición de Tarski no resulta una herramienta útil «para hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos “verdadero” y “falso” para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos» como cree Ferrajoli (1995: 49).

La definición semántica de Tarski, en la medida que define verdad en L, esto es, verdad en un lenguaje determinado, es considerada una definición neutral respecto de las discusiones epistemológicas. El propio Tarski enuncia esta característica: «podemos aceptar la concepción semántica de la verdad sin abandonar ninguna actitud gnoseológica que podamos haber tenido; seguimos siendo realistas ingenuos, realistas críticos o idealistas, empiristas o metafísicos: lo que hayamos sido antes. La concepción semántica de la verdad es completamente neutral respecto de todas esas posiciones» (Tarski 1995: 301-302).

La verdad definida tal como propone Tarski no permite dirimir disputas epistemológicas sustanciales, tal como lo expresa el propio autor. Si aceptamos la neutralidad epistemológica de la concepción semántica de la verdad, deberemos concluir que Ferrajoli se equivoca cuando pretende diferenciar los sistemas garantistas y autoritarios por las posiciones epistemológicas que subyacen en ellos, y considera que es la noción de «verdad» la que marca las principales diferencias en ese nivel. Si se acepta la definición de verdad que propone Tarski, lo que se entiende por verdad en un sistema autoritario y en un sistema garantista debería ser exactamente lo mismo. Con la expresión «“p” es verdadera si, y sólo si, p» se puede definir la noción de verdad tanto en una epistemología cognoscitivista –base de los sistemas garantistas– como en una epistemología decisionista –fundamento de los sistemas autoritarios, pues la concepción semántica se autodefine como neutral en cuestiones epistemológicas–. En consecuencia, Ferrajoli no puede sostener que la concepción semántica es la mejor manera de dar sentido a la noción de «verdad procesal» y afirmar al mismo tiempo que lo que en realidad separa al garantismo y al autoritarismo es el concepto de verdad que adoptan en las concepciones epistemológicas cognoscitivistas y decisionistas que presuponen. La disputa entre los defensores de sistemas garantistas y autoritarios debería trasladarse nuevamente al plano de la política legislativa, pues no se pueden encontrar razones decisivas para dirimirla en el nivel epistemológico como pretende Ferrajoli.

* *

La segunda cuestión que me interesa analizar de los presupuestos epistemológicos del garantismo que propone Ferrajoli es la forma en la que entiende la naturaleza de las inferencias probatorias. ¿Es cierto que las inferencias probatorias son necesariamente inductivas? Para responder esta cuestión me valdré de algunas de las afirmaciones que hice en un trabajo previo (Bonorino 1999) en el que traté el tema de la posibilidad de aplicar la lógica en el análisis de las inferencias probatorias. Tomaré como punto de partida un ejemplo hipotético en el que se discuta la aplicación de una norma referida al narcotráfico en la que se castigara la tenencia ilegítima de drogas, distinguiendo a los efectos de graduar la pena los siguientes casos: (1) tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes para satisfacer el consumo personal; (2) tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes; y (3) tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes con la intención de comerciar con ellas. Los casos (1) y (3) requieren, además de la acción de poseer drogas, que la misma se realice con cierta intención, propiedad que resulta relevante a los efectos de determinar la sanción que corresponde en cada caso. En este caso las intenciones del sujeto deben ser inferidas a partir de otras propiedades observables de su conducta, como

pueden ser la cantidad de droga que poseía, la disposición de la misma, la presencia de elementos que permitan fraccionarla, etc.

Reconstruir el argumento en el que ciertos enunciados observacionales obran como premisas y el enunciado en el que se alude a las intenciones de un agente como conclusión, dará como resultado un típico argumento probatorio. Una vez que la hayamos identificado resultará más fácil determinar si se trata o no de una inducción, o, lo que resulta más adecuado con las tesis de Ferrajoli, si no existe ninguna manera de que los argumentos probatorios puedan ser deductivos en algunas ocasiones.

Para seguir con el ejemplo propuesto plantearé una situación hipotética simple en la que se intente determinar la intención de comerciar de un sujeto al que se le encontraron en su poder estupefacientes. En este sentido es común hallar en la práctica justificaciones como la siguiente:

1. Dado que Ticio poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión.
2. Por lo tanto, Ticio poseía los estupefacientes con intención de comerciar.

Estamos ante un entimema, tal como señala Ferrajoli, en el que es necesario presuponer la existencia de otra premisa, que no ha sido expresada. Si la incorporamos obtenemos el siguiente argumento:

1. Dado que Ticio poseía en su poder, además de los estupefacientes, una balanza de precisión. [*Hechos probados*]
2. Y dado que todo el que tiene, además de estupefacientes, una balanza de precisión, los posee con la intención de comerciar [*Generalización tácita de experiencias*]
3. Por lo tanto, Ticio poseía los estupefacientes con intención de comerciar. [*Hechos probatorios*]

Si se acepta esta reconstrucción de las inferencias probatorias, estaríamos en presencia de un argumento que responde al esquema deductivo del *modus ponens*. Pero Ferrajoli la considera inaceptable, pues este intento de justificar la inducción mediante una deducción enmascarada no resulta plausible. «Lamentablemente, este esquema es inservible como justificación de la inducción, dado que (II) [la premisa tácita] no es nunca verdadera.» (Ferrajoli 1995: 133). Es cierto que la premisa tácita, formulada de manera general, resultaría siempre falsa. El enunciado «Todo el que tiene una balanza de precisión, además de estupefacientes, los posee con la intención de comerciar» admite una infinita cantidad de excepciones. Un joyero drogadicto, o un cocinero obsesivo drogadicto, o un drogadicto tan-buen-vecino-como-para-arreglarle-la-balanza-de-precisión-a-la-señora-del-quinto-piso, por poner sólo unos ejemplos. Dado que reconstruir las inferencias probatorias como argumentos deductivos nos llevaría al absurdo

de afirmar que todas las inferencias probatorias con las que se pretende justificar la premisa fáctica en una sentencia carecen de solidez⁶, y por ende, no constituyen buenas justificaciones en ningún caso, no queda otra alternativa que entenderlas como argumentos inductivos.

Pero no estamos obligados a optar por una reconstrucción como la que supone Ferrajoli. Podríamos reconstruir el argumento anterior como una deducción sin emplear una generalización falsa como premisa tácita:

1. Dado que Ticio poseía en su poder, además de los estupefacientes, una balanza de precisión. [*Hechos probados*]
2. Si Ticio tiene, además de estupefacientes, una balanza de precisión, los posee con la intención de comerciar [*Enunciado particular tácito*]
3. Por lo tanto, Ticio poseía los estupefacientes con intención de comerciar. [*Hechos probatorios*]

El enunciado tácito particular tiene una estructura condicional. Los enunciados condicionales que se utilizan comúnmente en el lenguaje natural pueden ser utilizados para afirmar distintos tipos de relaciones entre el primer enunciado (antecedente) y el segundo (consecuente). En la lógica tradicional se suele simbolizar dicha relación con la conectiva denominada «condicional o implicación material», definida semánticamente como aquella conectiva que, al enlazar dos proposiciones, genera una expresión que sólo es falsa en caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso, siendo verdadera en los casos restantes. De esta manera, cuando se afirma la verdad del condicional, se sostiene que el antecedente es condición suficiente para la verdad del consecuente y que a su vez el consecuente resulta condición necesaria para la verdad del antecedente.

Si bien esta caracterización parece reflejar un núcleo de significado común a la mayoría de las expresiones condicionales que se formulan en lenguaje natural, la misma posee casos en los que no resulta aplicable, como son los casos en los que se requiere que la verdad del antecedente sea relevante para la verdad del consecuente o en los que se parte de un antecedente deliberadamente falso. Para poder dar cuenta de estas situaciones particulares se han desarrollado lógicas alternativas, como son las lógicas paraconsistentes y de los condicionales contrafácticos (cf. Haack, 1982).

Un tercer tipo de enunciados condicionales son aquellos en los que el antecedente no expresa una condición suficiente para la verdad del consecuente, sino sólo una condición que, sumada a un conjunto de condiciones que se dan por supuestas, lleva a la verdad del consecuente. Tomemos el siguiente ejemplo de enunciado condicional: «si esto es un automóvil, entonces puedes trasladarte de un lugar a otro en él».

⁶ La solidez de un argumento depende de dos aspectos: su forma lógica y la verdad de sus premisas (cf. Bonorino 2006).

Si lo interpretamos como un condicional material, y el mismo fuera verdadero, nos llevaría a afirmar que el hecho de estar en presencia de un automóvil es una condición suficiente para trasladarse en él de un lugar a otro. Pero esto no es así, pues para que uno se pueda trasladar de un lado a otro en un automóvil se requieren una serie de condiciones no enumeradas como por ejemplo que el mismo tenga suficiente combustible, que su motor funcione, que se posean las llaves de arranque, que no tenga las gomas desinfladas, etc. La falsedad de cualquiera de estos enunciados derrota al enunciado condicional. Otra manera de presentar este tipo de condicionales es diciendo que los mismos poseen en su antecedente un conjunto de excepciones implícitas no enumerables en forma taxativa, que en caso de cumplirse lo derrotarían, por lo que comúnmente se los conoce con el nombre de «condicionales derrotables». Su estructura podría simbolizarse en el lenguaje de la lógica proposicional de la siguiente manera: $\langle (\sim (r \vee s \vee \dots n) \wedge p) \rightarrow q \rangle$, lo que significa que si p es verdadero, y no se dan r , s , u otras excepciones n no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q .

Recientemente se han ideado también sistemas de lógica especiales que intentan reconstruir las condiciones de verdad de estos condicionales, pero las mismas se toparon con el problema de que una lógica para condicionales derrotables no puede satisfacer la ley de refuerzo del antecedente, y que eso llevaría también a suprimir el *modus ponens*, pues del mismo puede derivarse la mencionada ley. Los intentos por construir una lógica específica para condicionales derrotables han producido hasta el momento aparatos inferenciales extremadamente débiles como para ser de utilidad. (ver Alchourrón, 1993a, 1993b, 1994a). Es por ello que la propuesta que creo más aceptable es la que sostiene que en ciertos contextos de deducción, y presuponiendo una función de cierre para el condicional derrotable, el mismo podría operar como un condicional material, por lo que no se requeriría de una lógica especial para dar cuenta de dichas inferencias (ver Alchourrón, 1994b, 1996).

Volvamos al enunciado condicional tácito en la reconstrucción de la inferencia probatoria que he propuesto anteriormente. En él se afirmaba que «si Ticio poseía, además de estupefacientes, una balanza de precisión, entonces poseía los mismos con la intención de comerciar». Este condicional contiene una serie no enumerable de excepciones implícitas, como por ejemplo que Ticio fuera vendedor de oro y utilizara la balanza para eso, que Ticio fuera un cocinero positivista lógico obsesionado por pesar con exactitud los ingredientes que utiliza en sus platos, que Ticio estuviera arreglándole la balanza a una vecina, etc., que en caso de ocurrir lo derrotarían. No importa que, como de hecho ocurre, el antecedente estuviera formado por varios enunciados observacionales como el mencionado, como por ejemplo «dado que Ticio además de estupefacientes poseía una balanza de precisión, sustancias de corte, envoltorios preparados, entonces x poseía los estupefacientes con la intención de comerciar con ellos», pues si bien algunas excep-

ciones dejarían de formar parte de la lista de derrotadores implícitos del condicional, la misma seguiría siendo no enumerable en forma taxativa.

De esta manera resulta plausible reconstruir los argumentos probatorios con los que se intenta justificar la verdad de los enunciados que expresan las hipótesis delictivas, como basados en la verdad de enunciados condicionales derrotables. En contextos judiciales, y una vez vencido el plazo acordado a la defensa para mostrar que existe alguna excepción no listada al condicional derrotable subyacente en el argumento entimemático sobre el que se funda la pretensión fiscal, dicho condicional puede interpretarse como un condicional material. Esto permitiría explicar al mismo tiempo la existencia de recursos extraordinarios de revisión cuando surgen hechos no conocidos al momento de dictar la sentencia pero que se consideran relevantes para la misma. La posibilidad siempre presente de que en cualquier momento podría descubrirse un hecho que resultara una excepción al condicional utilizado en la justificación de una premisa fáctica sería el fundamento racional de dichos recursos. Pero lo más importante es que, de esa manera, también se pueden entender los argumentos probatorios como argumentos deductivos. No resulta tan claro que las inferencias probatorias deban interpretarse siempre como silogismos inductivos, tal como sostiene Ferrajoli.

* * *

En este trabajo traté de mostrar que la explicación que Luigi Ferrajoli ofrece en su libro *Diritto e Ragione* (1989) adolece de problemas generados por sus presupuestos filosóficos generales sobre el conocimiento. La concepción semántica de la verdad de Tarski que adopta como fundamento presenta dificultades para ser aplicada a los lenguajes naturales. El lenguaje jurídico posee las características propias de todo lenguaje natural, y no cumple ninguna de las condiciones que exige Tarski en un lenguaje para la formulación de una definición semántica de verdad. Por otra parte, en la concepción semántica no se define verdad como la correspondencia entre ciertas oraciones de un lenguaje y la realidad, sino que constituye una relación que se da sólo entre entidades lingüísticas en el seno de un lenguaje. Por ello, no resulta una herramienta útil para determinar la referencia de las proposiciones judiciales tal como supone Ferrajoli. En este mismo sentido, traté de mostrar que si aceptamos la neutralidad epistemológica de la concepción semántica de la verdad, deberíamos concluir que Ferrajoli se equivoca cuando pretende diferenciar los sistemas garantistas y autoritarios por las posiciones epistemológicas que subyacen en ellos, y considera que es la noción de «verdad» la que marca las principales diferencias en ese nivel. Finalmente, traté de mostrar que las inferencias probatorias no deben entenderse necesariamente como silogismos inductivos, tal como sostiene

Ferrajoli, sino que existe la posibilidad de reconstruirlas como deducciones sin incurrir en las fallas que el autor señala en todo intento de esa naturaleza y sin caer en un reduccionismo inverso de tipo deductivista. La epistemología no parece ser el campo adecuado para dirimir las disputas sobre políticas legislativas, aunque siga constituyendo uno de los pilares sobre los que se debe fundar una explicación adecuada de la labor del juez en el proceso judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, CARLOS E.: «Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasible conditionals», en MEYER, J. J. y WIERINGA, R. J. (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative system specification*, Wiley & sons, 1993.
- «Defeasible logics: Demarcation and affinities», en Crocco, G.; Fariñas del Cerro, L., y Herzig, A. (eds.), *Conditionals and Artificial Intelligence*, en curso de publicación, Oxford University Press, 1993.
- «Detachment and defeasibility in deontic logic», trabajo inédito obtenido por gentileza del autor, 1994.
- «Defeasible conditionals as general conditionals plus revision theory», trabajo inédito obtenido por gentileza del autor, 1994.
- «Para una lógica de las Razones Prima Facie», *Análisis Filosófico*, XVI, 2, noviembre, 1996, pp. 113-124.
- BONORINO, Pablo Raúl: «Lógica y prueba judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI, Madrid, 1999, pp. 15-24.
- *Argumentaciones orales en debates judiciales*. Bogotá: CSJ, 2006.
- DAVIDSON, Donald: «Truth and Meaning», *Synthese*, 17, 1967, 304-323.
- FERRAJOLI, Luigi: *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.
- *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- HAACK, Susan: *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra, 1982.
- TARSKI, Alfred: «The concept of truth in formalized languages», en *Logic, Semantics, Meta-Mathematics, Papers from 1923 to 1938*, 2.^a ed., Indianápolis, Indiana, Hackett Publishing Company, 1983.
- «La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica», en VALDÉS VILLANUEVA, Luis (ed.), *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, Madrid, Tecnos-Universidad de Murcia, 1995, pp. 275-313.
- *Verdad y demostración*, Bs. As., Facultad de Filosofía y letras y Oficinas de publicaciones del C.B.C, U.B.A, 1996.
- POPPER, Karl R.: *La Lógica de la Investigación Científica*, Bs. As., R.E.I., 1985.

Fecha de recepción: 27/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

La crisis mundial de alimentos y los derechos humanos

Por JAIME GARCÍA NEUMANN

RESUMEN

Este artículo trata de la actual crisis mundial de alimentos y el derecho a la alimentación como uno de los derechos humanos básicos reconocidos a nivel internacional, en un ámbito donde derecho y economía se entrecruzan. Primero, se describe la situación actual del hambre en el mundo, las causas de su actual agravamiento y algunas medidas sugeridas, según los informes de organismos internacionales. Luego se revisa la normativa internacional sobre derecho a la alimentación en sus dos aspectos: la capacidad de producir alimentos y la posibilidad real de acceder a ellos, relacionándola con el proceso de desarrollo de los países pobres. Se analizan finalmente algunos factores estructurales generados en las últimas décadas de globalización económica que dificultan la realización efectiva y universal de este derecho básico.

Palabras clave: Crisis de alimentos, hambre, derechos humanos, seguridad alimentaria, globalización.

ABSTRACT

This article concerns the current global food crisis and the right to food as one of basic human rights internationally recognized, in an area where law and economics intersect. First, it describes the current state of world hunger, the causes of the current aggravation and some suggested actions, reports from international organizations. After revising the international rules on right to food in its two aspects: the ability to produce food and the

real possibility of accessing them, relating to the development process of poor countries. It finally discusses some structural factors generated in the last decades of economic globalization that hinder the effective and universal implementation of this basic right.

Key words: *Food crisis, hunger, human rights, food security, globalization.*

SUMARIO: 1. LA NUEVA CRISIS ALIMENTARIA.-2. LA ALIMENTACIÓN COMO DERECHO HUMANO BÁSICO, DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO.-3. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO A NO PASAR HAMBRE: FACTORES ESTRUCTURALES.-EPÍLOGO.

1. LA NUEVA CRISIS ALIMENTARIA

«Mil millones de personas padecen hambre, es decir, una de cada seis personas en el mundo, 105 millones más que en 2008, y cinco niños mueren cada 30 segundos. Aparte de las cifras, significa el sufrimiento de cada uno de estos seres humanos, que es un querido niño, o madre, o padre, o hermano, o hermana, o pariente, o amigo, o vecino». Así comenzaba el Director General de la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el senegalés Jacques Diouf, su comunicación de apertura de la Cumbre Mundial sobre la Seguridad Alimentaria, celebrado en Roma del 16 al 18 de noviembre de 2009¹. «Hoy van a morir 17.000 niños en el mundo», señalaba a continuación Ban Ki Moon, Secretario General de Naciones Unidas. Luego el Papa Benedicto XVI también concluía de manera contundente: «Basta de opulencia y despilfarros, basta con la explotación de los países más pobres».

Cuatro días antes de la Cumbre, la cúpula de la FAO se reunió también en Milán con representantes de los principales agrocarteles (Cargill, Unilever, Bunge, Monsanto, Pioneer-DuPont, Yara Fertilizer) en el foro titulado «Acciones del sector privado para reducir la inseguridad alimentaria». La conclusión, sin embargo, no fue otra que profundizar en la política de liberalización de los mercados².

A pesar de la crisis alimentaria que atraviesa el mundo, los resultados de la Cumbre, según los analistas, también fueron decepcionan-

¹ FAO (*Food and Agriculture Organization*): Doc. WSFS 2009/INF/3.

² FAO: Doc. «Declaración del Sector Privado ante la Cumbre Mundial sobre la Seguridad Alimentaria», noviembre 2009; <http://www.fao.org/wsfs/wsfs-meetings/wsfs-privatesector/es/>.

tes³. De los 60 representantes de naciones, incluyendo varios jefes de Estado, no participó ninguno de los del G-8, con capacidad para cambiar las cosas. Tampoco se concretaron nuevas ayudas de emergencia o montos y plazos de financiamiento y de inversión, ni se mencionó el papel de los carteles de alimentos, semillas y plaguicidas. Al igual que en Cumbres anteriores como las de 1996 y 2002, se ratificó la meta del Milenio de reducir a la mitad para el año 2015 el número de personas que padecen hambre (en ese tiempo, alrededor de 800 millones). Pero las cifras revelan un acelerado proceso contrario y las ayudas internacionales además han disminuido debido a la crisis financiera y económica global.

Este salto hacia atrás es resultado de la crisis de alimentos iniciada en 2007, que fue abordada con más detenimiento en la III Reunión Cumbre de Alto Nivel de la FAO, celebrada también en Roma en junio de 2008, con participación de más de cincuenta jefes de Estado y de Gobierno. Allí se hizo un llamado urgente para un fondo de 22.000 millones de dólares a fin de revertir el proceso de hambruna del último año y promover sistemas de seguridad alimentaria en los países más vulnerables, administrados por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) y el Programa Mundial de Alimentos (PMA). Sin embargo, al terminar el año, tan sólo se había conseguido un 10 % de lo prometido⁴.

La Cumbre 2009 de Seguridad Alimentaria añade más cifras: «Es preciso que la producción de alimentos aumente un 70 % en el mundo y el doble en los países en desarrollo, para satisfacer las necesidades alimentarias de una población mundial que alcanzará 9.100 millones de personas en 2050. (...) Para eliminar el hambre de la faz de la Tierra se requieren 44.000 millones de USD anuales de asistencia oficial al desarrollo que habrán de invertirse en infraestructura, tecnología e insumos modernos. Se trata de una cantidad reducida si tenemos en cuenta los 365.000 millones de USD destinados para ayuda a los productores agrícolas de los países de la OCDE en 2007 y si consideramos los 1,34 billones de USD de gastos militares realizados en el mundo en el mismo año»⁵.

La FAO elude comparar sus cálculos para alimentos con los billones (millones de millones) de dólares puestos por los Estados a disposición de las grandes corporaciones financieras y bancarias privadas

³ Véase, por ejemplo: «Buenos propósitos y grandes ausentes en la Cumbre de la FAO», *El País*, Madrid, 16 de noviembre de 2009.

⁴ FAO: «El crack financiero puede agravar la crisis alimentaria», 15 de octubre de 2008, Roma. www.fao.org/newsroom/es/news/2008/1000937/index.html.

⁵ FAO: Doc. WSFS 2009/INF/3, p. 2.

en el último año para solventar el estallido de la burbuja financiera creada por esas mismas instituciones. El presidente del Banco Central Europeo, Jean-Claude Trichet, en la reunión de Presidentes de Bancos Centrales en Basilea el pasado 9 de noviembre, se congratulaba de que las medidas globales anticrisis comenzaban a dar sus frutos y revelaba las cifras de las ayudas públicas: «10 billones de euros en apoyo a la banca, tipos de interés al mínimo y estímulos fiscales equivalentes al 2 % del PIB en los países del G-20»⁶.

Nos detenemos en estos hechos no tanto para reiterar la falta de voluntad política general, sino para apuntar a causas más estructurales, a las que el derecho humano universal a la alimentación debe enfrentarse si queremos que se convierta en una realidad efectiva en el mundo. Desde esta perspectiva es importante revisar también las características de la actual crisis alimentaria.

La escasez y los aumentos de precios generaron en los años 2007 y 2008 motines y revueltas en cerca de 40 países, de Egipto a Filipinas y de México a Camerún, sobre todo en aquellos cuya alimentación básica es el maíz, como en América Latina; el trigo, como en los países árabes; o el arroz, como en el sudeste asiático y África; todo a pesar de que a nivel global la producción de cereales batió récords. Los disturbios en Haití, con el grito de «no más hambre», forzaron en abril de 2008 la caída del gobierno, lo cual es un anuncio de lo que puede pasar en otras partes. «Vamos hacia un periodo muy largo de motines, de conflictos, de oleadas de inestabilidad regional incontralables, marcado a fuego vivo por la desesperación de las poblaciones más vulnerables», afirmaba Jean Ziegler, Relator Especial de la ONU para el Derecho a la Alimentación⁷. Más aún, los estudios de la FAO y el Banco Mundial establecen que la crisis «puede extenderse diez años más», poniendo en peligro a 2.200 millones de personas de 82 naciones⁸.

Lo más grave, desde el punto de vista ético, es que la hambruna actual es perfectamente evitable. Según la FAO, el mundo tiene hoy la capacidad de producir alimentos para toda la población, pero los sectores más pobres no tienen la capacidad monetaria de acceder a los mercados globalizados ni de producirlos. Además, muchos gobiernos, a instancias del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y más recientemente, la Organización Mundial de Comercio, han abandonado sus políticas de soberanía alimentaria y protección de sectores agrícolas, en aras del libre mercado global⁹.

⁶ Los bancos centrales instan a una retirada gradual de ayudas públicas», *El País*, Madrid, 10 de noviembre de 2009.

⁷ ZIEGLER, J., Entrevista en *Le Monde*, 6 de junio de 2008.

⁸ FAO: «Aumento de precios de los alimentos...», abril 2008, doc: HLC/08/INF/1.

⁹ FAO: «Cuestiones Éticas Fundamentales», doc. X9600/S, 2001.

Por otra parte, de acuerdo los informes preparatorios presentados en la FAO¹⁰, entre las principales causas de la crisis alimentaria actual están la cartelización (diez grandes carteles de alimentos controlan el 80 % del comercio mundial), la especulación bursátil de derivados financieros y valores a futuro basados en los precios de alimentos, y la burbuja de los agrocombustibles, llamados «biocombustibles» en los países desarrollados, los cuales promueven y subvencionan su producción como medida contra el cambio climático.

Lo más determinante es que afectan directamente a productos básicos como maíz, sorgo, caña de azúcar, trigo (bioetanol) y aceites vegetales (biodiésel); además, al incidir en el forraje y la alimentación animal, perjudican también a los productos cárnicos. Según el informe preparatorio de la FAO en 2008, citando un estudio del Banco Mundial, «el 65 % de las subidas de precios se debe a los biocombustibles y a factores relacionados con el rápido aumento de la demanda de biocombustibles para materias primas»¹¹.

Aunque en Estados Unidos y Europa se ha minimizado el problema (la Unión Europea mantiene la meta de utilizar un 10 % de biocombustibles para el transporte en el año 2020), los datos disponibles hablan por sí mismos¹². Asbjorn Eide, pionero del derecho alimentario, considera las dificultades de compatibilizar la producción de agrocombustibles con el derecho a la alimentación, señalando la «obvia prioridad» de los alimentos sobre la nueva producción energética¹³. Por su parte el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Jean Ziegler, en su informe de 2007 a la Asamblea General de la ONU, afirmaba:

«Precipitarse en convertir los cultivos alimentarios –el maíz, el trigo, el azúcar, el aceite de palma– en combustible para automóviles, sin examinar antes los efectos sobre el hambre en el mundo, augura un desastre. Se calcula que para llenar un depósito de un automóvil con biocombustible (cerca de 50 litros), se necesitarían

¹⁰ FAO: «El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo»: 10.º Informe: «Crisis económicas, repercusiones y enseñanzas extraídas», 2009. CDESC: Doc. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008.

¹¹ *Ibid.*

¹² En 2007 se produjeron a nivel mundial 13.100 millones de galones de etanol, de los cuales 6.400 millones corresponden a la franja de maíz de Estados Unidos. Dedicada a la alimentación, esta cantidad de maíz podría haber alimentado a 130 millones de personas, si se considera que cada ración alimenticia de emergencia corresponde a 0,38 toneladas métricas de cereales por año. La FAO estima que para 2008, más del 30 % de la cosecha de maíz de USA se ha desviado a las 135 destilerías de etanol, lo que supone más del 12 % de la producción mundial de maíz, y que en la Unión Europea el sector del biodiésel ya absorbe el 60 % de la producción interna de aceite de colza, lo que equivale al 25 % de la producción mundial. (www.fao.org/worldfoodsituation/wfs-home/es)

¹³ EIDE, A., «The Right to Food and the Impact of Liquid Biofuels (Agrofuels)». FAO, Roma, 2008.

unos 200 kilogramos de maíz, lo cual es suficiente para alimentar a una persona durante un año»¹⁴.

El informe final de J. Ziegler, presentado a la Asamblea General el 22 de agosto de 2007¹⁵, recomienda una serie de medidas, cuya urgencia se acentúa con la recesión que está provocando el derrumbe financiero y económico:

a) prohibición total de quemar la comida para fabricar biocombustible, o al menos, una moratoria de cinco años mientras se encuentra una alternativa que no afecte la alimentación;

b) retirar de la Bolsa la fijación de los precios de los alimentos básicos, e instaurar un sistema en el que el país productor negocie directamente con el país consumidor para excluir la ganancia especulativa;

c) que las instituciones internacionales concedan prioridad absoluta en los países más pobres a las inversiones en la agricultura alimentaria, familiar y de subsistencia.

d) y algo más: considerar a los que huyen de las zonas de hambruna hacia los países ricos, especialmente desde el África subsahariana, no como inmigrantes ilegales sino como «refugiados del hambre», que les amenaza mortalmente a ellos y sus familias tanto o más que una persecución política¹⁶.

Países como la India, Indonesia y Tailandia han tomado ya medidas para limitar la salida de alimentos y aumentar las reservas internas, y otros países están adoptando, hasta donde pueden, políticas de autoabastecimiento y seguridad alimentaria de emergencia. Pero esto ha sido criticado duramente por organismos como la Organización Mundial de Comercio, el FMI y la Comisión Europea, cuya solución en la línea neoliberal es abrir aún más los mercados a quienes tengan la capacidad de adquirir alimentos.

Las alternativas a la presente crisis de alimentos, que está causando una hambruna de una magnitud sin precedentes, pueden verse ahora de manera más clara. Apoyo a las economías nacionales y locales para duplicar la producción de alimentos y establecer políticas de soberanía alimentaria o, por el contrario, profundizar en las políticas globalizadoras de libre mercado que ya están provocando un verdadero y cotidiano «genocidio silencioso»¹⁷.

¹⁴ ZIEGLER, J., «Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación». Doc. NNUU A/62/289. Asamblea General, 22 de agosto de 2007. Párrafo 21.

¹⁵ *Ibid.*, párrafos 46 y 48.

¹⁶ Ver CDESC: Doc. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008, núms. 40-42.

¹⁷ ZIEGLER, J., «Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación». NNUU 2007. Doc. A/62/289. También, VVAA, «World Food Crisis», *EIR*, V 35, N.27, July 11, 2008.

2. LA ALIMENTACIÓN COMO DERECHO HUMANO BÁSICO

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, reconoce en su artículo 25 el derecho a la alimentación como parte de las condiciones fundamentales que hacen posible la existencia y desarrollo de la vida humana:

«Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios» (artículo 25).

Antes, en el Artículo 1, se presenta el fundamento universal en el que se basa toda la arquitectura filosófica, ética y jurídica de los derechos humanos, aplicable a todos los pueblos y culturas, y aceptable por todos a pesar de las profundas diferencias políticas, ideológicas, sociales y religiosas: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

De esta manera se establece que los Derechos Humanos son propios de la persona, de todos y de cada uno de los seres humanos por el hecho mismo de serlo, son indivisibles e inalienables, y por lo tanto anteriores a los Estados o cualquier otra forma de asociación y a su reconocimiento de los mismos. Lo implica también el texto oficial en su último artículo:

«Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración» (artículo 30).

El fundamento ontológico de los Derechos Humanos, la vida y dignidad de todas y cada una de las personas en el mundo como axioma auto-evidente, expresa una concepción del ser humano como diferente y superior en dignidad a todos los demás seres de la naturaleza; sujeto de autoconciencia y libertad, y capaz de amor y solidaridad. Todo lo opuesto a la concepción propia del pesimismo antropológico, subyacente en el nuevo paradigma cultural subyacente en la globalización económica, como se verá más adelante. El antecedente directo reconocido de esta *Declaración Universal de 1948* no es otro que el preámbulo de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América* del 4 de julio de 1776: «Sostenemos que estas verdades

¹⁸ ONU: «La Declaración Universal de los Derechos Humanos», 1948.

son evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados».

También un estudioso del tema como Amartya Sen hace referencia a la Declaración estadounidense para hablar de aquellos derechos «innatos e inalienables» como el de la alimentación, presente de diversas formas en numerosas Constituciones nacionales posteriores, como la de la India, que establece para todo ciudadano el «derecho a los medios adecuados de vida»¹⁹.

Como es sabido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fue un logro histórico muy trabajado en difíciles negociaciones, apenas terminada la Segunda Guerra Mundial, habiendo muerto uno de sus inspiradores, el presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt y en el que jugó un papel clave su esposa Eleanor, cuando se fraguaba ya el inicio de la Guerra Fría entre el poder angloamericano emergente y el bloque de países comunistas, así como el proceso de descolonización de muchas naciones del llamado Tercer Mundo. Pero era sólo parte de un proyecto más ambicioso que se proponía definir y catalogar los diferentes derechos humanos universales, las obligaciones que los Estados debían asumir y la forma de protegerlos mundialmente.

Luego de varias interrupciones y negociaciones, en 1966 las Naciones Unidas aprobaron otros dos documentos complementarios y vinculantes: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, acompañado por un *Protocolo Facultativo* que regula su cumplimiento, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, con una regulación a definir más adelante. Se acordó que ambos Pactos entrarían en vigor para todos los Estados parte, diez años después, en 1976.

A pesar de estos avances normativos, la prioridad en cuanto al desarrollo jurídico, por su propia naturaleza, la han tenido los derechos civiles y políticos; mientras que por su estrecha relación con los niveles de desarrollo socioeconómico, entre otros motivos, se ha hecho más difícil la precisión jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, que comprenden los derechos laborales, a la educación y a un nivel de vida adecuado incluida la alimentación, la salud, la vivienda y los servicios sociales necesarios. De hecho, aunque este Pacto ha sido firmado por 160 Estados, algunos mantienen reservas particulares o no lo han ratificado con el argumento de que, más que derechos, se trata de objetivos sociales a alcanzar y no deben ser obje-

¹⁹ SEN, A. (2002), *El Derecho a no Tener Hambre*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 7.

to de tratados vinculantes. Organismos internacionales como el FMI, BM y OMC tampoco lo reconocen como derecho²⁰.

En cuanto a la precisión de los alcances y límites de los derechos económicos y sociales, es importante el trabajo de la Comisión Internacional de Juristas junto con varias instituciones académicas, plasmado en los *Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC* de 1986, completados diez años más tarde en las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los DESC*²¹.

En lo institucional, se estableció en 1987 el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)* a fin de supervisar el cumplimiento del Pacto por los Estados parte, los cuales deben informar periódicamente sobre su aplicación y reciben a su vez observaciones y recomendaciones. A partir de la presidencia del jurista Philip Alston en 1991, el Comité alcanzó un renovado impulso en el reconocimiento de los derechos económicos y sociales²²; también en cuanto al derecho a la alimentación con la propuesta de «directrices voluntarias» adoptada por la FAO en la II Cumbre de 2004²³.

En diciembre de 2008, se aprobó finalmente el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que establece mecanismos de denuncia e investigación relativas a los derechos reconocidos en el Pacto. En la Asamblea General de septiembre de 2009, más de veinte países firmaron el Protocolo, lo cual establece su entrada en vigor.

Derecho a la alimentación y desarrollo económico

La principal norma internacional sobre el derecho a la alimentación está en el *artículo 11* del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966:

«1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia»²⁴.

²⁰ Ver CDESC, Doc. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008. núm. 24.

²¹ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC): «Principios de Limburgo / Directrices de Maastricht», Consejo Económico y Social de ONU. Doc. E/C.12/2000/13, octubre de 2000.

²² Ver ALSTON, P., «Importancia de la interacción entre los derechos económicos, sociales y culturales por una parte, y los derechos civiles y políticos, por otra», Naciones Unidas A/CONF.157/PC/66/Add.1, abril de 1993.

²³ ALSTON, P., «Directrices sobre el Derecho a la Alimentación. Documentos informativos y estudios de casos». FAO, Roma, 2006. También, FAO: *Right to Food in Action. Examples of How FAO Member Countries Make it Happen*, 2007.

²⁴ ONU: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Doc. A/RES/2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Parte I.

La segunda parte del artículo 11 del PIDESC se refiere de manera específica al derecho a no padecer hambre y a los dos aspectos claves del problema: la aplicación de ciencia y técnica para producir alimentos, por una parte, y por otra, la igualdad de acceso a los mismos según las necesidades, en el contexto indispensable de la cooperación internacional. Es decir, la capacidad física de producir alimentos (economía real) y la desigualdad generada por la mediatización de los mercados (economía monetaria):

«2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos (...). b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan»²⁵.

Según la reglamentación de esta norma, presentada por el Relator Especial J. Ziegler en 2001 en base a los trabajos de Asbjørn Eide²⁶, e incorporada por el Consejo DESC²⁷, los Estados tienen la obligación de «respetar, proteger y garantizar» el derecho a la alimentación y demás derechos económicos y sociales reconocidos en el Pacto. De acuerdo con las Directrices de Maastricht, respetar el acceso a la alimentación adecuada en cantidad y calidad significa para el Estado no adoptar ninguna medida que impida la adquisición física y económica de los alimentos por personas o grupos. «Proteger» requiere que el Estado adopte positivamente medidas para velar que las empresas o los particulares no impidan el acceso de ninguna persona o grupo a una alimentación adecuada. La obligación del Estado de «garantizar» el derecho a la alimentación cuando individuos o grupos no puedan acceder a ella requiere una política permanente de seguridad alimentaria, además de los casos especiales de estados de emergencia o catástrofes naturales²⁸. Las Directrices estipulan también las obligaciones de conducta y de resultado que los Estados deben cumplir para respetar, garantizar y ejecutar estos derechos. Avanza también en la regulación de las eventuales violaciones tanto por actos tanto de comi-

²⁵ *Ibid*, Parte II, 6-15.

²⁶ EIDE, A. (1989), «El derecho a una alimentación adecuada como derecho humano», Serie de estudios sobre los derechos humanos, núm. 1, NNUU, S.89. XIV.2.

²⁷ Comité DESC: Doc. E/CN.4/2001/53, párrafos 26-34.

²⁸ Ver, ONU, PIDESC: Doc. A/56/210, párrafos 27-29. Ver también VILLÁN DURÁN, C. (2001), «El derecho a la alimentación en el derecho internacional», en *In Agenda* ONU, núm. 4, pp. 57-94.

sión como de omisión²⁹. El problema para su efectiva realización, como se verá más adelante, radica en las limitaciones estructurales que tienen muchos Estados para su cabal cumplimiento.

Otro instrumento normativo de derecho internacional por parte de las Naciones Unidas, es la llamada *Observación General número 12*, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) del 5 de mayo de 1999, en el que se precisan los alcances jurídicos del artículo 11 del PIDESC. Allí se establece:

«El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente: –la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; –la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos» (Art. 8)³⁰.

En base a este artículo, el Relator Especial J. Ziegler define así el derecho a la alimentación, al que están obligados los Estados firmantes del Pacto: «El derecho a la alimentación es sobre todo el derecho a poder alimentarse con dignidad. El derecho a la alimentación comprende el derecho a acceder a los recursos y a los medios de asegurarse la propia subsistencia, incluida la tierra, la irrigación en pequeña escala y las semillas, el crédito, la tecnología y los mercados locales y regionales, en particular en zonas rurales y para los grupos vulnerables y discriminados, las zonas tradicionales de pesca; ingresos suficientes para vivir con dignidad, incluidos los trabajadores rurales e industriales, y el acceso a la seguridad social y a la asistencia social en el caso de los más desposeídos. El derecho a la alimentación comprende también el derecho al agua potable»³¹.

El problema obvio y recurrente es que los países que padecen los mayores índices de hambre y malnutrición son aquellos que carecen de los recursos para remediarlos. La *Observación 12* reconoce por ello el carácter progresivo de su obligación jurídica:

«La principal obligación es la de adoptar medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. Ello impone la obligación de avanzar lo más rápidamente posible para alcanzar ese objetivo» (Art.14)³².

²⁹ Directrices de Maastricht, Consejo Económico y Social de ONU: Doc. E/C.12/2000/13, octubre de 2000, núms. 6-7; 14-15

³⁰ Comité DESC, 20.º período de sesiones. Ginebra, mayo de 1999. Doc. HRI/GEN/1/Rev5.

³¹ CDESC: Doc. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008, núm. 18.

³² Comité DESC; 20º período de sesiones 1999, doc. cit.

Según las Directrices de Maastricht, su carácter progresivo «no cambia la naturaleza de su obligación legal» por parte del Estado para demostrar «logros cuantificables encaminados a la plena efectividad» de estos derechos. La interrelación entre desarrollo y derechos económicos y sociales implica que mayores niveles de desarrollo crean mejores condiciones para su cumplimiento y, a su vez, que la existencia de normas vinculantes promueve el desarrollo y lo encausa hacia la realización efectiva de estos derechos humanos³³.

En este sentido, Amartya Sen propone que el derecho a la alimentación sea considerado como un «metaderecho» en el sentido de que, aunque no pueda exigirse su cumplimiento positivo inmediato por parte de los Estados, éstos sí están obligados a realizar acciones positivas de políticas públicas encaminadas a hacerlo efectivo, lo cual se puede demandar. Añade que, por su alta carga política y moral, el derecho a no padecer hambre no es sólo obligación de los Estados sino de las instituciones públicas y privadas y, en general, de toda la sociedad³⁴.

Respecto a la capacidad de los Estados y de la economía física en particular para producir, conservar y distribuir alimentos, la norma del PIDESC de 1966 hace referencia a tres aspectos básicos que para esa fecha ya hacían viable la universalización del derecho a la alimentación: *a)* la aplicación de la ciencia y la tecnología a la agricultura, ganadería y pesca; *b)* los avances en materia de sanidad alimentaria y nutrición; *c)* las reformas agrarias y los cambios en la tenencia de las tierras y aguas, así como su más eficiente uso productivo.

La forma histórica que adquirió esta aplicación de la ciencia y la tecnología a la producción de alimentos fue la llamada Revolución Verde, que significó un enorme aumento de la productividad agrícola en todo el mundo sobre todo en las décadas de 1950 a 1970, particularmente en los países en desarrollo, y que permitió superar el propio crecimiento demográfico y el aumento de la demanda. Ello se debió al uso intensivo de maquinaria agrícola, semillas mejoradas, fertilizantes, control de plagas, abastecimiento controlado del agua y la humedad, tenencia de tierras y nuevas técnicas de gestión, entre otras aplicaciones tecnológicas.

Con el apoyo de organismos internacionales como la FAO y fundaciones privadas, los países en desarrollo, de manera especial en Asia e Iberoamérica, invirtieron en investigación aplicada y multiplicaron su producción agrícola por hectárea cultivada, comenzando con los principales cultivos de cereales (trigo, maíz, arroz), así como la cría intensiva de ganado y su mejoramiento genético, la silvicultura y la pesca.

Además de México, Filipinas y Sudán (que fueron importantes centros de investigación y difusión de la Revolución Verde, y luego se alejaron del modelo hasta padecer hoy la crisis alimentaria), se suelen

³³ Directrices de Maastricht, doc. cit., núm. 8.

³⁴ Ver SEN, A., *El Derecho a no Tener Hambre*. Op. cit., p. 9.

citar como ejemplos de revolución productiva los casos de la India, donde se cambió la situación de hambrunas periódicas al de autoabastecimiento alimentario, o de Indonesia, donde se pasó de importaciones masivas a ser uno de los principales exportadores de arroz. De forma lamentable, el África subsahariana fue una de las regiones del mundo menos favorecida por la revolución agrícola, con planes que no llegaron a aplicarse³⁵. Allí y en otras partes, las políticas neoliberales impuestas por la globalización de los años ochenta («la década perdida» para el desarrollo) fueron cerrando las posibilidades de realizar este proceso de revolución productiva, cuyos propósitos de autonomía alimentaria fueron abandonados por ser opuestos al libre mercado.

No se pueden obviar las críticas que desde los años ochenta se han hecho a la llamada «Revolución verde». Unas tienen que ver con los efectos a mediano plazo del uso intensivo de fertilizantes, pesticidas y sustancias agroquímicas, los daños para el medio ambiente y la salud, entre otros. Son riesgos reales que deben ser superados con regulaciones y más avanzada tecnología, como se hace en países desarrollados. Exagerar estos riesgos no tiene otro resultado que obstaculizar los programas de desarrollo agrícola efectivo en los países más pobres y aumentar su dependencia.

Pero muchas otras críticas (insumos externos, dependencia tecnológica, altos costes de semillas, desplazamiento de campesinos pobres, etc.) tienen que ver más con la cartelización y el control privado posterior sobre los mercados, que con la revolución agrícola en sí. Por ello, desacreditar los avances de la «Revolución verde» ha favorecido de hecho el abandono de la autonomía alimentaria en los países en desarrollo.

3. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO A NO PASAR HAMBRE: FACTORES ESTRUCTURALES

El hambre en el mundo no es, pues, algo inevitable. Como lo indica la revolución agrícola de los años 50 y 60, se ha demostrado como falso el principio de Malthus de que los alimentos crecen aritméticamente mientras que la población lo hace geométricamente. Más aún, organismos como PNUD y FAO estiman en forma reiterada que con los recursos técnicos productivos actuales, el mundo podría alimentar hasta 12.000 millones de personas, casi el doble de la población mundial actual³⁶.

³⁵ Ver EIR: *Peace through Development in Africa's Great Lakes Region*, Special Report, April 1997.

³⁶ Ver FAO: «Alimentar al Mundo, Erradicar el Hambre», WSFS 2009/INF/2, Roma, 2009. También, CDESC: Doc. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008, Resumen.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU también lo reconoce en el artículo 5 de la Observación 12 de 1999³⁷:

«Básicamente, las raíces del problema del hambre y la malnutrición no están en la falta de alimento sino en la falta de acceso a los alimentos disponibles, por parte de grandes segmentos de la población del mundo entre otras razones, a causa de la pobreza.»

Aunque hay problemas de recursos, ambientales y científico-técnicos en relación con la agricultura y la alimentación que deben ser resueltos en un modelo económico reorientado, la causa de que más de la sexta parte de la humanidad padezca hambre actualmente y otra parte se encuentre amenazada, no obedece a una falta de capacidad de la economía física mundial sino a lo que la normativa de 1966 de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación definía como la carencia de «una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades». Más aún, coexisten el consumismo, el despilfarro, la sobrealimentación y la obesidad en los sectores avanzados, al mismo tiempo que la escasez, la desnutrición permanente y la inanición, en otros sectores sociales y regiones geográficas.

El problema se plantea entonces en términos de justicia internacional, es decir, de voluntad política que haga valer la normativa y, por lo tanto, de ética y moral, no sólo para los dirigentes de los Estados e instituciones supranacionales sino para las corporaciones privadas y los ciudadanos en general. Pero su reclamo reiterado no basta: hay obstáculos estructurales generados sobre todo en el proceso histórico de globalización económica que obstaculizan su viabilidad. Su solución implica de forma simultánea un cambio en los principios económicos y políticos que rigen la actividad, así como en el paradigma cultural hasta ahora predominante.

Entre los factores estructurales agudizados en las últimas décadas que afectan el derecho al desarrollo de los sectores y países más pobres y, en particular, el derecho humano a la alimentación, señalamos los siguientes³⁸:

- a) la supremacía del capital financiero sobre la economía productiva;
- b) la cartelización transnacional de la producción y comercio de alimentos e insumos agrícolas;

³⁷ Comité DESC, 20.º período de sesiones, 1999: Doc. cit.

³⁸ Resumimos características críticas señaladas por varios economistas académicos, entre ellos: STIGLITZ, Joseph E. (2002), *El malestar en la globalización*. Madrid: Taurus. Caps. 8 y 9. KRUGMAN, Paul (2003), *Globalización de la Economía y Crisis Financieras*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Lección 4. SAMUELSON, Paul (2005), «The Market Has No Heart», *Portland Indymedia* 2005/10/11.

- c) la desregulación económica y el debilitamiento del Estado nacional;
- d) el «fundamentalismo de mercado» y la ideología de «crecimiento cero» como corrección política y el cambio de paradigma cultural que ha acompañado a la globalización económica neoliberal.

Se trata de factores interrelacionados que tienen en común su emergencia y consolidación en un breve período de tiempo, que marca los inicios de la globalización económica. Se identifica el final de los años 60 y comienzos de los 70 del pasado siglo como el período de viraje de la revolución agrícola, descolonización y grandes proyectos de desarrollo de los países del Tercer Mundo, hacia la limitación del crecimiento y nuevas formas de dependencia económica, acompañado por un cambio cultural caracterizado por la desconfianza en el progreso tecnológico y la aparición de la contracultura³⁹.

La desregulación del capital financiero se inicia con la ruptura en agosto de 1971 de los acuerdos de Bretton Woods que establecían la paridad entre el dólar y el oro, con lo que comienzan a circular sin control los llamados eurodólares y los valores financieros transnacionales; también se liberan las tasas de cambio y las monedas nacionales se convierten en objeto de especulación. El auge posterior de las bolsas de valores y la conversión en «commodities» de los productos agrícolas y los minerales, con ventas a futuro y demás artilugios de la ingeniería financiera, son parte del mismo proceso. Con la ruptura parcial en 2008 de la enorme burbuja especulativa global, se ha planteado de nuevo un acuerdo internacional para poner bajo control estas actividades, así como para eliminar los 42 «paraísos financieros» que apuntalan en todo el planeta este proceso especulativo irregular convertido en la mayor fuente de acumulación y de ganancia.

En 1973 se crea la Comisión Trilateral, que reúne a las principales empresas y corporaciones de Norteamérica, Europa y Japón, como un poderoso grupo privado de formulación de políticas, con propuestas de nuevas estrategias económicas a nivel global. Estrechamente conectado con éstas se destaca, por su claridad, el conocido memorándum de seguridad NSSM 200 o *Informe Kissinger* de 1974⁴⁰, desclasificado años después, el cual plantea como un problema para la seguridad nacional de Estados Unidos y sus intereses globales el crecimiento demográfico y económico de los «países menos desarrollados (PMD)», ya que las economías avanzadas «dependen cada vez más» de los recursos naturales no renovables ubicados en ellos. Además de propo-

³⁹ Ver, BELL, D. (1977), *Las Contradicciones Culturales del Capitalismo*. Madrid, Alianza Universidad. También, GARCÍA NEUMANN, J. (2008), *Neoconservadores y Choque de Civilizaciones*. Granada, Ed. Comares, cap. VIII.

⁴⁰ NSSM200: «Implications of Worldwide Population Growth for U.S. Security and Overseas Interests», 1974; http://nixon.archives.gov/virtuallibrary/documents/nssm/nssm_200.

ner «el crecimiento lento o cero de la población», el informe sugiere usar el arma de los alimentos para presionar a las naciones⁴¹.

El informe se elaboró en el contexto del embargo y crisis petrolera de octubre de 1973, y luego de una amplia difusión de estudios y pronósticos como *La bomba poblacional*⁴² (1968) y *Los límites al crecimiento*⁴³ (1972), acerca del agotamiento de los recursos naturales, la contaminación del medio ambiente y el crecimiento demográfico sobre todo de los países pobres, que llevaría antes del año 2000 a una grave crisis de alimentos. Los problemas medioambientales han sido utilizados desde entonces como argumento para frenar el desarrollo de los PMD. En 1977 fue nombrada una comisión dirigida por G. O. Barney que entregó finalmente al presidente Carter el *Informe Global 2000*⁴⁴ que ratificaba la necesidad de un drástico control poblacional global, contraponiendo el creciente desarrollo industrial a los recursos finitos del planeta y la biodiversidad.

Independientemente de la adopción efectiva o no de tales políticas, expertos como J. Stiglitz, quien fue vicepresidente del Banco Mundial, constatan un viraje en los años 70 y 80 en las políticas del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (cuyo nombre original era significativamente Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo), instituciones supranacionales creadas en Bretton Woods para la supervisión monetaria y el otorgamiento de créditos para el desarrollo. Ambas instituciones, en particular el FMI, derivó según el autor hacia un «fundamentalismo de mercado» por el que se paralizaron los proyectos de desarrollo para el Tercer Mundo y se impuso la ideología de que es el Estado el que funciona mal y es la desregularización de los mercados comercial y financiero la fórmula para lograr el desarrollo económico⁴⁵.

Al tiempo que los países en desarrollo contraían crecientes deudas, se disminuyó el financiamiento de proyectos de desarrollo de infraestructura asociada a la producción de alimentos (acueductos y embalses, transporte rural, generación de electricidad) y la producción de maquinaria e insumos agrícolas. Para solucionar los problemas de la deuda, el FMI se encargó de imponer programas de ajuste basados en medidas neoliberales conocidas como el *Consenso de Washington*

⁴¹ «¿Podrían considerarse los alimentos un instrumento de poder nacional? ¿Nos veremos forzados a elegir a quién razonablemente podemos ayudar, y en tal caso, deben ser los esfuerzos demográficos un criterio para dicha ayuda? ¿Están los EE.UU. preparados para aceptar el racionamiento de los alimentos para poder ayudar a los pueblos que no pueden o no quieren controlar el crecimiento de su población?» NSSM20, doc. cit., pp. 119-120.

⁴² EHRLICH, P. (1968), *The Population Bomb*, NY., Ballantines Book.

⁴³ MEADOWS, D. et al. (1972), *Los límites del crecimiento: Informe al Club de Roma sobre el Predicamento de la Humanidad*. México, Fondo de Cultura Económica.

⁴⁴ VV.AA. (2001), *The Global 2000 Report to the President of U.S.* N.Y., Pergamon Press.

⁴⁵ STIGLITZ, J., *op. cit.*, cap. 8.

(austeridad fiscal, privatizaciones, devaluación de las monedas, liberalización de los mercados, entre otras). Todo ello generó una espiral de endeudamientos, refinanciamientos y ajustes, en que numerosos Estados perdieron capacidad de liderar el desarrollo de sus ciudadanos en beneficio de los inversionistas globales, por presión directa de organismos públicos supranacionales (FMI, BM y OMC)⁴⁶. Más aún, se cambió e modeló «desarrollista» de sustitución de importaciones y desarrollo agrícola para ampliar el mercado interno, por «enclaves» globalizados de productos para la exportación aprovechando la «mano de obra barata», a fin de obtener divisas. «Incluso cuando Occidente no fue hipócrita –señala Stiglitz–, marcó una agenda de la globalización y se aseguró de acaparar una cuota desproporcionada de los beneficios a expensas del mundo subdesarrollado»⁴⁷.

Uno de los efectos de esta forma de globalización con mercados desregularizados ha sido la concentración del poder supranacional en medio de la selva económica, que deja de lado a los competidores que no se someten al poder del más fuerte. «Sólo hay una cosa peor que ser arrollado por las corporaciones transnacionales –señala U. Beck–: no ser arrollado por ellas»⁴⁸. Sobre el papel de los carteles dice J. Ziegler: «La Bolsa de Materias Primas Agrícolas de Chicago es la que, cada día laborable, fija los precios de los principales alimentos. Seis sociedades transcontinentales de agroalimentación y finanzas dominan esa Bolsa. Los precios que elaboran diariamente son, casi siempre, fruto de especulaciones»⁴⁹.

Para los efectos del derecho a la alimentación, además del control supranacional de los mercados de alimentos por parte de los grandes carteles cerealeros, de semillas y de fertilizantes, se debe considerar también el control de la tecnología ejercido a través de las patentes, como un abuso de los derechos de propiedad intelectual. No sólo están controlada la cadena de alimentos, desde los insumos para su producción hasta su mercadeo final, sino los medios para producirlos. Lo realizan los llamados «actores no estatales» de la escena internacional», contra los cuales «no disponemos de los mecanismos de control para prevenir las violaciones del derecho a la alimentación», como indica el Relator Especial Ziegler en su informe final al CDESC⁵⁰.

La FAO publicó un estudio en 2003 donde evaluaba, a partir de la experiencia de catorce países, el impacto de la liberalización del comercio agrícola y la política de la OMC sobre la seguridad alimen-

⁴⁶ Según testimonios posteriores, estas presiones al servicio de intereses privados no fueron sólo políticas sino que se utilizó la amenaza y el uso de la fuerza por parte de organismos de seguridad y defensa. Ver PERKINS, J. (2005), *Confesiones de un Gángster Económico*, Barcelona, Ed. Tendencias.

⁴⁷ STIGLITZ, J., *op. cit.* p.31.

⁴⁸ BECK, U. (2002): «El poder de la impotencia», en *Pánico en la Globalización*, FICA, Bogotá, p. 141.

⁴⁹ ZIEGLER, J., *Le Monde diplomatique*, 20 de noviembre de 2001.

⁵⁰ CDESC: Doc. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008. núm. 43-49.

taria. Según este estudio, las consecuencias de la liberalización en la agricultura y la alimentación habían sido un aumento considerable de alimentos importados, pocos cambios en el tipo y volumen de productos exportados y «un deterioro importante del nivel y calidad de vida de los sectores campesinos»⁵¹.

Una de las principales razones para este deterioro ha sido el empeño de los organismos globalizadores en que los países en desarrollo abandonasen sus políticas de soberanía y de seguridad alimentarias. Para no entorpecer el libre mercado, se tendió a eliminar aranceles a productos importados, subvenciones y otras formas de protección a los productores nacionales, precios de referencia, asesorías técnicas, stocks de alimentos para emergencias sociales y demás mecanismos de seguridad alimentaria, aunque las economías avanzadas mantuvieran siempre diversas formas de protección a su producción agrícola. Por otra parte, la reducción del papel del Estado en las economías en desarrollo a favor de las grandes corporaciones ha significado debilitar a las únicas instituciones garantes del bien común, en beneficio de los intereses privados cuyo fin es el máximo lucro con el mínimo coste.

Un axioma del fundamentalismo neoliberal es que el libre mercado es el más eficiente distribuidor de los recursos incluido el acceso a la alimentación, de manera que ante las evidentes inequidades, la respuesta formulada no es otra que liberalizar más y más, como lo han proclamado recientemente los carteles alimenticios en el foro de la FAO con el sector privado en Milán⁵². Con esto se aplaza la solución de problemas vitales a las promesas de un futuro donde la «mano invisible» del mercado automáticamente los resolverá. De este modo, las responsabilidades de los organismos públicos y los particulares ante problemas como el hambre, se diluyen con el pretexto ilusorio e impersonal de que el mercado terminará resolviendo los problemas. Siempre se puede responsabilizar del hambre al subdesarrollo y la pobreza; pero en un mundo más rico que nunca, el hambre es una flagrante violación de los derechos humanos.

La creciente debilidad de los Estados nacionales constituye entonces un importante factor estructural que incide directamente en la realización del derecho a la alimentación. «La globalización en su forma actual significa pérdida de poder de los Estados nacionales y ausencia de cualquier sustituto eficaz», dice Z. Bauman⁵³. Las decisiones estratégicas son tomadas por grupos y en eventos privados (Trilateral, Davos, Bilderberg) fuera de todo control ciudadano; los Estados se limitan a cumplir el papel de gestores. Esa debilidad para proteger a

⁵¹ Informe del Comité de Seguridad Alimentaria de la FAO presentado en el 29.^a periodo de sesiones. 12-14 de mayo de 2003.

⁵² Ver *supra*, nota 2.

⁵³ BAUMAN, Zygmunt (2002), «El desafío ético de la globalización», en *Pánico en la Globalización*, *op. cit.*, p. 50.

su población puede llevar a ciertas naciones a fracturas, inoperancia y disolución de las instituciones locales y a su conversión en Estados «fallidos», como está sucediendo en regiones del mundo.

Las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos y sociales presenta esto como un hecho: «En todas las regiones del mundo existe una tendencia a limitar la función del Estado, confiando en el mercado para solucionar los problemas del bienestar humano, (...) en el afán de atraer inversiones provenientes de empresas multinacionales que disponen de más riqueza y poder que muchos Estados. Ahora ya no se da por sentado que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales depende en gran medida de la acción del Estado. Sin embargo, conforme al derecho internacional, el Estado sigue siendo el responsable de asegurar la realización de dichos derechos»⁵⁴. No deja de ser un desiderátum que el Estado sea el responsable de las consecuencias de acciones o decisiones de poderes a menudo superiores que, siendo supranacionales, escapan a su jurisdicción. El desarrollo del derecho a la alimentación tiene ante sí la tarea de abarcar también las responsabilidades de estos grupos privados.

Pero en sociedades democráticas es precisamente a través del Estado como pueden contrarrestarse los diversos obstáculos estructurales al desarrollo y al derecho humano universal a la alimentación. La alternativa que presentan organismos como la FAO es un regreso a las políticas de *seguridad alimentaria* por parte de los Estados. La declaración final de la última Cumbre Mundial de noviembre de 2009 la define como garantizar que todas las personas tengan «acceso físico, social y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades». Y añade: «Los cuatro pilares de la seguridad alimentaria son la disponibilidad, el acceso, la utilización y la estabilidad»⁵⁵.

Sin embargo, esta concepción, al enfatizar la disponibilidad de alimentos más que la incapacidad estructural de los sectores pobres para producirlos y adquirirlos, incluye aceptar el papel rector del mercado y su control por parte de las grandes corporaciones privadas (principio dominante en el marco de las instituciones internacionales). Por el contrario, lo que se requiere –más en una situación de emergencia como la actual– es una acción decidida del Estado para garantizar la autosuficiencia alimentaria de su población, cambiando el modelo de producir alimentos competitivos para exportar, por el de promover y proteger la producción y consumo nacionales, y negociar sus requerimientos faltantes en forma directa con otros países productores, a todo lo cual se oponen los carteles y los organismos internacionales, sobre todo la OMC.

⁵⁴ Directrices de Maastricht, doc. cit., núm. 2. Ver también el Programa de Acción de Viena, 1993: Doc. A/CONF/157/23, núm. 1.

⁵⁵ FAO: Doc. WSFS 2009/INF/2, núm. 1.

Desde la Reunión Cumbre de la FAO en 1996 y en eventos internacionales posteriores⁵⁶, un número creciente de países en desarrollo, asociaciones campesinas y organizaciones civiles no gubernamentales defienden un retorno a las políticas de *soberanía alimentaria* como la mejor forma de garantizar la disponibilidad de alimentos y en particular el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre⁵⁷. En su núcleo racional, aparte de matices ideológicos, se entiende como soberanía alimentaria el derecho de cada nación a definir sus propias políticas y estrategias sostenibles de producción, distribución y consumo de alimentos que garanticen el derecho a la alimentación para toda la población. Esto significa en muchos casos medidas de protección a su agricultura, acceso a créditos y a tierras, apoyo gubernamental a la producción familiar y comunal y a los diversos modos de producción campesina de cada país. Aunque no todos lo proponen, se requiere también en los países pobres del fortalecimiento de los Estados para recuperar el impulso y los proyectos agroindustriales de la «revolución agrícola». «Durante las próximas décadas –afirma J. Diouf– será necesario un esfuerzo internacional sin precedentes para alimentar a una población mundial que pasará de seis a nueve mil millones de personas. Podemos denominarla una segunda Revolución Verde»⁵⁸.

Epílogo

Todos los seres humanos tienen el derecho a vivir dignamente sin padecer hambre. El fundamento de este derecho, como lo expresa en forma clara la normativa internacional, es la dignidad inherente a la persona humana como principio innato e inalienable. Su violación cotidiana y creciente en vastas zonas del mundo no lo hace menos, sino más exigente. ¿Por qué no existe entonces la voluntad política de los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad en general para exigirlo y cumplirlo? ¿Por qué no es asumido en las decisiones económicas, comerciales, políticas y jurídicas de los agentes públicos y privados?

Comenzando la segunda década del siglo XXI, como hemos señalado antes, aunque existen recursos suficientes, mil millones de personas están en proceso de malnutrición y muerte por hambre y mil millones más están amenazadas, en una suerte de holocausto gigantesco y silencioso para el cual no existe aún un Tribunal de Nuremberg.

⁵⁶ Ver Declaración de los Movimientos Sociales/ONG/OSC, Foro Paralelo a la Cumbre Mundial de la Seguridad Alimentaria. Roma, noviembre 13-17 de 2009. *Rev. Derecho a la alimentación*, núm. 22, diciembre de 2009.

⁵⁷ Ver, CDESC: Doc. A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008, núm. 71-75. También, VV.AA. (2008): *Introducción a la Crisis Alimentaria Global*. Barcelona, Grain-Entrepueblos, pp. 6-15; 47-54.

⁵⁸ DIOUF, J., «Director general de la FAO pide una “Revolución Verde”», *Europa Press*, Madrid, 14 de septiembre de 2006.

Para que esto sea así, en medio de la indolencia general, existe sin duda –a nuestro juicio– algún tipo de incoherencia básica en la doctrina y la práctica económica predominantes, en la concepción y ejecución de lo político y la organización jurídica de las sociedades, y en el mundo de la actividad cultural y de la opinión pública, desde el ámbito académico y científico hasta la cultura de masas. Esto se relaciona, en el campo del pensamiento social y filosófico, con lo que se ha denominado (Habermas, entre otros)⁵⁹ como «agotamiento» o fracaso de la modernidad, que no ha logrado cumplir su promesa de progreso universal ni sus ideales de libertad, igualdad y fraternidad para todos.

Este aspecto –que mencionamos pero no podremos desarrollar aquí por las características y límites de este artículo–⁶⁰ implica la necesidad de un cambio en los axiomas conceptuales y éticos relacionados con lo que es la persona y la sociedad humana, y el coste moral y económico que significa que una tercera parte de la población mundial padezca pobreza y hambre. Además de la revisión conceptual, metateórica e incluso epistemológica de lo que es la economía (racional en los medios, irracional en sus fines)⁶¹ y de las ciencias sociales y políticas en general (¿quién domina el mundo y por qué?), se requiere un cambio de paradigma cultural para superar lo que Stiglitz –refiriéndose a un campo específico– ha caracterizado como la «internalización» de la globalización y los requerimientos de «un cambio no sólo de las estructuras institucionales sino del propio esquema mental» a fin de lograr una «justicia social global»⁶². Los avances normativos en el derecho a la alimentación son un importante logro para hacer justiciable este derecho; se necesita también generar su viabilidad, identificando y soslayando los obstáculos estructurales para que se convierta en realidad.

Fecha de recepción: 29/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

⁵⁹ Ver HABERMAS, J. (1988), «La modernidad, un proyecto inacabado», en *Ensayos políticos*. Barcelona, Península. También: HABERMAS, J. y otros (1991), *Habermas y la Modernidad*, Ediciones Cátedra. Madrid, 1991. GARCÍA NEUMANN, J. (2008): *Neoconservadores y Choque de Civilizaciones*. Granada, Ed. Comares, cap. VII.

⁶⁰ Ver GARCÍA NEUMANN, J. (2009), «Crisis global y cambios de paradigma. El papel de la filosofía ante la crisis mundial». Comunicación, VII Jornadas de Diálogo Filosófico. Salamanca.

⁶¹ Ver HINKELAMMERT, F. J (2009), *Hacia una Economía para la Vida*. Bogotá, Compromiso. Caps.11 y 16. También: SEN, A. (1989), *Sobre ética y economía*. Madrid, Ed. Alianza. LARA CORTÉS, C. (2001), «Moral de mercado versus seguridad alimentaria: una aproximación desde la ética del bien común». *Revista Economía Crítica y Desarrollo*. Santiago de Chile.

⁶² STIGLITZ, J., *op. cit.*, pp. 85-87.

Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos ¹

TOMMASO GRECO

Università di Pisa

RESUMEN

Una vuelta al lenguaje de los deberes parece extremadamente necesaria. Los deberes son el correlato de los derechos desde una perspectiva jurídica pero son expresión de una lógica alternativa a la de los derechos desde un punto de vista antropológico; son la base para una mejor garantía de los derechos de todos, pero representan también la vía más adecuada para establecer y mantener las relaciones sociales.

Palabras clave: *Deber, derechos, vínculos sociales.*

ABSTRACT

It seems extremely necessary to resume the language of duties. Duties are correlative to rights according to a juridic perspective, but from an anthropological point of view they are the expression of a logic that is alternative to the logic of rights. They are the base for a better guarantee of everybody's rights, and also the most appropriate way to establish and maintain social relation.

Key words: *Duty, rights, social links.*

¹ Traducción de Emilia Bea del original en italiano, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, en MATTARELLI, S. (coord.), *Doveri. Il senso della Repubblica*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 15-30.

SUMARIO: 1. UNA ACLARACIÓN INICIAL IMPRESCINDIBLE.—2. ANTROPOLOGÍAS A DEBATE, CONTRASTE ENTRE ANTROPOLOGÍAS.—3. EL INDIVIDUO, LOS DERECHOS, EL ESTADO: LA AMBIVALENCIA DEL SUJETO JURÍDICO.—4. POR LOS DEBERES.

1. UNA ACLARACIÓN INICIAL IMPRESCINDIBLE

Nada resulta más urgente que una recuperación del lenguaje de los deberes.

Tal afirmación puede parecer excesiva en un periodo histórico en que la humanidad está amenazada por males tan serios; pero precisamente la proponemos desde la convicción de que muchos de los males presentes tienen alguna relación con una superficial y omnipresente «cultura de los derechos», que parece la única apta para tener carta de ciudadanía en el debate público (político y científico), en cuyo contexto «hablar mal» de los derechos es considerado, no sólo como un peligroso pecado moral, sino también como un grave error teórico.

En las páginas que siguen se sostendrá que aquello de lo que tenemos necesidad es de (re)comenzar a hablar (y actuar) «por deberes» y no «por derechos», porque sólo de este modo es posible salvaguardar al menos un mínimo de aquella dimensión social que todo individuo necesita para poder vivir una vida decente.

No se trata, naturalmente, de «hablar mal» de los derechos. Se trata, ante todo, de resaltar el nexo que tienen los derechos con la existencia de los deberes, y, por tanto, de recordar el tributo de honor que el lenguaje y la lógica de los derechos deben rendir al lenguaje y a la lógica de los deberes si se quiere evitar caer en una auténtica perversión de esa lógica y de la realidad. «Antes la obligación que la devoción», se dice en el lenguaje corriente, aludiendo a la necesidad de cumplir con las propias obligaciones antes de dedicarse a las aficiones. Lo que aquí pretendemos decir es: «antes el deber que los derechos», no sólo en el sentido de que no es imaginable un sistema de derechos subjetivos (positivos o naturales, indiferentemente) fuera del contexto de un sistema de obligaciones y deberes que los sujetos asuman recíprocamente o ante la autoridad pública llamada a garantizar (en última instancia) los derechos de cada uno; sino también, y sobre todo, en el sentido de que sólo una sociedad que insista en la prioridad del deber puede crear las condiciones para el respeto de los derechos de todos. Parece la cosa más banal del mundo, y lo es; pero nada es a veces más urgente que redescubrir banalidades que se han ido perdiendo.

De todos modos, hay que reconocer que de un tiempo a esta parte se ha vuelto a hablar de los deberes, generalmente para subrayar la

insuficiencia de un discurso público centrado exclusivamente en la reivindicación y la garantía de derechos subjetivos². Los derechos, se dice, han demostrado sobradamente su incapacidad para dar respuestas eficaces y seguras a las exigencias públicas y privadas de los individuos.

Entre las declaraciones pronunciadas en esta dirección –quizá por provenir de un no académico y estar escritas en estilo no académico, o quizá por proceder de un sujeto que siempre atrae la atención de la prensa italiana–, tuvieron un eco particular las que Bruno Arpaia escribió en 2007 en su opúsculo *Per una sinistra reazionaria*. Arpaia, de forma provocativa, no sólo propuso a la cultura de la izquierda la necesidad de una vuelta al lenguaje de los deberes, analizando las razones por las que tal lenguaje ha sido olvidado por completo³, sino que además lo hizo a través de un discurso articulado, ligando los deberes, por un lado, a la noción de «límite», y por otro lado, a la de «comunidad». Se trata del modo más apropiado de reproponer el razonamiento sobre los deberes, porque se refiere directamente al terreno antropológico, que más que cualquier otro permite abarcar todas sus implicaciones y garantizar todos sus desarrollos. Y se trata de una perspectiva que demuestra su validez sobre todo si se confronta con otra aproximación, que quiere moverse en la misma dirección y que parece pertenecer a muchos de los que hoy se reclaman de los deberes; la razón más urgente para volver a apelar a los deberes, dicen, reside en la necesidad de detener la difusa ilegalidad de los comportamientos. Con su habitual lucidez, y con la argucia que caracteriza a sus intervenciones, Michele Serra, por ejemplo, declaraba recientemente que de ahora en adelante votará «por aquella tendencia política que pronuncie más a menudo la palabra “deberes”»⁴. La declaración de Serra, provocada por el ascenso político de Sarkozy en Francia, está en línea con una tendencia que parece abrirse paso en la conciencia común: la idea de que una vuelta al lenguaje y a la práctica de los deberes resulta urgente sobre todo (si no exclusivamente) en aras de una defensa de la legalidad y de la seguridad contra la ilegalidad y la

² Me limito a señalar los siguientes ensayos e intervenciones que, desde su diversa procedencia disciplinar e ideológica, insisten en la necesidad de reproponer el lenguaje de los deberes: CHIODI, G. M., *Precedenza dei doveri sui diritti umani, che peraltro è meglio definire diritti fondamentali*, en *Id.*, *Europa. Universalità e pluralismo delle culture*, con un texto introductorio de C. Bonvecchio, Giappichelli, Torino 2002, pp.141-158; GRECO, T., *Dai diritti al dovere: tra Mazzini e Calogero*, en CASADEI, T. (coord.), *Republicanesimo, Democrazia, Socialismo delle libertà. «Incroci» per una rinnovata cultura politica*, FrancoAngeli, Milano 2005, pp. 137-150; MATTARELLI, S., *Dialogo sui doveri. Il pensiero di Giuseppe Mazzini*, Marsilio, Venezia 2005; PALOMBELLA, G., *Dei diritti e del loro rapporto ai doveri e ai fini comuni*, en POMARICI, U. (coord.), *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2006; FONTANA, S., *Per una politica dei doveri dopo il fallimento della stagione dei diritti*, Cantagalli, Siena 2006; CALABRÒ, G. P. -HELZEL, P. B., *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Giappichelli, Torino 2007.

³ ARPAIA, B., *Per una sinistra reazionaria*, Guanda, Parma 2007.

⁴ En su sección habitual *L'amaca* en «La Repubblica», 8 de mayo de 2007.

inseguridad reinantes. Se trata de una aproximación legítima, obviamente, que tiene ante todo el mérito de llamar la atención sobre un tema crucial. Sin embargo, ligar el discurso de los deberes exclusivamente al de la legalidad y la seguridad, no sólo corre el riesgo de recluirlo dentro de un recinto demasiado estrecho, sino de acabar por perpetuar una actitud distorsionada en la cultura política habitual (en Italia), ya sea por la escasa familiaridad que muestra tener con el tema de la legalidad, ya sea porque, cuando se habla de legalidad y seguridad, entran en juego tics mentales consolidados e imágenes tan difíciles de evitar que acaban fatalmente por invertir también la figura del deber, agravando su descrédito y su desolador infortunio.

2. ANTROPOLOGÍAS A DEBATE, CONTRASTE ENTRE ANTROPOLOGÍAS

Las necesarias indagaciones analíticas sobre las relaciones entre derechos y deberes⁵ pueden ser provechosamente precedidas por un discurso más general (y quizá, por la naturaleza de las cosas, genérico), relativo a la dimensión antropológica. En este contexto, en vez de una relación entre términos correlativos, los derechos (el lenguaje, el discurso de los derechos) y los deberes (el lenguaje, el discurso de los deberes) dan vida a un juego de líneas cuya dirección difiere, cuando no está absolutamente desviada. Por tanto, es principalmente en este plano en el que hay que buscar las razones que militan a favor de una «rehabilitación de los deberes».

Se trata de una aproximación que puede darse por descontado, pero al mismo tiempo resultar eficaz: por descontado, porque parte del punto en que debería situarse el principio de todo discurso que tenga algo que ver con el hombre y con los hombres; eficaz, porque permite captar inmediatamente el dato esencial puesto de manifiesto por todos aquellos que han tomado partido por la causa de los deberes. Sintetizando al máximo, se puede decir que los deberes insisten en los vínculos que unen a los seres humanos, mientras los derechos originan más bien la separación. Por consiguiente, la cuestión principal no atañe tanto al contenido de los derechos y de los deberes, sino más bien al movimiento que producen: los derechos aíslan al individuo, lo recluyen en una esfera «privada», e incluso lo enfrentan a los otros hombres; los deberes, en cambio, le obligan a salir de sí mismo, llevándolo inmediatamente hacia el otro.

Es evidente que un discurso de este tipo no tiene nada que ver con la estructura de los derechos y de los deberes, y en particular con la estructura de sus relaciones. Y ello por la simple razón de que si fuera

⁵ Cfr. MILAZZO, Lorenzo, *Diritto, dovere, potere o dei «fantasmi giuridici»* en MATTARELLI, S. (coord.), *Doveri. Il senso della Repubblica*, cit. pp. 31-55.

verdad que la existencia de los derechos implica siempre la existencia de deberes correlativos –a falta de los cuales resultaría difícil postular la existencia de derechos en sentido pleno, esto es jurídico–, no tendría ningún sentido oponer derechos y deberes: igual que hay derechos que «alejan» a sus titulares, hay (debería haber) siempre deberes que al mismo tiempo los «acercan». El discurso al que nos referimos atañe sobre todo a los opuestos «imaginarios», generados respectivamente por los derechos y por los deberes; es decir, a la dirección que imprimen en el mundo en que se sitúan. Aquí sí resulta posible oponer dos visiones diversas, porque diversos son los paisajes que se pueden dibujar según nos movamos por derechos o por deberes⁶. Por tanto, no es en absoluto indiferente –como pretenden quienes, como Bobbio⁷, se detienen en la tesis de la correlatividad– el hecho de partir de unos o de otros.

La convicción de que la conciencia de tener deberes parte del postulado de la sociabilidad humana y que el cumplimiento de los deberes lleva al hombre hacia los otros hombres, y refuerza, por tanto, los vínculos sociales, es una convicción que recorre el pensamiento de todos aquellos que han insistido en la prioridad (axiológica⁸, si no lógica) de los deberes respecto a los derechos. Giuseppe Mazzini, por citar el ejemplo más clásico, afirma que, asumiendo los derechos como fundamento de la sociedad, se opta por «la alternativa de una lucha perenne», se descuida «el hecho principal de la naturaleza humana, la *sociabilidad*», y se consagra «el egoísmo en el alma»⁹. Para el autor que tuvo el coraje de abordar *Dei doveri dell'uomo* –el cual, quizá precisamente por esto, ha sido marginado de la moda neo-republicana, más atenta al lenguaje de los derechos¹⁰– sólo el ejercicio de los deberes permite crear un vínculo originario entre los hombres que no dependa –hobbesianamente– de la fuerza de cada uno. El derecho remite a la *individualidad* mientras el deber implica *asociación*: este es el *leitmotiv* de la misión mazziniana, repetida en todos

⁶ Sobre este aspecto insiste también FONTANA, *Per una politica dei doveri*, cit., p. 42.

⁷ Cfr. BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. XIX: «L'affermazione di un diritto implica l'affermazione di un dovere e viceversa. Se poi l'affermazione di un diritto preceda temporalmente quella del dovere o avvenga il contrario, è un puro accadimento storico, una questione di fatto [...] Che si cominci dagli obblighi degli uni o dai diritti degli altri è, rispetto alla sostanza del problema, assolutamente indifferente» (*El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid 1991).

⁸ La prioridad axiológica del deber es destacada por John Finnis: «quando si tratta di spiegare le esigenze della giustizia, cosa che facciamo riferendoci ai bisogni del bene comune nei suoi vari livelli, allora troviamo che esiste una ragione per ritenere che i concetti di dovere, obbligo, o esigenza posseggano un ruolo esplicativo e strategico superiore del concetto di diritti» (*Legge naturale e diritti naturali*, a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino 1996, p. 227).

⁹ MAZZINI, G., *Interessi e principii*, en GALASSO, G. (coord.), *Antologia degli scritti politici di Giuseppe Mazzini*, Il Mulino, Bologna 1961, p. 82.

¹⁰ Son una particular excepción los trabajos de Maurizio Viroli, de quien hay que referirse al menos a *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari 1999.

sus escritos. «Estamos todos vinculados unos a otros»¹¹, éste es el motivo que funda la doctrina del deber¹².

Aunque la cuestión de los derechos como paradigma del individualismo (y del egoísmo) es un fenómeno relativamente reciente –habiendo sido desarrollada preferentemente a partir del fin del siglo XVIII y sobre todo en el siglo XIX, es decir, en la época del individualismo triunfante¹³–, el tratamiento del tema de los deberes, en conexión con el de la sociabilidad, viene de antiguo; en coherencia, por otra parte, con una concepción del hombre que ciertamente no tomaba en consideración la figura de un individuo autosuficiente y autónomo, ya plenamente constituido en sujeto independientemente de su pertenencia a la comunidad¹⁴. La idea aristotélica del hombre como «animal social» implica necesariamente una precisa consideración de los deberes impuestos por las múltiples relaciones en que el individuo está naturalmente inscrito. Sólo la existencia de una espesa trama de relaciones, alimentada y basada en un continuo y multiforme intercambio de beneficios, podría conducir a sostener que la amistad es el fundamento de la ciudad por encima de la justicia¹⁵, es decir, que, previamente al derecho y a sus rígidos compartimentos y preceptos, hay que tener en cuenta un nivel de sociabilidad, que ya de por sí constituye la *polis*, y que se mantiene gracias al cumplimiento espontáneo de los deberes derivados precisamente de estas relaciones. Del mismo modo, todo el planteamiento del *De officiis* ciceroniano se fundamenta en la existencia del «instinto natural» que «mediante la fuerza de la razón une al hombre a los otros hombres», creando «una correlación que se manifiesta en el lenguaje y en la sociabilidad»¹⁶. Son los distintos grados de la sociabilidad humana, de hecho, los que fijan en cada momento sus deberes correlativos; y no es casual que Cicerón se haya detenido

¹¹ MAZZINI, G., *Pensieri sulla democrazia in Europa*, Salvo Mastellone (coord.), Feltrinelli, Milano 1997, p. 95.

¹² Para una presentación tan ágil como sistemática de la doctrina mazziniana de los deberes, veáse MATTARELLI, *Dialogo sui doveri*, cit.

¹³ Es célebre la invectiva de Marx, que puede decirse que ha establecido el argumento clásico de la crítica a la concepción individualista de los derechos: «i cosiddetti diritti dell'uomo, i droits de l'homme, come distinti dai droits du citoyen non sono altro che i diritti del membro della società civile, cioè dell'uomo egoista, dell'uomo separato dall'uomo e dalla comunità [...] Il diritto dell'uomo alla libertà, si basa non sul legame dell'uomo con l'uomo, ma piuttosto sull'isolamento dell'uomo dall'uomo. Esso è il diritto a tale isolamento, il diritto dell'individuo limitato, limitato a se stesso» (*Sulla questione ebraica*, en MARX, K.-ENGELS, F., *Opere*, vol. III. 1843-1844, Editori Riuniti, Roma 1976, p. 176).

¹⁴ Cuando se habla de «individuo», se debe tener presente la distinción, puesta de manifiesto por Louis Dumont, entre el individuo «soggetto empirico», tal y como se puede encontrar en todas las sociedades, y el individuo como «essere morale», esto es «independente, autonomo e pertanto (essenzialmente) non sociale, quale lo si incontra anzitutto nella nostra ideologia moderna dell'uomo e della società» (DUMONT, L., *Saggi sull'individualismo*, Adelphi, Milano 1993, p. 88).

¹⁵ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1155 a, 20-30.

¹⁶ CICERÓN, M.T., *De officiis*, I, 12.

a considerar el «vínculo originado por los beneficios dados y recibidos por ambas partes», los cuales «ligan a dos personas con sólida amistad»¹⁷.

Este punto, común a toda la tratadística antigua, merece un breve desarrollo. El minucioso análisis de las formas y de las reglas que rigen el intercambio de dones y beneficios reenvía, en efecto, a un aspecto típico de las sociedades tradicionales, puesto en evidencia por los clásicos de la antropología cultural. Los estudios de Malinowski y de Mauss, relativos al sistema de la reciprocidad en el intercambio de dones, han puesto de manifiesto que tal intercambio no está ligado a los deseos arbitrarios y pasajeros de los individuos, sino que funciona en base a precisas obligaciones de dar, recibir y corresponder. Estas obligaciones dan vida a aquello que Mauss denominó el «sistema de las prestaciones totales», un sistema en el que no se intercambian sólo bienes y riquezas útiles económicamente, sino toda una serie de «prestaciones» que implican las relaciones sociales en su complejidad¹⁸.

Lo que cabe subrayar, a este respecto, es que no estamos ante un descubrimiento de antropología social, que pueda servir todo lo más para comprender el funcionamiento de las sociedades tradicionales (aquellas que en otro tiempo se denominaban «salvajes»). Nos referimos, por el contrario, a un mecanismo esencial en todo actuar social y comunitario. Los escritores anti-utilitaristas, que han tenido muy en cuenta las enseñanzas de Mauss, han insistido precisamente en la existencia (o persistencia) de una red de circulación de bienes y servicios –la red de la sociabilidad– esencial en cuanto a las garantías del mercado o de la economía pública: «en esta tercera red –escribe, por ejemplo, Alain Caillé– los bienes son puestos al servicio de la creación y de la consolidación del vínculo social, y lo que mayor importancia tiene, no es el valor de uso o el valor de intercambio, sino lo que se podría denominar valor del vínculo»¹⁹.

El error (explícito o implícito), típico del pensamiento individualista moderno, consiste en haber ocultado deliberadamente tal dimensión, absolutizando la validez de la explicación utilitarista del comportamiento social y remitiendo, por tanto, a una antropología conflictualista, que ha tenido la finalidad (y en gran parte el efecto) de «inmunizar» progresivamente las relaciones sociales²⁰. Inmunizar en

¹⁷ *Ivi*, I, 56.

¹⁸ Cfr. MAUSS, M., *Saggio sul dono*, en *Íd.*, *Teoria generale della magia e altri saggi*, Einaudi, Torino 2000, p. 153 ss. Véase también MALINOWSKI, B., *Diritto e costume nella società primitiva*, Newton Compton, Roma 1972.

¹⁹ CAILLÉ, A., *Il terzo paradigma. Antropologia filosofica del dono*, Bollati Boringhieri, Torino 1998, p. 9. De la ya extensa literatura sobre el tema, destacamos las contribuciones de J.T. Godbout, y ante todo *Lo spirito del dono*, con la colaboración de A. Caillé, Bollati Boringhieri, Torino 2002.

²⁰ Sobre este aspecto del individualismo ha insistido sobre todo Pietro Barcellona: cfr., entre sus múltiples trabajos, *L'individualismo proprietario*, Bollati Boringhieri, Torino 1987, y *Il ritorno del legame sociale*, Bollati Boringhieri, Torino 1990.

el sentido, puesto de manifiesto por Roberto Esposito en sus importantes trabajos²¹, de eludir el *munus*, aquel deber (don, encargo) que constituye propiamente la esencia de la *communitas*

Según la interpretación de Esposito, que se apoya tanto en una relectura de los clásicos como en precisas indagaciones etimológicas, los miembros de la comunidad no están ligados por una común pertenencia o por algo que posean en común; el significado originario de la palabra *communitas* –totalmente olvidado en los debates contemporáneos sobre la temática comunitaria– alude a «un conjunto de personas unidas, no por una «propiedad», sino, precisamente, por un deber o por una deuda». Tal deber determina que los sujetos de la comunidad «no sean enteramente dueños de sí mismos», ya que les expropia «de su propiedad más propia –esto es de su misma subjetividad»–²². Y justamente de este destino –de esta «desapropiación» que impulsa a salir de uno mismo– quiere huir el individuo moderno, el sujeto por excelencia, aquel que se proclama libre e igual «por naturaleza» ya antes de tomar en consideración sus vínculos con los otros hombres. «Los individuos modernos –escribe Esposito– se convierten verdaderamente en tales –y con ello perfectamente en individuos, individuos “absolutos”, rodeados por unos límites que los aíslan y los protegen– sólo si están liberados de la “deuda” que los mantiene unidos. Si están exentos, exonerados, dispensados de aquel contacto que amenaza su identidad exponiéndolos [...] al contagio de la relación»²³.

Un panorama, por tanto, totalmente diferente a aquel otro fundado en la relación necesaria entre los sujetos²⁴; un panorama nuevo, que

Para una reconstrucción de los principales temas presentes en la reflexión de este autor, puede consultarse GRECO, T., «Modernità, diritto e legame sociale», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, núm. 2, pp. 517-541.

²¹ Cfr. ESPOSITO, R., *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino 1998, y Íd., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino 2002, dos trabajos fundamentales para la filosofía política y jurídica contemporánea, seguidos (y completados) por los más recientes *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino 2004, y *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, Torino 2007.

²² ESPOSITO, *Communitas*, cit., pp. xv-xvi.

²³ *Ivi*, p. xxiv.

²⁴ La oposición entre las dos antropologías puede tomar la forma de la oposición entre el *mito del deudor* y el *mito del acreedor*. Volviendo a las indagaciones de Kolakowski sobre el mito, Barcellona ha escrito que «il mito del creditore corrisponde alla cultura dei diritti e dell'illimitato desiderio», y lo hacen suyo aquellos «che pensano di aver solo crediti e nessun dovere verso gli altri»; mientras «il mito del debitore è il mito che istituisce il rapporto fra le generazioni e riconosce il debito verso il passato e la responsabilità verso il futuro» (*Excursus sulla modernità. Aporie e prospettive*, c.u.e.c.m., Catania 1999, pp. 173-174). Un intento de elaborar un concepto de «dovere fondamentale» a partir de una antropología del «debito» (entendido como «debito della morte» que une a todos los hombres), se encuentra en D'AGOSTINO, F., *I doveri dell'uomo*, en Íd., *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2006, p. 267 ss. Según D'Agostino, existe un deber jurídico fundamental, y es el de la *coesistenza* (*ivi*, p. 272).

fue magistralmente descrito²⁵ por Dostoievski en un pasaje de *Los hermanos Karamazov*:

«Todos, hoy en día, no aspiran más que a separar su personalidad del resto y gozar individualmente de la vida en plenitud. A pesar de todo, los esfuerzos humanos no sólo no alcanzan sus fines, sino que van directamente al suicidio por que, en lugar de afirmar plenamente su personalidad, los hombres terminan en la soledad más absoluta. En nuestro siglo, cada hombre es una unidad, cada quien se mete en su cueva, se aleja del resto, oculta con él sus riquezas, se aparta de sus semejantes y, a la vez, los aparta de sí. Él sólo acumula fortunas, se vanagloria por su poder, por su riqueza y como un insensato, no sabe que cuántas más riquezas junta, más hundido está en una impotencia fatídica. Porque se acostumbró a contar sólo consigo mismo y se ha desprendido de sus semejantes; se habituó a desconfiar de la solidaridad, de su prójimo y de la humanidad y la sola idea de perder su riqueza y los privilegios que ella le da lo hace temblar. En este momento, el espíritu humano no alcanza a ver, y es ridículo, que lo único que garantiza la seguridad de un individuo es la solidaridad y no su esfuerzo personal solitario.»

Tal panorama se debe considerar como el fruto de un lento proceso de liberación del individuo respecto a los vínculos y a la pertenencia que determinaban tradicionalmente su persona y su destino y fijaban también sus deberes. El individuo-sujeto *empírico*, que «durante mucho tiempo se ha autenticado en relación a los otros y a través de la manifestación de su relación con ellos»²⁶ ha llegado a ser el individuo sujeto *moral*. Ahora bien, ¿qué vínculo es posible establecer entre este nuevo panorama humano y social, del que se pueden aislar los elementos principales a través de la filosofía política moderna²⁷, y el ascenso de una cultura de los derechos? ¿Qué relación puede establecerse entre esta construcción del sujeto individual y su representación como «sujeto de derechos»?

3. EL INDIVIDUO, LOS DERECHOS, EL ESTADO: LA AMBIVALENCIA DEL SUJETO JURÍDICO

Un análisis sumario, tanto de la historia del pensamiento jurídico y político como de la historia institucional, no deja lugar a dudas: no sólo existe una relación estrechísima entre la construcción del individuo y su representación como «sujeto de derechos», sino que se puede

²⁵ DOSTOIEVSKI, M. F., *Los hermanos Karamazov*, VI, 2, d, Longseller, Buenos Aires 2004, pp. 418-419.

²⁶ FOUCAULT, M., *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*, Feltrinelli, Milano 2005, p. 54.

²⁷ Cfr. ESPOSITO, R., *Communitas*, cit. PULCINI, E., *L'individuo senza passioni. Individualismo moderno e perdita del legame sociale*, Bollati Boringhieri, Torino 2001.

llegar a decir que la construcción del sujeto individual ha sido posible *in quanto* se ha pensado al individuo como sujeto de derechos. La historia del individualismo moderno coincide, de hecho, con la historia de la afirmación de los derechos subjetivos²⁸.

A tal efecto, basta con detenerse brevemente en el momento paradigmático de la afirmación del individualismo, representado por lo mejor de la filosofía política de Thomas Hobbes. Aquí, el individuo natural se caracteriza exclusivamente por ser «sujeto de necesidades», un «sujeto humano referido reductivamente a su vertiente económico-pulsional»²⁹, y, por tanto, despojado radicalmente de toda su caracterización social. El hombre hobbesiano es un individuo contrapuesto a todos los otros por su necesidad de autoconservación y, al mismo tiempo, titular de un derecho absoluto e inalienable a tal autoconservación. Similar a una «molécula de gas que flota en un recipiente», es «libre de ir a donde quiera», aunque ocasionalmente su trayectoria pueda cruzarse con la de otro. En esta situación, «ningún átomo ayuda a otro átomo o se aparta para dejarle paso: no tendría sentido. Son un conjunto de unidades desconectadas»³⁰. El *right of nature* es, de hecho, para Hobbes «la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida, y, por consiguiente, de hacer toda aquello que su juicio y razón conciba como el medio más apto para ello»³¹. De la absolutización de este derecho nace aquella «guerra de todos contra todos» que parece constituir tanto la imagen como el destino ineluctables de las modernas sociedades capitalistas. Llegamos así al punto decisivo: sólo un proceso mediado por el derecho –y por el Leviatán, que se convierte en creador y garante del derecho– permitirá a los individuos establecer relaciones pacíficas.

La grandeza y la importancia de Hobbes radican en haber construido magistralmente, no sólo el modelo del absolutismo político, sino también el modelo del absolutismo individualista, centrado en la figura de un sujeto que sólo entra en relación con los demás mediante un contrato y que, por ello, sólo se deja condicionar por los otros individuos en la medida en que él mismo consiente. Es decir, por lo que respecta a nuestro tema, se siente en relación positiva con los otros sólo porque, y en la

²⁸ Como ha escrito Giuseppe Duso, «i diritti hanno una base individualistica in quanto non solo riguardano il singolo individuo, ma sembrano, nella loro genesi, essere le determinazioni stesse che accompagnano il concetto di individuo nella nuova funzione che viene ad assumere per pensare la società e il legame sociale» («Crisi della sovranità: crisi dei diritti?», en *Diritto e politica nell'età dei diritti*, coord. CARRINO, A., GUIDA, Napoli 2004, p. 105).

²⁹ COSTA., P., *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. I. Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, Milano 1974, p. 116.

³⁰ WOLGAST, E.H., *La grammatica della giustizia*, prefacio de P. Barcellona, Editori Riuniti, Roma 1991, p. 12.

³¹ Hobbes, T., *Leviatán*, cap. XIV.

medida en que, tiene necesidad de afirmar los propios derechos, garantizándoles eficacia a través de la mediación jurídica.

A pesar de sus múltiples variantes, tal modelo permanecerá constante en la tradición iusnaturalista, la cual se centrará siempre en un sujeto que, gracias al derecho (objetivo) y a los derechos (subjetivos), establece barreras estrictas entre sí mismo y los demás; cuanto más garantizados estén sus derechos, más reconocidas estarán estas barreras *ab origine* por todos los sujetos implicados y/o más serán consecuencias obligatorias del orden jurídico positivo.

Si esto es así, no resulta paradójico que el límite extremo de la historia de tal modelo se encuentre en el ideal revolucionario de la *fraternité*, en el que la creación del vínculo social viene fijada como objetivo prioritario de la *République*. Es como si se afirmara que, en una sociedad construida sobre los derechos, se puede –o mejor, se hace necesario– repensar la relación, precisamente en el momento –y *porque*– ya no se puede poner en cuestión la separación originaria entre los sujetos individuales. La idea de un *derecho fraterno*, que hoy es prestigiosamente repropuesta³², puede surgir sólo cuando se ha dejado atrás, de forma definitiva, el horizonte aristotélico de la amistad: la conjugación de la «relación» en los términos del «derecho» ha de entenderse como un homenaje que rinde un modelo social ideal, fundado sobre la *fraternidad* entre sujetos separados, al modelo ideal opuesto (y ahora superado), en el que la amistad y el vínculo precedían al derecho y hasta prescindían de él.

Pero si el individuo es tal en cuanto sujeto de derechos, hay que entender de modo correcto la relación que viene a instaurar con el Sujeto jurídico por excelencia: el Estado. En la afirmación de que el individuo es «sujeto de derechos» frecuentemente se pone en evidencia y se exalta el lado positivo –la consecución de la plena *subjetividad* política y jurídica, en virtud del reconocimiento de derechos civiles, políticos y sociales– mientras se infravalora el lado negativo –aquel que conduce al individuo a ser sujeto, en el sentido de *sumisión* a un poder que está implicado desde el principio en el esquema vertical de la protección jurídica–. No hay derechos del sujeto si no hay un poder que los formalice, garantice y tutele, haciéndolos efectivos. Como sabía bien Simone Weil, que quizá más que cualquier otro autor vio y denunció claramente el nexo entre derecho y poder, tras el derecho sólo puede estar la fuerza, de otro modo toda reivindicación sería ridícula³³. Estamos habituados a pensar que los derechos están contra el Estado, y que precisamente para defenderse del Estado han sido

³² Cfr. RESTA, E., *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2002.

³³ «La noción de derecho está vinculada a la de reparto, intercambio, cantidad. Tiene algo de comercial. Evoca por sí misma el proceso, el alegato. El derecho sólo se sostiene mediante un tono de reivindicación; y cuando se adopta ese tono, es que la fuerza no está lejos, detrás de él, para confirmarlo, o sin eso es ridículo» (WEIL, S., «La persona y lo sagrado», *Escritos de Londres y últimas cartas*, Trotta, Madrid 2000, p. 26).

«inventados», y debemos adquirir el hábito de pensar que nacen en el interior de un dispositivo en el que Estado y derechos corren paralelos para implicarse y confirmarse recíprocamente³⁴.

Por todo ello, lo que Norberto Bobbio ha llamado «revolución copernicana», refiriéndose al «paso del código de los deberes al código de los derechos»³⁵, no puede definirse sólo –simplemente– como un camino de «liberación» de la autoridad, en el que finalmente la relación política habría sido transformada en favor del ciudadano; esta revolución ha tenido también el efecto de confirmar –o más bien reforzar– la línea «vertical», que va del superior al inferior (y viceversa), dejando al Estado como referencia exclusiva de la ineludible propensión social de los individuos. Como observó Tocqueville a propósito de la dinámica desencadenada por la «igualdad de condiciones»³⁶, la construcción del individuo democrático produce la imagen y la realidad de un poder unitario, ubicuo y omnipotente, al que los ciudadanos pueden dirigirse siempre: «las necesidades y sobre todo los deseos» –podemos decir hoy: los derechos y la continua demanda de derechos– llevan continuamente al individuo «hacia el Estado, que acaba por ser considerado como el único y necesario sostén de la debilidad individual»³⁷. Un mecanismo defectuoso, en base al cual se afirman derechos para defenderse del poder, pero se tiene necesidad del poder para hacer efectivos los derechos; una espiral sin fin en la que es posible que los derechos se queden en papel mojado, generando rabia y frustración³⁸, mientras los poderes reclamados hacen notar cada vez más su presencia axfisiante.

4. POR LOS DEBERES

Precisamente la necesidad de interrumpir este mecanismo perverso puede proporcionar un argumento fuerte para volver a proponer el

³⁴ «Logica dei diritti individuali e logica della sovranità si sono reciprocamente rafforzate –mentre si combattevano– per tutti i secoli XIX e XX» (GALLI, C., *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 80).

³⁵ BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. 55-56.

³⁶ Cfr. TOCQUEVILLE, A. de, *La democrazia en América*, III.IV.2.

³⁷ *Ivi*, III.IV.3; tr. it. coord. CANDELORO, G., Rizzoli, Milano 1992, p. 712.

³⁸ Sobre el hecho de que la proliferación de los derechos acabe por sobrecargar la estructura del Estado hasta correr el riesgo de que entre en crisis, incidiendo así en el alcance de la obligación jurídica y política, cfr. RIPEPE, E., *La questione della crisi del diritto e dello Stato come messa in questione dell'obbligazione giuridica e dell'obbligazione politica*, en *Id.*, *Riforma della Costituzione o assalto alla Costituzione? (e altre riflessioni in pubblico)*, Padova, Cedam, 2000, p. 118 s. Conviene quizá recordar, a este propósito, las palabras de Alessandro Manzoni, quien pensaba que la ley, en cuanto que no puede crear un deber «senza far nascere un corrispondente diritto», sólo debe pronunciarse «quando abbia una quasi certezza di farsi obbedire» (*Osservazioni sulla morale cattolica*, II, 5; en *Tutte le opere*, vol. II, coord. M. Martelli, Sansoni, Firenze 1993, p. 1495 s).

lenguaje de los deberes y, al mismo tiempo, propiciar la ocasión para explicar, de una vez por todas, que la llamada a retomarlo y a practicarlo cotidianamente no debe sonar en absoluto a una nueva propuesta del modelo político del *ancien régime*, en el que el súbdito tendría exclusivamente deberes hacia el soberano; al contrario, quiere alejarse de aquella línea que une al individuo con el Estado y lo vincula a sus categorías y a su poder —es más: lo reduce a su lógica— para afirmar en cambio el valor «horizontal» de la práctica de los deberes.

Se trata de imprimir un giro de noventa grados a la dirección de nuestra mirada. La urgencia de volver a pensar (y a actuar) «por deberes», y no «por derechos», radica nuevamente en la necesidad de reactivar la comunicación y los lazos entre los individuos, reavivando un imaginario que tiene un fundamento real en la ineludible naturaleza social del hombre. Habría que desarrollar un verdadero y preciso trabajo de «reeducación»³⁹, cuyo objetivo debería ser enseñar a «leer» las situaciones que requieren el cumplimiento de un deber: «como en un trozo de pan se lee algo para comer, y se come —dice Simone Weil—, así en un determinado conjunto de circunstancias se lee una obligación; y se cumple»⁴⁰. El deber, en suma, debería ser el centro de un «nuevo mecanismo de conservación y producción de aquel grado de sociabilidad, de reciprocidad, de solidaridad, por debajo del cual una sociedad no “convive”»⁴¹.

Es evidente que un discurso de este tipo presupone una opción de fondo a favor de las relaciones, e incluso a favor de una tendencial estabilidad de las relaciones mismas⁴²; una opción que la actual socie-

³⁹ Usando el término «reeducación» se quiere expresar con fuerza la necesidad de mirar críticamente los procesos educativos en curso en todos los niveles de la sociedad en que vivimos. Si los jóvenes son adoctrinados desde la educación elemental sobre los «derechos del niño», si en el discurso público sólo lo que viene declarado en términos de derechos atrae la atención, y si no estamos en condiciones de construir ningún discurso sobre la justicia que no haga referencia a los derechos, quiere decir esto que tenemos necesidad urgente de activar procesos (de reeducación, precisamente) que den un vuelco al punto de vista en que estamos continuamente clavados. «Siamo talmente irretiti da questo linguaggio [dei diritti] —ha escrito E. Wolgast— che persino di fronte alle sue bizzarre conseguenze ce lo teniamo stretto e consideriamo i problemi che fa sorgere come fossero l'esigenza di nuovi diritti» (*La grammatica della giustizia*, cit., p. 33).

⁴⁰ WEIL, S., *Quaderni*, vol. II, Adelphi, Milano 1985, p. 182.

⁴¹ REVELLI, M., *Le due destre. Le derive politiche del postfordismo*, Bollati Boringhieri, Torino 1996, p. 213.

⁴² Escoger las relaciones, en este sentido, quiere decir optar por la puesta en valor de una esfera común que no se agota en la dimensión pública institucional, sino que «si struttura nella prassi delle relazioni interpersonali» (BARCELLONA, P., *Politica e passioni. Proposte per un dibattito*, Bollati Boringhieri, Torino 1997, p. 78). Quiere decir buscar una «socialità del sociale» que se contrapona tanto a la «asocialità del mercato» como a la «socialità astratta» del Estado: sobre esta temática ha insistido Marco Revelli en sus trabajos, entre los cuales destaca *Oltre il Novecento. La politica, le ideologie e le insidie del lavoro*, Einaudi, Torino 2001.

dad occidental, invasiva y profundamente contractualista, no parece querer tomar.

Sin lugar a dudas, una opción por las relaciones no puede no implicar una opción por los deberes (y no por los derechos). Hagamos un pequeño ejercicio, banal pero esperamos que clarificador. Imaginemos que nos encontramos en una situación tan frecuente y común como estar en una cola ante la caja de un supermercado. Detrás de nosotros una mujer encinta, o un anciano, o simplemente un cliente cualquiera con pocos productos espera su turno. Podemos (¡tenemos derecho!) a hacer como si nada, e incluso a ni siquiera mirar a nuestro alrededor; o podemos, mirando alrededor –*dirigiendo nuestra mirada hacia los otros*– sentir el deber de ceder nuestro puesto y dejar pasar a quien está detrás. Al hacerlo, tenderemos una mano, estableceremos una relación, imprimiremos confianza en el sistema social⁴³. Siguiendo a Simone Weil, leeremos una obligación en las circunstancias en que nos encontramos y la cumpliremos. Sobre todo, cumpliremos con un deber sin que ningún sujeto posea derechos sobre nosotros. Imaginemos, por el contrario, que la caja en la que hacemos cola es una caja especial que *da derecho* a las mujeres encinta (o a los ancianos o a las personas que han comprado pocos productos) para pasar antes que el resto de clientes. En cuanto el titular de este derecho se ponga delante (ejerciendo una pretensión legítima) lo más normal es que tome el lugar que le corresponde sin comunicarse con nadie. Pero es también probable que deba hacer valer su derecho ante los otros teniendo que enfrentarse a ellos: y en este caso, confirmando el hecho de que imponer un derecho allá donde antes sólo había espacio para el deber, equivale a interrumpir la comunicación y estimular la exigencia (y, por tanto, tendencialmente el enfrentamiento)⁴⁴.

Se dirá naturalmente que la creación de los derechos pretende resolver de raíz el problema de la incertidumbre en el cumplimiento de los deberes. ¿Quién garantizará que aquel que está sujeto a un deber lo cumplirá efectivamente? Es correcto pensar que no hay otro medio para alcanzar la certeza que transformando el deber indefinido en

⁴³ El tema de la confianza merecería un desarrollo ulterior, ante todo por las implicaciones que podría tener en materia de diálogo intercultural. De momento, nos conformamos con afirmar que una cultura de los deberes haría más activo el diálogo con «otras» culturas que todavía no llegan a articular y a apropiarse del lenguaje occidental de los derechos. Sobre este tema, puede verse el trabajo de PASTORE, B., *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Carocci, Roma 2007.

⁴⁴ Sobre el hecho de que los procesos de institucionalización de las respuestas a las necesidades disminuyen la necesidad de la relación, cfr. WOLGAST, *La grammatica della giustizia*, cit., p. 89 s. Más en general, este argumento es utilizado por aquellos que ven en las prestaciones del Estado social –en cuanto que máxima expresión de la burocratización de la solidaridad– una forma de superación de las relaciones basadas en el don. Cfr. ad es. IGNATIEFF, M., *I bisogni degli altri*, Il Mulino, Bologna 1986, p. 13 s, y especialmente BARCELONA, P., *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della «ragione funzionalista»*, Bollati Boringhieri, Torino 1994.

obligación jurídica y creando así la posición equivalente, es decir, el derecho de la otra parte. Ahora bien, aceptar tal respuesta supone rechazar totalmente el reto que la «reeducación en valores» podría plantear a la cultura dominante, y lo que es aún más grave, se trata de una respuesta que, por ser tan concluyente, acaba siendo forzada y engañosa. Forzada, en la medida en que querría extender a todo tipo de relaciones sociales una lógica que puede (y debe) funcionar sólo en una parte de ellas: dado que la esfera de las necesidades humanas supera siempre la esfera de lo que es «juridificable»⁴⁵, habría que tener suficiente lucidez como para poder llegar a ver que la lógica de los derechos, aplicada a determinadas relaciones, produce auténticos *diritti sbagliati*⁴⁶. Y engañosa, porque oculta la dimensión normativa –generada por la naturaleza de las cosas y reforzada por la aprobación social– que subsiste en toda situación y que, por desuso, hemos llegado a ser incapaces de reconocer. En tiempos de Cicerón, como escribió en el *De officiis*, todos detestaban a las personas que omitían el cumplimiento de su deber disuadiendo a otros de hacer el bien (II, 63), pues se temía que llegara a desencadenarse un mecanismo al que, sin embargo, estamos totalmente acostumbrados en las sociedades contemporáneas: «¿por qué debo hacer yo lo que ningún otro siente el deber de hacer?». Pero si rige esta lógica, ¿cómo es posible pensar seriamente en la existencia de derechos que no pueden ser exigidos por nadie, como el derecho al ambiente, el derecho a la seguridad, el derecho a la paz, el derecho de las generaciones futuras? ¿No se trata claramente de figuras que sólo pueden ser expresadas con el lenguaje de los deberes?

Bastaría con reflexionar sobre las propias necesidades cotidianas para darse cuenta de lo oportuno que sería tomar en serio las reflexiones de quienes proponen una *ética del cuidado*, como es el caso, en particular, de algunas autoras americanas. Joan Tronto, por ejemplo, cuyo importante trabajo *Moral Boundaries* ha sido traducido recientemente al italiano⁴⁷, ha denunciado la marginación en el debate político y jurídico de todo lo referido al «tener cuidado» de los otros. Las diversas fases del cuidado que ella analiza –el «interesarse por», el «tener cuidado de», el «prestar atención» y el «recibir cuidado»–

⁴⁵ Sobre este aspecto, véase el sugerente trabajo de Ignatieff citado en la nota anterior.

⁴⁶ Así se expresa E. Wolgast a propósito de todas aquellas relaciones –médico/paciente, padres/hijos, madre/feto– en las que existe una enorme disparidad de condiciones entre el titular de los derechos y aquel que debería estar obligado en sus relaciones. Según esta autora, «il principale difetto del modello [fondato sui diritti] è di ignorare la varietà dei rapporti con cui le persone si assumono la responsabilità e la cura di altre, i rapporti familiari, professionali, o semplicemente di benevolenza», y ello por su tendencia «ad assimilare tutti i rapporti a quelli tra persone indipendenti, libere e con interessi personali» (*La grammatica della giustizia*, cit., p. 47; pero véase todo el cap. 2).

⁴⁷ Cfr. TRONTO, J., *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, a cura di A. Facchi, Diabasis, Reggio Emilia 2006.

representan una articulación precisa de aquel compromiso responsable que todos debemos asumir respecto a los otros⁴⁸.

Evidentemente, estamos pisando un terreno que se sitúa más allá del razonamiento jurídico, y lo precede. Tratándose, como ha escrito Giuseppe Duso, de reconocer la «*relevancia del otro para la construcción de uno mismo*», nos enfrentamos a «un modo de pensar que es radicalmente diferente al de los derechos [...] Aquí el concepto de *deber* no es simplemente el correlato de la afirmación del derecho, sino que comporta precisamente la originalidad de la relación entre los hombres en vez de la abstracción de la autonomía individual»⁴⁹.

Pero incluso permaneciendo en el plano jurídico, sería irreal pensar que la garantía efectiva de los derechos puede depender siempre de la acción del Estado. Aunque es cierto que, en el plano formal, un derecho subjetivo «es un derecho en sentido jurídico» cuando es «un derecho al comportamiento de otro, es decir, al comportamiento al que el otro está jurídicamente obligado»⁵⁰, y aunque también es cierto que el deber jurídico es «el deber del sujeto de “obedecer” a la norma jurídica» bajo amenaza de sanción⁵¹, no por ello hemos de creer que el cumplimiento de la obligación que vuelve concreto un derecho puede estar vinculado exclusivamente al mecanismo de la coerción. Como han puesto de relieve los fundadores de la sociología del derecho, y como bien saben todos los juristas, la eficacia del ordenamiento jurídico depende ante todo del cumplimiento espontáneo de los propios deberes por parte de los asociados, en ausencia de los cuales ningún ordenamiento podría sobrevivir. «Todos los hombres –escribía Eugen Ehrlich– están integrados en innumerables relaciones jurídicas de las que derivan los deberes que, con escasas excepciones, cumplen de modo absolutamente espontáneo: cumplen los propios deberes de padre e hijo, de marido y mujer, no molestan al vecino en el disfrute de su propiedad, pagan las propias deudas, entregan lo que han vendido y ejecutan los servicios a que se han comprometido»⁵². En conclusión, garantizamos los derechos de los demás al cumplir nuestras obligaciones, mientras los otros también cumplen sus obligaciones y garantizan nuestros derechos. Sólo así se puede salir de una lógica que «hace que todo individuo gire sobre sí mismo», como ha escrito Fran-

⁴⁸ Hay que subrayar el hecho de que en el discurso de Tronto resulta central la crítica «all'idea che gli individui siano interamente autonomi e autosufficienti» (p. 153). También hay que destacar que Tronto prefiera hablar de «responsabilità» que de obligación, ya que le parece un concepto más sociológico y antropológico que el de deber, y sobre todo porque «si inserisce in un insieme di pratiche culturali implicite, piuttosto che in un insieme di regole formali o in una serie di promesse» (pp. 150-151). Precisamente estas razones hacen evidente que se trata de un concepto que coincide totalmente con el significado (indefinido) que se atribuye al deber en este ensayo.

⁴⁹ Duso, *Crisi della sovranità: crisi dei diritti?*, cit., p. 108.

⁵⁰ KELSEN, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano 1984, p. 75.

⁵¹ *Ivi*, p. 59.

⁵² EHRlich, E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano 1976, p. 27.

co Cassano. Desde su punto de vista, «una sociedad sólo de derechos es una sociedad de teléfonos que suenan en el vacío, ya que quien debería responder tiene siempre algo mejor que hacer»⁵³, aunque sería bueno que empezáramos a descolgar el auricular, al menos para que otros lo hagan cuando seamos nosotros los que llamemos.

Por lo demás, son cosas que todos conocemos perfectamente, y que quizá simplemente deberíamos recordar más a menudo. En efecto, nadie piensa, y menos aún desea, que para poder disfrutar de sus derechos deba tener siempre a un policía al lado. Es mucho más simple, y seguramente más tranquilizador, pensar que son los otros los que deben garantizar efectivamente nuestros derechos, y que somos nosotros quienes debemos garantizar los de los demás. Para todos los derechos vale lo que decía la *Declaración de derechos y deberes del hombre y del ciudadano* de 1795 a propósito de la seguridad: el deber cumplido por todos garantiza los derechos de cada uno. Una perspectiva que sin embargo sólo puede ser realizada si creemos verdaderamente que hay que dar la vuelta del revés al inicio de un famoso trabajo destinado a defender el carácter absoluto de los derechos: si Nozick podía afirmar decididamente que «los individuos tienen derechos»⁵⁴ —expresando de esta forma la verdadera norma fundamental de nuestros ordenamientos jurídicos y sociales—, deberíamos empezar a sostener con convicción que ante todo «los individuos tienen deberes».

Fecha de recepción: 30/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

⁵³ CASSANO, F., *Oltre il nulla. Studio su Giacomo Leopardi*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 23.

⁵⁴ NOZICK, R., *Anarchia, Stato e utopia*, Il Saggiatore, Milano 2000, p. 17.

Globalización y multiculturalidad en Amartya Sen

LUIS ISERTE SORIANO

RESUMEN

Los movimientos «antiglobalización» vienen expresando su descontento general con manifestaciones por todo el mundo, Sen, ve en ello la existencia de un hondo sentido de identidad global y de preocupación por la ética global. En realidad estos grupos no se oponen a la globalización sino que sus críticas se centran en los acuerdos desiguales e injustos que afectan a los desamparados, buscan una mejor distribución de las oportunidades en un orden global que urge ser revisado. Basar las estrategias de erradicación de la pobreza en motivaciones políticas, en lugar de hacerlo en motivaciones de tipo moral conlleva riesgos. La pobreza global es tan terrible, está tan extendida, que merece atención prioritaria, debiendo ser abordada desde su misma esencia. Por su parte, Amartya Sen muestra su preocupación por la obstinación de muchas sociedades no occidentales en creer que sus propios ideales de vida deben ser profundamente hostiles a todo lo que Occidente representa, y es que esta «autopercepción reactiva» puede traer consigo un incremento del fundamentalismo y de la violencia.

Palabras clave: Sen, globalización, pobreza, identidad, Occidente, África.

ABSTRACT

The «antiglobalization» movement has been expressing its global discontent through numerous demonstrations around the world. Sen has seen in this the evidence of a strong sense of global identity and concern about global ethics. In fact, these groups do not operate against Globalization, but their arguments focus mainly on unequal and unfair arrangements which affect helpless; they are looking for a better distribution of the opportunities in a

global organization which urges to be modified. Basing strategies of poverty eradication on political principles, in lieu of on moral standards carries important risks with it. Global poverty is horrifying and it is vastly extended, this is why it should be a priority to tackle this problem from its heart. On the other hand, On the other hand, Sen worries about the actual obstinacy from many non-Western societies in thinking their own ideals of life should deny all the West represents, because this «reactive self-perfection» can bring with it an increase in fundamentalism and violence.

Key words: Sen, globalization, poverty, identity, West, Africa.

I. GLOBALIZACIÓN Y «ANTIGLOBALIZACIÓN»

Entiende Sen el fenómeno de la Globalización en Sentido positivo. Le preocupa el logro de una mayor justicia y solidaridad entre todas las personas del planeta. Y ve en la globalización un buen instrumento para este cometido.

Sen es consciente de las críticas que este fenómeno ha suscitado. También de las manifestaciones populares que ha provocado en diversas ciudades del mundo desde Seattle hasta Edimburgo pasando por Madrid, Génova o Melbourne. Y es desde ahí desde donde Sen quiere partir, para de este modo fundamentar las bonanzas de este fenómeno y de paso formular diversas aclaraciones que el debate le ha suscitado.

I.I Los movimientos antiglobalización y el Sentido de identidad global

A día de hoy sabemos que hay una parte del mundo que tiene un dominio sobre los recursos nunca antes imaginado, que está tecnológicamente muy avanzada, donde su gente está bien nutrida y hay un gran dominio del conocimiento... La otra parte del mundo, sin embargo, pasa hambre y sufre penurias y carencias de todo tipo. Basados en este hecho, en esta desigualdad de oportunidades según el lugar de nacimiento, los movimientos antiglobalización muestran su escepticismo sobre la capacidad de la globalización para atender los intereses de los desamparados. Se muestran frustrados porque mantienen que las relaciones globales son sobre todo de antagonismo y de enfrentamiento, más que de apoyo mutuo. Por tanto ellos buscan rescatar al desamparado del castigo de la globalización. Incluso se ha llegado a ver en estas desigualdades el fracaso de las expectativas de una identidad global como elemento de fuerza moral. Sen, al contrario, ve precisamente en ese descontento general que expresan los movimientos

de protesta la prueba de la existencia de un Sentido de identidad global y de preocupación por la ética global¹. Si no fuera así ¿por qué tantas personas están preocupadas por el estado del mundo y discuten tan apasionadamente la búsqueda de un mejor trato para los desfavorecidos? Así pues, el término «antiglobalización» no describe correctamente la naturaleza de este descontento. Pues es éste un descontento sin fronteras, un fenómeno global que se da tanto en el propio tema que les preocupa como en el interés y participación que genera en todo el mundo².

En consecuencia, es un Sentido de identidad extensiva lo que subyace en estas preocupaciones que van más allá de las fronteras de la nacionalidad, la cultura o la religión. Es la idea de una pertenencia inclusiva lo que hace que tantas personas se rebelen contra una injusticia que divide la población del mundo³. Y es que «la crítica antiglobalización tal vez sea en la actualidad el movimiento moral más globalizado del mundo»⁴.

¹ A este término se refiere CORTINA, Adela, en *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, y explica que: «Ante retos universales no cabe sino la respuesta de una actitud ética universalista, que tiene por horizonte para la toma de decisiones el bien universal, aunque sea preciso construirlo desde el bien local». Y añade que: «Bregar por una *globalización ética*, por la mundialización de la solidaridad y la justicia, es la única forma de convertir lo que Jesús Conill ha llamado una «Jungla Global» en una comunidad humana, en la que quepan todas las personas y todas las culturas humanizadoras». P. 261.

A este respecto, Benedicto XVI, considera que la globalización es una realidad humana y su verdad como proceso socioeconómico y su criterio ético fundamental vienen dados por la unidad de la familia humana y su crecimiento en el bien. Así pues esta postura del Papa, estaría en la línea manifestada por Sen por la cual la crítica negativa generalizada hacia la globalización, tal y como se está entendiendo hoy en día, esconde precisamente la prueba de la existencia de una ética común a todos, que sería aquella que debería regir los designios de este proceso en que consiste la globalización. Benedicto XVI, propone «esforzarse incesantemente para favorecer una *orientación cultural personalista y comunitaria, abierta a la trascendencia, del proceso de integración planetaria*». Benedicto XVI, Carta Encíclica *Caritas in Veritate*, Ed. Vaticana, Roma, 29 de junio de 2009. Cap. III. Epígrafe 42.

² SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, trad. Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen, Buenos Aires, Katz Editores, 2007. Pp. 165-166 y 168.

³ Véase la Carta del Papa Benedicto XVI a la canciller de la República Federal Alemana (RFA), Ángela Merkel, al asumir ésta la presidencia de turno de la Unión Europea (UE) y del G8 (aquella se prolonga por seis meses y esta por un año. Ambas dieron comienzo el 1 de enero de 2007), en ella ya advierte el Papa que la Santa Sede, de hace tiempo, estima tarea irrenunciable de todos los gobiernos ayudar a la erradicación de la pobreza de los países más pobres, puesto que: «Se da más bien un grave e incondicional deber moral, basado en la pertenencia común a la familia humana, así como en la común dignidad y destino de los países pobres y ricos, que en el proceso de globalización se desarrollan de una manera cada vez más íntimamente ligada». Vaticano, 16 de diciembre de 2006 (publicada el 23 de abril de 2007).

⁴ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 169.

I.II Diversos significados de la globalización

La globalización es un término muy amplio⁵. De hecho su rechazo total sería contrario no sólo al comercio internacional sino que «eliminaría también los movimientos de ideas, la comprensión y el conocimiento que pueden ayudar a todas las personas del mundo, incluidos los miembros más desfavorecidos de la población mundial». Por tanto, necesitamos separar las distintas cuestiones que se fusionan en esta idea cuando uno se declara en contra de la globalización. Así, por ejemplo, la globalización del conocimiento merece la mayor aprobación, por muy loable que sea también el «conocimiento local»⁶.

En esta línea que marca Sen se encuentra también la idea de globalización que nos mostró Juan Pablo II y, actualmente, Benedicto XVI. Es decir, la globalización cristianamente entendida se aleja absolutamente del determinismo, es un movimiento que no puede deSentenderse de una serie de criterios que la valore y la guíe. De este modo, cada uno de nosotros deberíamos ser sus protagonistas, no las víctimas, procediendo razonablemente, y guiados por la caridad y la verdad. Benedicto XVI, especifica que «oponerse ciegamente a la globalización sería una actitud errónea, preconcebida, que acabaría por ignorar un proceso que tiene también aspectos positivos, con el riesgo de perder una gran ocasión para aprovechar las múltiples oportunidades de desarrollo que ofrece». Y es que «el proceso de globalización, adecuadamente entendido y gestionado, ofrece la posibilidad de una gran redistribución de la riqueza a escala planetaria como nunca se había visto antes»⁷.

Asimismo, vemos un elemento «antioccidental» en algunos grupos del movimiento antiglobalización. Sen ante ello argumenta que la globalización ni es nueva, ni es necesariamente occidental. «Durante miles de años la globalización contribuyó al progreso del mundo a través de los viajes, el comercio, las migraciones, la difusión de las influencias culturales y la diseminación del conocimiento y la comprensión, incluidos los de la ciencia y la tecnología (...). Y a veces los agentes activos de la globalización estuvieron muy lejos de Occidente». En torno al año 1000 d.C., en China era común el uso del reloj, la brújula magnética, el papel, la imprenta, la ballesta, la pólvora, la carretilla, el puente colgante... Alta tecnología desconocida en otros lugares y la globalización la extendió al resto del mundo, incluida Europa. Así pues, resistirse a la globalización de

⁵ Sobre ello, CORTINA, Adela, *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, cit., pp. 259-260.

⁶ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 169-170.

⁷ BENEDICTO XVI, Carta Encíclica *Caritas in Veritate*, cit., cap. III, epígrafe 42.

ideas y de prácticas porque suponen la «occidentalización» socava el avance de la ciencia y del conocimiento a través de las fronteras, implica «una manera de «autoboicot» de las sociedades no occidentales»⁸. Y es que todos se pueden beneficiar con los procesos de intercambio intelectual. Equiparar este fenómeno, explica Sen, con el imperialismo o con el colonialismo europeo sería un grave error, y tan costoso como lo habría sido si Europa hubiera rechazado la influencia oriental sobre la ciencia y la matemática a comienzos del último milenio⁹.

Efectivamente, antiguamente la pobreza dominaba el mundo. Las vidas eran casi uniformemente «desagradables, brutales y cortas», expresaba Hobbes en el *Leviatán* (año 1651) –cita Sen–. La globalización de la ciencia y de la tecnología ha contribuido positivamente a mejorar aquella situación anterior. Y la prosperidad material ha llegado también en forma de mejoría al Japón, la China, Corea del Sur o Brasil¹⁰. Acaso ¿van a mejorar las condiciones de vida de los pobres del mundo si se les impide acceder a las ventajas de la tecnología actual, a la oportunidad del comercio y del intercambio y a los beneficios sociales y económicos de vivir en sociedades abiertas?, se pregunta Sen. Y es que «no se trata de echar por tierra las relaciones económicas globales, sino de lograr que los inmensos beneficios de la globalización se distribuyan con más justicia», esta es la clave.

La expresión «antiglobalización» es un término erróneo porque el tema central del reproche estriba en «la existencia real de la enorme pobreza y la desigualdad globales, más que en el supuesto provecho que significaría prescindir de las relaciones económicas globales»¹¹.

⁸ Así expresado en la versión española de la obra de SEN, *Identidad y violencia*, cit., p. 173. Pero, nótese que textualmente en el original dice: «(...) *Indeed, it is not only counterproductive in itself, it can also end up being a good way for non-Western societies to shoot themselves in the foot –even in their precious cultural foot*». SEN, Amartya Kumar, *Identity and violence. The illusion of destiny*, London, Allen Lane, 2006. P. 127. (Lo que, literalmente, vendría a significar: «En efecto, no sólo es contraproducente en sí mismo, sino que también puede terminar siendo, para las sociedades no occidentales, un buen modo de dispararse en el pie, incluso sobre su precioso y cultural pie»).

⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 171-173 y 176. La cita es de la p. 171.

¹⁰ Tanto China como Brasil pertenecen al denominado bloque de naciones emergentes del G5, junto a Méjico, Sudáfrica y la India. En la actualidad, el presidente francés, Nicolás Sarkozy, con motivo de la cumbre anual del G8, celebrada del 7 al 9 de julio de 2008, en Hakkaido, al norte del Japón, ha propuesto la incorporación de estos países al G8, para demostrar así que se toman decisiones «con justicia». A propósito del Brasil, resultan interesantes los artículos de Martín Kanenguiser, publicados en el periódico «La Nación», con los títulos «Brasil donde la prosperidad aún no cierra heridas», de 2-VI-2008, y «El país de Lula avanza firme hacia el “milagro económico”», de 1 de junio de 2008.

¹¹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 177-178. Esta cita y la anterior son de la p. 178.

I.III La globalización real y globalización posible: Los problemas de la pobreza y las desigualdades globales

Algunos manifestantes «antiglobalización», explica Sen, argumentan que el problema central de la desigualdad y la pobreza globales estriba en que los ricos del mundo se están volviendo más ricos y los pobres, más pobres. –Lo cual durante un tiempo fue efectivamente así, sobre todo en Hispano-América y en África–.

Por otro lado, los firmes defensores de la globalización para argumentar sobre estas cuestiones de la distribución global recurren a su interpretación de que los pobres del mundo en general están menos pobres, y no más empobrecidos. Pretendiendo decir que aquellos pobres que participan en el comercio y en el intercambio no están más pobres sino todo lo contrario, por lo tanto, si se están enriqueciendo a causa de su participación en la economía global, la conclusión es que la globalización no es injusta con los pobres. Lo que habrá que ver es si ésta es la manera correcta de entender los temas centrales de justicia y equidad en la actual economía global. Y es que de acuerdo con estas posiciones el debate se reduciría a determinar cuál es el lado correcto de la pregunta: «¿Los pobres que participan de la globalización están más pobres o más ricos?»¹².

Para Sen esta forma de considerar el tema de la injusticia por parte de unos y de otros es inadecuada. Aduce dos cuestiones para argumentarlo, la primera de ellas es la de la necesidad de reconocer que dados los recursos globales que hoy existen, y los problemas de *omisión* y *comisión* (que abordaremos en este mismo apartado), a muchas personas les resulta difícil ingresar en la economía global. Si sólo tienes en cuenta a los que ganan participando en el comercio significa que estás dejando fuera a millones de personas que permanecen excluidos de las actividades de los privilegiados. La exclusión, pues, es un problema tan importante como la inclusión desigual¹³. La cuestión es que son muchas las personas que no pueden ingresar en la economía global. Sen propone soluciones que exigirán «cambios radicales en las políticas económicas internas (tales como mayores recursos para la educación básica, la salud y los

¹² SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 179.

¹³ Véase, SEN, Amartya, y KLIKSBURG, Bernardo, *Primero la gente*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007. Pp. 28-31. En donde Sen, ahonda en la significación y diferencias de ambos tipos de injusticia (la «inclusión en condiciones de desigualdad» y la «exclusión»).

microcréditos familiares¹⁴), pero también cambios en las políticas internacionales de otros países, sobre todo de los más ricos»¹⁵.

El profesor de economía Muhammad Yunus ha implantado un excelente sistema de microcréditos¹⁶ que tiene por objeto erradicar la pobreza y conseguir que los pobres salgan por sí mismos de su precaria situación mediante la iniciativa propia y el uso de habilidades y capacidades personales. Yunus, cuenta que cuando se decidió a salir de las propias aulas de la Universidad de Chittagong, en Bangladesh, donde daba clase, para conocer *in situ* el problema de la pobreza y poder así ver el modo de cómo tenderles una mano, una de las cosas que más le llamó la atención de lo que pudo observar por estas zonas rurales tan próximas a su lugar de trabajo, fue que «la gente sufría porque no podía encontrar dinero, salvo que se lo pidieran a usureros, a prestamistas. Esta situación implicaba que las personas quedaran completamente a merced de quien les había prestado ese dinero, quienes los exprimirían hasta la muerte para poder sacarles todo lo que pudieran, estableciendo unas condiciones tales que resultaba imposible escapar a su mortal carga, a una mortal carga individual»¹⁷. Explica el profesor que al día siguiente de esta expedición fue a la aldea con sus alumnos para hacer una lista con las personas que necesitaban dinero y se lo pedían a los usureros. El resultado fue una relación de 42 personas, y la cantidad total de dinero que se había solicitado prestado sumaba 27 dólares. Esa aldea no esperaba millones de dólares en ayudas..., tan sólo necesitaban unos cuantos céntimos, apenas unos dólares, que es el dinero suficiente que necesitan para ir saliendo a delante para hacer esas inversiones que le van a permitir que su modesta economía familiar tenga una

¹⁴ Un ejemplo de la importancia de estos créditos puede apreciarse en el artículo «Créditos para mujeres campesinas», de la Revista *Manos Unidas*, núm. 167, abril-junio 2007. La organización Moris Rasik (que significa «una vida independiente y digna», en lengua timorese) y la organización Manos Unidas, llevan a cabo un proyecto en el Timor Oriental que beneficia a más de 14.000 personas (aquí apenas puede actuar el gobierno o el sector privado ya que la guerra contra Indonesia (1999-2002) devastó el país y dejó más de 250.000 muertos). El objeto es la promoción de la mujer. El duro trabajo de la mujer campesina quedará así mejor recompensado y cada una de sus familias saldrá beneficiada, al igual que la propia comunidad (en este caso la Diócesis de Dili, en el Timor Oriental). P. 31. En otro caso, observamos también la importancia de estos créditos: «El «crédito consignado», por el que un trabajador accede a una suma a cambio de un descuento en su haber, ya disparó más de 15.000 millones de reales para la compra del primer auto de millones de brasileños, que también comenzaron a adquirir viviendas». KANENGUISER, «Brasil, donde la prosperidad...», La Nación, cit.

¹⁵ Sen, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 179-180. La cita es de la p. 180.

¹⁶ Véase, YUNUS, Muhammad, *El banquero de los pobres*, trad. Montserrat Asensio, Barcelona, Paidós, 2006. Asimismo, y sobre este nuevo tipo de programa bancario, su consecución y los microcréditos que otorga a los más necesitados: YUNUS, Muhammad, *Un mundo sin pobreza*, trad. Montserrat ASensio, Fuenlabrada (Madrid), Ediciones Paidós Ibérica, 2008. Pp. 67-104.

¹⁷ YUNUS, Muhammad, *¿Es posible acabar con la pobreza?*, trad. Eduardo Miño, Madrid, Editorial Complutense, 2006. P. 10.

mínima salida, una mínima solidez. Con tan poco dinero se hacía feliz a mucha gente, sólo había que prestarlo sin pedirles a cambio un interés que les ahogara. En ello pues se empeñó Yunus que acabaría creando el llamado Banco Grameen, un banco independiente que presta dinero a los pobres. Se trata de un banco especial, un banco que no cree que el pobre es insolvente porque no pueda pagar un aval o porque se piense y así se estipule que no podrá devolver el dinero prestado. Sin embargo, Yunus en estas salidas con su alumnado por las aldeas de alrededor de la Universidad de Chittagong, ya había comprobado que los pobres piden pocas cantidades de dinero, y además ¡lo devolvían siempre! El grado de devolución del capital en los préstamos concedidos por el Banco Grameen es alto, y estos préstamos se conceden sin garantías, sin intereses, sin documentos jurídicos, sin abogados... Sólo la desgracia, el infortunio imprevisible provoca la no devolución de este dinero por parte de los prestatarios y cuando esto sucede se trata de llegar a soluciones que permitan ayudar al prestatario en este trance mediante otro crédito con mejores condiciones todavía, y aún con todo, el prestatario va saldando su deuda acumulada poco a poco¹⁸. Ciertamente se necesita de más instituciones altruistas que no antepongan únicamente el beneficio monetario en todos sus negocios como premisa de actuación. En efecto, Yunus al ser interpelado sobre la posible viabilidad del Banco Grameen y los microcréditos respecto de los pobres de sociedades capitalistas, explica que «el capitalismo ha sido interpretado de una forma muy simple y nos hemos quedado anquilosados en esa interpretación al uso que afirma que si llevas un negocio es porque quieres ganar dinero y para mantener la actividad necesitas cada vez más». En su opinión esta es una visión limitada del capitalismo, puesto que los negocios pueden ser de dos tipos: negocios para ganar dinero y negocios para beneficiar a la gente; esto último, normalmente, parece ser que se olvida. Así, el «empresario social» desarrolla su actividad no porque quiera hacerse rico, sino porque desea ayudar a la gente, porque quiere solucionar diversos problemas de la sociedad, ya sean con respecto a la salud, al acceso al agua potable, al medio ambiente, etc.¹⁹ Para Yunus pues, los microcréditos son una buena

¹⁸ YUNUS, Muhammad, *¿Es posible acabar con la pobreza?*, cit., pp. 10-11 y 35-37.

¹⁹ YUNUS, Muhammad, *¿Es posible acabar con la pobreza?*, cit., p. 41. La cita es de esta misma página. Esto que propone Yunus sería un poco el tipo de sistema económico que propugna Schumacher, en su extraordinaria obra *Lo pequeño es hermoso*. Es cierto, Schumacher, no desea una economía donde el consumo sea el único fin y propósito de toda actividad económica, donde prime el reino de la cantidad en el lugar de la calidad o donde los valores no-económicos que posee toda economía se analicen siempre según el análisis del coste-beneficio. Más bien cree en una economía de simplicidad y no violencia, con un sistema que trate de maximizar las satisfacciones humanas por medio de un modelo óptimo de consumo, que permita a la gente vivir sin grandes tensiones y cumplir con uno de los principios básicos de la enseñanza budista: «Deja de hacer el mal, trata de hacer el bien». Schumacher piensa en la economía budista como modelo a seguir, ésta tiene una visión del trabajo diferente a

medida para acabar con la pobreza incluso para los casos de la pobreza extrema. Sin embargo, son muchos los que piensan que los microcréditos sólo sirven para la capa superior de la pobreza y no con el sector del indigente, se argumenta que ¿de qué le serviría el dinero a los más pobres?, les resultaría inútil pues no tienen salud, no tienen capacidad ni habilidad alguna, si les dieras dinero lo único que provocarías sería aumentar su carga y crearles problemas de modo innecesario. Por el contrario, Yunus sostiene que no es así, que él y su banco han llegado a los más pobres de Bangladesh, y sus vidas han cambiado. En su opinión, estas personas, tullidas o desvalidas, no dejan de tener un papel en la sociedad por su circunstancia. Siguen conservando habilidades y siguen poseyendo capacidad de gestión. Yunus, cree en la posibilidad de que incluso el mendigo más pobre pueda salir de la indigencia. Con el sistema de microcréditos implantado por Yunus la mitad de los prestatarios del Banco Grameen han salido de la situación de la pobreza y la otra mitad va camino de hacerlo. El Banco Grameen, tiene 6,61 millones de prestatarios en el mundo. De los cuales, por cierto, el 97 % son mujeres²⁰. El profesor Yunus, en su reciente obra *Un mundo sin pobreza*, ahonda en la idea de la empresa social como un instrumento clave para acabar con la pobreza en el mundo. Una empresa social es un nuevo tipo de empresa que reconoce la naturaleza multidimensional de los seres humanos, la empresa social se funda no para obtener beneficios para sí, sino para alcanzar objetivos sociales específicos. El propietario recupera el capital invertido pero no recibe beneficios en forma de dividendos, en su lugar todos los beneficios vuelven a invertirse en la empresa para financiar su expansión, ofrecer nuevos productos o servicios, mejorar su calidad, bajar los precios, mejorar su accesibilidad, con el fin de seguir haciendo el bien en el mundo. Se trata pues de lle-

la propugnada por la economía moderna, el trabajo pues no se ve como un coste para el empleador o una carga pesada para el trabajador, por tanto, el trabajo no es visto como un mal necesario. Tampoco el salario que recibe el trabajador se considera una especie de compensación al tiempo libre que yo he perdido y debía haber gozado. La economía budista, en cambio, «considera la función del trabajo por lo menos en tres aspectos: dar al hombre una posibilidad de utilizar y desarrollar sus facultades; ayudarle a liberarse de su egocentrismo, uniéndolo a otras personas en una tarea común; y producir los bienes y servicios necesarios para la vida». Y es que para Schumacher, «el trabajo y el ocio son partes complementarias de un mismo proceso vital y no pueden ser separadas sin destruir el gozo del trabajo y la felicidad del ocio». Así pues, Schumacher recomienda la puesta en marcha de la economía budista aun incluso para aquellos que piensan que el crecimiento económico es más importante que cualquiera de los valores espirituales o religiosos. Porque a su entender la cuestión no es la elección entre «crecimiento moderno» y «estancamiento tradicional», sino que el tema está en encontrar el camino correcto de desarrollo, el Camino Medio entre la negligencia materialista y la inmovilidad tradicionalista. Es decir, se trata de encontrar «los Medios Correctos de Subsistencia». SCHUMACHER, Ernst Fritz, *Lo pequeño es hermoso*, trad. Oscar Margenet, Madrid, TurSEN, S.A., Hermann Blume Ediciones, 1990. Pp. 39, 46-47, 49 y 52. Las citas corresponden a las pp. 49, 46, 46-47 y 52, respectivamente.

²⁰ YUNUS, Muhammad, *¿Es posible acabar con la pobreza?*, cit., pp. 20, 28 y 30.

var los beneficios que aporta el libre mercado a las personas más olvidadas del mundo, a las más pobres. Efectivamente, el libre mercado, podría acabar con la pobreza global y la degradación ambiental, pero no lo hará si sirve única e implacablemente a los objetivos económicos de sus accionistas más ricos. Así es, si las cosas no se arreglan con la empresa actual... ¿por qué seguir por el mismo camino?, y es que verdaderamente necesitamos de empresas que persigan objetivos distintos al del beneficio personal, una empresa que se dedique por completo a resolver problemas sociales y ambientales sin dejar de ser por ello propiamente una empresa. De este modo, cuando un proyecto con objetivos sociales cubre sus costes pasa a ser un proyecto autónomo, que puede crecer y expandirse y por tanto aumentar los beneficios a la sociedad. Por el contrario, cuando el precio cobrado por sus bienes o servicios no cubre los gastos en su totalidad ya no estamos ante una empresa social, depende de subvenciones y de donaciones, como las organizaciones de voluntariado, precisamente lo que no quiere Yunus, el cual lo que pretende es alejarse de la maquinaria gubernamental, y buscar la creación de nuevas instituciones que se aparten de aquellas otras ya existentes y que no dejan de crear pobreza para que de este modo gocen de total independencia para el establecimiento y cumplimiento de sus propios fines y para que se pueda disfrutar de un clima tal donde pudieran fluir y surgir nuevas y apasionantes ideas²¹. Asimismo, cuando parece cierto que los Objetivos de Desarrollo del Milenio en el planeta no podrán cumplirse, Bangladesh aparece como una excepción y avanza sin pausa camino de conseguir que, efectivamente, la pobreza se haya reducido a la mitad en 2015; sin duda el Banco Grameen de Yunus y su modo de concebir el Sentido de la globalización habrá tenido mucho que ver. Y es que Yunus está convencido de que gran parte del mundo se ha quedado atrás porque la función de los mercados libres en su forma actual no es encontrar la solución a problemas sociales, de hecho, pueden exacerbar la pobreza, la contaminación, la corrupción, la desigualdad... La globalización, en fin, puede aportar más beneficios a los pobres que cualquier otra alternativa, pero sin una supervisión y unas directrices adecuadas, puede ser extraordinariamente destructiva²².

Por otro lado, en el ámbito de las políticas internacionales, los países económicamente más avanzados pueden ayudar mucho si recibirán de mejor grado los productos –agrícolas, textiles y otros industriales– que los países en desarrollo exportan²³.

De igual modo se manifiesta Thomas Pogge. Para este autor el debate moral y explicativo acerca de la pobreza se plantea hoy en día

²¹ YUNUS, Muhammad, *Un mundo sin pobreza*, cit., pp. 32 y 40-44.

²² YUNUS, Muhammad, *Un mundo sin pobreza*, cit., p. 23.

²³ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 180.

según los términos establecidos por las explicaciones nacionalistas²⁴, es decir, en el planteamiento de tratar de averiguar qué tipo de instituciones nacionales económicas y políticas de los países pobres obstaculizan la erradicación de la pobreza nacional. Así pues se argumenta a favor de los mercados libres, con imposición mínima y poca regulación por parte del gobierno, que vendría a ser el modelo típico de los países emergentes situados en Asia, otros se van a decantar a favor de aumentar la inversión pública en educación, en sanidad pública y en infraestructuras, que sería el modelo típico de Kerala²⁵. Entiende Pogge que este debate es importante, sin duda, pero también considera importante examinar qué instituciones económicas globales obstaculizan la erradicación de la pobreza mundial. Efectivamente, se observa a los políticos y a los economistas debatir sobre estructuras y funciones alternativas para el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) y sobre el impacto internacional del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC). Pero respecto a cuestiones más amplias, explica Pogge, como los privilegios internacionales sobre los recursos y sobre el préstamo, y los mecanismos políticos mediante los cuales se crean y se revisan las reglas de la economía mundial, se asume básicamente el *statu quo* como un contexto dado como si se tratara de una característica natural más de nuestro planeta. Asimismo, Pogge, se pregunta por qué los países más avanzados económicamente no acordaron en el Tratado de la OMC que los aranceles sobre las importaciones manufacturadas a los que se enfrentan los países pobres no debían ser superiores a los que encaran los países ricos, en lugar de ser, como ahora, cuatro veces más altos. Esta carestía de los aranceles comporta una carga pesadísima para los países pobres. Los países poderosos económicamente podrían haber acordado abrir las fronteras a las importaciones de productos agrícolas, textiles y de calzado provenientes de los países pobres. Y es que los países ricos cierran sus mercados de distintas maneras y ahora lo hacen sobre todo imponiendo obligaciones *anti-dumping* sobre las importaciones que juzgan «injustamente baratas», de este modo los países ricos son particularmente protectionistas precisamente en los sectores donde los países en desarrollo pueden ser más competitivos. Podrían haber acordado, insiste Pogge, reducir los subsidios a su agricultura, que ascendieron en el año 2000 a 245.000 millones de dólares. Claro, todos estos «éxitos» de, lo que

²⁴ Sobre ello, FERNÁNDEZ, Encarnación, *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Granada, Editorial Comares, 2009. Véase el segundo apartado, «El nacionalismo explicativo», del capítulo III «Causas del «fracaso» de los Estados». Pp. 101-108.

²⁵ Kerala es un estado de la India situado al suroeste del país, tiene casi 32 millones de habitantes (año 2001), y se caracteriza porque goza de una tasa de alfabetización superior al 90 %. Igualmente goza de un buen sistema de salud pública, la tasa de mortalidad infantil es la menor de su país, y la esperanza de vida la mayor, constituyendo la sociedad más avanzada en estos términos de toda la India.

Pogge llama, «nuestros gobiernos» en mantener las exenciones proteccionistas tuvo un fuerte impacto sobre el empleo, los ingresos, el crecimiento económico y las rentas públicas en un mundo en desarrollo donde muchas personas están a punto de morir de hambre. Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD) estima en 700.000 millones de dólares las pérdidas en ingresos por exportaciones para los países pobres en el año 2005, lo cual se solucionaría con que los países ricos hicieran más por abrir sus mercados. La importancia de este dato es manifiesta, aquellos 700.000 millones de dólares que los países pobres podrían ganar por beneficios en exportaciones representa el 11 % de los ingresos nacionales brutos anuales agregados de todos los países en desarrollo, o 12,5 veces la asistencia oficial para el desarrollo (AOD) anual de todos los países donantes juntos²⁶.

Resulta pues evidente, como expresan Sen y Pogge, que los países fuertes económicamente podrían hacer mucho por paliar la grave situación de los países en desarrollo. Sen, propone cambios en el tratamiento humanitario de las deudas pasadas, puesto que éstas limitan la libertad de los países más pobres. Efectivamente, Jeffrey Sachs, se ha referido a ello al abordar la difícil cuestión de por qué ciertos países no consiguen el crecimiento económico. Explica Sachs, que los gobiernos son de una importancia fundamental para la inversión en bienes y servicios y para el pago de las infraestructuras de las que depende el crecimiento económico, pero puede suceder que el gobierno correspondiente carezca de los medios financieros necesarios para afrontar estos bienes públicos. Ello podría deberse a tres razones. Por un lado, pudiera ser que la propia población estuviera empobrecida y por tanto no hubiera posibilidad de recaudar impuestos. Otra razón podría ser que el gobierno de turno fuera manifiestamente incapaz o fuera un ejecutivo corrupto de modo que no pudiera llevar a cabo su misión de recaudar impuestos. La tercera razón posible sería que el gobierno ya arrastrara una gran deuda de años atrás y se vea obligado a tener que utilizar sus limitados ingresos vía impuestos para pagar los intereses en lugar de financiar nuevas inversiones. Lo que ha recibido el nombre de «sobreendeudamiento». «La deuda del pasado destruye las posibilidades de crecimiento futuro» asevera Sachs, en tales circunstancias, añade, «la condonación de la deuda puede ser la única manera de ofrecer al país la posibilidad de emprender un nuevo camino de desarrollo económico»²⁷. En este mismo sentido y coincidiendo con los citados autores se expresa el pensamiento cristiano, como explica Benedicto XVI, ya la Santa Sede con motivo del jubileo del año 2000 prestó gran atención a los trabajos del G8. Juan Pablo II

²⁶ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. Ernest Weikert García, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2005. Pp. 32-34 y 153.

²⁷ SACHS, Jeffrey, *El fin de la pobreza*, trad. Ricardo García Pérez y Ricard Martínez Muntada, Barcelona, Random House Mondadori, 2005. P. 102.

estaba convencido de que «la liberación de la carga de la deuda a los países pobres y, más en general, la erradicación de las causas de la pobreza extrema en el mundo dependían de la plena asunción de las responsabilidades solidarias que tienen los gobiernos y los Estados económicamente más avanzados con respecto a toda la humanidad». Responsabilidades, éstas, que a juicio de Benedicto XVI no sólo no han disminuido sino que se han hecho más apremiantes. Además, la actual crisis económica mundial comporta la amenaza de la cancelación o la drástica reducción de los planes de ayuda internacional, especialmente a favor de África. Por eso, «con la misma fuerza con la que Juan Pablo II pidió la condonación de la deuda exterior, también yo deseo hacer un llamamiento a los países miembros del G8, (...) para que la ayuda al desarrollo, sobre todo la que se dirige a “valorar” el “recurso humano”, se mantenga y se potencie, no sólo a pesar de la crisis, sino precisamente porque es una de sus principales vías de solución»²⁸.

La otra cuestión por la que Sen entiende inadecuado el modo en que los manifestantes antiglobalización por un lado y los firmes defensores de la globalización por otro plantean el debate de la justicia y la equidad en la actual economía global, se basa en la necesidad de preguntarnos si basta con que los pobres participen de la economía globalizada. Es decir, los pobres pueden llegar a participar de la economía globalizada, es cierto, e incluso pueden llegar a enriquecerse en cierta medida con esta participación, pero ello no implica *per se* que estén recibiendo una parte justa de los beneficios de las interrelaciones económicas y de su gran potencial. De este modo, Sen considerada igualmente inadecuado preguntarse si la desigualdad internacional es marginalmente mayor o menor. La pobreza que vive el mundo actual es tan atroz, las desigualdades que hoy podemos contemplar son tan asombrosas que no es necesario afirmar que la desigualdad no sólo es enorme sino que también se está volviendo marginalmente «más grande». Y es que «la cuestión de la justicia en un mundo de grupos diferentes y de identidades dispares exige una comprensión más completa»²⁹. Cuando hay ganancias como consecuencia de la cooperación, puede suceder que muchos acuerdos alternativos beneficien a todas las partes en mayor medida de lo que ocurriría si no hubiera cooperación. Pero debemos tener en cuenta también que aun habiendo

²⁸ Carta del Papa Benedicto XVI al Presidente del Gobierno Italiano, Silvio Berlusconi, con vistas al G8 de los Jefes de Estado y de Gobierno (L'Aquila, 8-10 de julio de 2009). Vaticano, 1 de julio de 2009. De donde se toman las dos citas. Sobre el gran papel que pueden llegar a jugar los países más industrializados, Benedicto XVI, viene insistiendo tanto como lo hiciera su predecesor. En la Carta de 16 de diciembre 2006 que el Papa dirigió a la canciller de la RFA, *cit.*, le pidió mantener como prioridad la lucha contra la pobreza, en particular en África, así como una «rápida cancelación completa e incondicional de la deuda exterior de los países pobres altamente endeudados y de los países menos desarrollados».

²⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, *cit.*, p. 181.

necesidad de cooperación, la división de los beneficios puede variar ampliamente. Por lo que lo verdaderamente apropiado es «preguntar si la distribución de ganancias es *justa o aceptable*, y no si *existen* ganancias para todas las partes en comparación con una situación de ausencia de cooperación»³⁰. Los acérrimos pro-globalización ante la crítica que sostiene que los arreglos distributivos derivados de la cooperación son injustos replican sencillamente que todas las partes están mejor de lo que lo estarían si no hubiera cooperación. Y así sucedería en muchos casos, en muchos de los acuerdos alternativos podría suceder que cada una de las partes esté mejor de lo que lo estaría en ausencia de cooperación, pero el tema está más bien en la elección «entre» estas diversas alternativas con diferentes distribuciones de ganancias para todas las partes. La cuestión no es salirse de la cooperación sino encontrar un mejor arreglo dentro de la misma. Se trata de comprobar si dados los acuerdos institucionales existentes la división de beneficios es desigual en comparación con otros acuerdos alternativos que pudieran llevarse a cabo. Así pues, el planteamiento en el que se concentraron muchos de los debates sobre la globalización basados en el hecho de que los pobres también se beneficiarían del orden económico establecido resulta un enfoque inadecuado para evaluar las cuestiones de la desigualdad y la pobreza globales. Lo que se debe preguntar es si es factible que obtengan un arreglo mejor y menos dispar en oportunidades económicas, sociales y políticas, que es lo que apunta Sen. Y, si es así, a través de qué nuevos acuerdos internacionales e internos podría llevarse a cabo. Los partidarios de la protesta antiglobalización le dieron este nombre, en fin, porque no creen posible que se dé un arreglo global más justo sin trastornar totalmente el sistema globalizado de relaciones económicas y sociales. Es decir, se presupone que existe «el resultado del mercado», sin considerar la existencia de otras instituciones que no pertenecen al mercado pero que se combinan con él, nos referimos a operaciones privadas o a la iniciativa pública. Explica Sen, que los mercados no actúan solos, ni pueden hacerlo. La clave estaría en las condiciones que rigen los mercados. Lo que no podemos hacer es acabar con la institución de la economía de mercado, ya que, de este modo, terminaríamos con las perspectivas de progreso económico. Y es que para que una economía logre una prosperidad generalizada tiene que hacer un uso considerable de los mercados y de las condiciones de producción dependientes de ellos³¹. Un uso extensivo de las oportunidades de intercambio y

³⁰ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 182.

³¹ En este mismo sentido, el Papa Benedicto XVI: «Para los países pobres haría falta crear y garantizar, de manera confiable y duradera, condiciones comerciales favorables que incluyan sobre todo un acceso amplio y sin reservas a los mercados». Carta a la canciller de la RFA, cit. Del mismo modo se refiere Pogge, cuando formula su crítica al «régimen de la OMC». Es cierto, Pogge, desea resaltar que su crítica al nuevo orden económico que ha instaurado el tratado de la OMC a nivel global, no viene a decir que él se pronuncie en contra de la apertura de mercados, del libre

especialización que ofrecen las relaciones de mercado es fundamental si lo que se pretende es lograr una prosperidad económica general. Pero ello no significa que la operación de la economía de mercado no pueda ser defectuosa –dependerá del tipo de producto, el grado de información del participante...–³². De ahí que necesitemos de ciertas políticas públicas que complementen el funcionamiento de la economía de mercado³³. «La naturaleza de los resultados del mercado está muy influenciada por las políticas públicas en educación y alfabetización, epidemiología, reforma agraria, facilidades para los microcréditos, protección legal apropiada, etc.»³⁴. E incluso, en cada uno de estos campos, la acción pública podría alterar de manera radical el resultado de las relaciones económicas locales y globales. Según Sen, en la actualidad, el capitalismo global se preocupa más por los mercados que por establecer la democracia, expandir la educación pública o mejorar las oportunidades sociales de los desamparados³⁵. En síntesis, «la economía de mercado podrá ser insustituible, y en ello estaría el aspecto positivo de la globalización, pero ello no implica que haya que aceptar la antropología del capitalismo»³⁶.

Como habíamos anunciado anteriormente, hay, a su vez, ciertas *comisiones*, añadidas a importantes *omisiones*, que provocan la permanencia de las desigualdades de la economía global. Sen se refiere a la participación de las potencias mundiales en el comercio globalizado de armas. Y da un dato, el 84,31 % de las armas vendidas internacionalmente durante la década de 1990 provinieron de los países del G8 (sólo uno de ellos, el Japón, no exporta armas). Se trata esta de una *comisión* que entraña una intensa miseria y continuas privaciones.

comercio o de la globalización. «La queja que planteo contra el régimen de la OMC no es que abre demasiado los mercados, sino que abre *nuestros* mercados *demasiado poco*, por lo que obtiene para nosotros los beneficios del libre comercio mientras que se los niega a los pobres globales». POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., p. 35.

³² SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 182-185.

³³ Sobre las carencias del mercado resulta interesante la visión crítica que ya tenía SCHUMACHER en su obra: *Lo pequeño es hermoso*, cit., capítulo 3: «El Papel de la Economía», dentro de la parte I: «El Mundo Moderno».

³⁴ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 186.

³⁵ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 187. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003. «La globalización, tal como de hecho se está desarrollando, tiene un significado prioritariamente económico. Se trata de la prevalencia de un sistema económico cada vez más internacionalizado, caracterizado por la mundialización de los mercados, de los flujos financieros, de los intercambios tecnológicos y de la información». P. 179.

³⁶ BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, S.A., 2005. P. 119. Y es que, a su juicio, «la economía debe estar subordinada al Derecho, de modo tal que pueda satisfacer las necesidades humanas de todos». Ballesteros propone «sustituir la primacía de la lucha darwinista por la vida por la cooperación» y, de este modo, «ver al otro como colaborador y no como simple competidor, restaurando el diálogo y la confianza». P. 120.

Y es que «el armamentismo es la primera causa del subdesarrollo en el mundo»³⁷. Urge una nueva iniciativa global, que vaya más allá de la tarea de tratar de atajar el terrorismo, que es donde hoy se centra la atención fundamentalmente³⁸.

Además de las *comisiones* dañinas de esas barreras comerciales estrictas e ineficientes que frenan las exportaciones de los países más pobres, se refiere Sen a «las leyes de patentes injustas, que entorpecen el uso de medicamentos que salvan vidas –necesarios para tratar enfermedades como el SIDA–, que muchas veces podrían producirse a muy bajo costo pero cuyo precio de mercado sube en virtud de las regalías»³⁹. Hay que solucionar la falta de incentivos que el productor tiene cuando se plantea fabricar medicinas que los pobres necesitan y que no van a poder pagar. No pretende Sen, que se den unas condiciones económicas tales que llevaran a la extinción de la investigación innovadora en la industria farmacéutica, pero sí establecer acuerdos inteligentes que puedan permitir buenos incentivos para la investigación al tiempo que permite a los más pobres adquirir estos medicamentos de vital importancia, estos acuerdos incluirían la necesidad de proporcionar facilidades para la fijación de precios variables para estos medicamentos cruciales. Lo que propone es «combinar consideraciones basadas en la eficiencia con exigencias de equidad de un modo inteligente y humanitario, esto es, con una comprensión adecuada de las exigencias de la eficiencia global y también de la justicia»⁴⁰. Se debe solucionar la falta de incentivos para la investigación médica dirigida a desarrollar nuevos medicamentos (incluidas las vacunas de dosis única) que serían muy útiles para las personas más pobres del mundo. Actualmente la investigación farmacéutica está enfocada a la atención de los sectores de mayores ingresos. En este sentido, si lo que prima en la economía de mercado es el cálculo de las ganancias⁴¹, habrá que cambiar radicalmente el patrón de incenti-

³⁷ BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz, cit.*, «la seguridad humana es inseparable de la cooperación para el desarrollo como exigencia de la justicia internacional y del desarme, dado que el armamentismo es la primera causa del subdesarrollo en el mundo», p. 120, *in fine*.

³⁸ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino, cit.*, pp. 187-188.

³⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino, cit.*, p. 188. También sobre ello, p. 180.

⁴⁰ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino, cit.*, p. 189.

⁴¹ Véase la crítica a la economía moderna que Schumacher plantea con brillantez en *Lo pequeño es hermoso*, cit. Habla de juicios económicos estrechos, de una economía basada en el beneficio monetario, «algo es antieconómico cuando fracasa en su intento de producir un beneficio monetario», así el beneficio monetario es el método de la economía. Ante ello Schumacher propone, por un lado, detenerse en la reflexión que nos lleve a saber cuál es realmente la aspiración del hombre y cuáles son sus necesidades reales. Y de otro, el hecho de valorar las cosas en sí mismas y en los hechos naturales o sociales que yacen detrás de ellas. Schumacher, en fin, veía en la economía budista la economía de solución, una economía basada en la simplicidad y

vos, propone Sen. Aprobar nuevos acuerdos en derechos de propiedad intelectual sería una solución. Se trataría de diferenciar en el impuesto a las ganancias según el tipo de innovación. O de aprobar incentivos públicos mediante programas de apoyo especiales, etc. Claro, es que las exigencias de la globalización económica, deben abarcar la necesidad de acuerdos institucionales más justos y equitativos para la distribución de las ganancias que se derivan de las relaciones económicas, yendo más allá, pues, de la importante tarea de integrar la economía de mercado y de proceder a liberar el comercio. Lo que ocurre, concluye Sen, es que los países más empobrecidos, aún cuando logran participar en la economía global, poseen ya tantas desventajas (analfabetismo, enfermedades...) ⁴², lo que les provoca tantas deficiencias en su competitividad..., que «ellos obtienen los castigos de la economía global sin recibir las recompensas» ⁴³. Para paliar las desventajas que supone el generalizado y continuo padecimiento de enfermedades por parte de los países más empobrecidos y que tanto afecta a su productividad y a su libre movilidad, propone Sen, «la creación de institutos de enseñanza, y también de una red de seguridad en la que se incluya el cuidado de la salud» para así despejar aquellas barreras. Y es que «globalización económica no sólo significa abrir los mercados» ⁴⁴.

la no violencia, donde el fin es la obtención de un máximo de bienestar con un mínimo de consumo. Siendo el trabajo visto como una posibilidad de utilizar y desarrollar tus facultades, y de producir los bienes y servicios necesarios para la vida. –Capítulo 3 «El Papel de la Economía» y capítulo 4 «La Economía Budista», parte I «El Mundo Moderno»–. Cita, p. 37.

⁴² Sachs, con motivo de su visita a África a finales de la década de 1990 y al observar *in situ* los devastadores efectos que provocaban las alteraciones de la salud en África, escribe, «por lo que respecta a los costes económicos de la enfermedad (se refiere al SIDA), éstos sin duda igualan o superan la cifra a la que ascienden los de la malaria. África está perdiendo a sus maestros, médicos, funcionarios, agricultores, padres y madres. Ya hay más de 10 millones de niños huérfanos. Los costes empresariales han aumentado debido al caos derivado de los exorbitantes costes médicos para los trabajadores, el incesante absentismo laboral y la avalancha de defunciones de trabajadores. Los inversores extranjeros se ven disuadidos de adentrarse en la ciénaga del sida en África. Y millones de hogares luchan contra la enfermedad del cabeza de familia, lo cual supone un coste de tiempo y dinero, por no hablar del trauma emocional que sufre toda la familia». SACHS, *El fin de la pobreza*, cit., p. 288.

⁴³ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 190. En este sentido, el Papa Benedicto XVI: «En efecto, la creciente globalización de los mercados no siempre favorece la disponibilidad de alimentos, y los sistemas productivos con frecuencia se ven condicionados por límites estructurales, así como por políticas proteccionistas y fenómenos especulativos que dejan a poblaciones enteras al margen de los procesos de desarrollo». Carta enviada a la Conferencia sobre seguridad alimentaria mundial que se celebró del 3 al 5 de junio de 2008 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en Roma. Vaticano, 2 de junio de 2008. Mensaje leído el mismo día por el cardenal Tarcisio Bertone.

⁴⁴ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 190-191 y 191, respectivamente.

En términos semejantes a Sen y al propio Sachs se manifiesta Pogge al explicar su crítica a lo que ha llamado el «nacionalismo explicativo». Se trata de una teoría apoyada por los países desarrollados que viene a decir que hoy en día puede explicarse completamente el problema de la pobreza mundial en términos de factores nacionales y locales, esta visión queda reforzada por la resistencia que ofrecen los países en desarrollo a verse conectados de modo causal con la pobreza extrema y así de paso dejar de lado ciertos factores estables causantes de esa alarmante pobreza que operan en una situación repleta de diversidad. Para Pogge, el nacionalismo explicativo no puede ser verdadero ya que existen interdependencias de ámbito internacional y externalidades transfronterizas relevantes, algunas de las cuales agravan claramente la situación de los pobres globales⁴⁵. Efectivamente, «los pobres globales padecen, por ejemplo, la polución producida durante muchas décadas por los países desarrollados –pese a que, a diferencia de nosotros, son excluidos de sus beneficios–. Padecen los efectos del calentamiento global causado por nuestras emisiones de gas invernadero. Padecen los efectos del comercio de medicamentos alimentado por la enorme demanda de medicamentos en la UE y en Estados Unidos (EE.UU.), y los efectos de la batalla de los medicamentos emprendida por los gobiernos de EE.UU. y la UE. Son perjudicados por el agotamiento de los recursos naturales, que son hoy más escasos y más caros de lo que lo serían si los países ricos estuvieran dispuestos a moderar su consumo. Padecen la epidemia del SIDA, a cuya propagación contribuyen los turistas sexuales ricos, o sufren dolencias de variedades que se han vuelto resistentes a los medicamentos corrientes a causa de las prácticas de tratamiento en los países desarrollados –problemas médicos que se agravan por regulaciones sobre patentes que ponen los medicamentos efectivos fuera del alcance de la mayoría de pacientes de los países pobres»⁴⁶.

Sen, considera que es un error creer que las privaciones y las vidas empobrecidas son castigos de la globalización. Más bien se trata de «fracasos de los acuerdos sociales, políticos y económicos, que son compañeros enteramente contingentes y no ineludibles de la cercanía global»⁴⁷. Del igual modo lo ve Benedicto XVI, éste como Sen, advierte que «a veces se perciben actitudes fatalistas ante la *globalización*, como si las dinámicas que la producen procedieran de fuerzas anónimas e impersonales o de estructuras independientes de la voluntad humana». Para Benedicto XVI la globalización debe entenderse ciertamente como un proceso socioeconómico, sin ser ésta su única dimensión. Y es que «tras este proceso hay personas y pueblos para los que el proceso debe ser de utilidad y desarrollo, gracias a que tanto

⁴⁵ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., pp. 29-30.

⁴⁶ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., p. 275.

⁴⁷ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 166.

los individuos como la colectividad asumen sus respectivas responsabilidades»⁴⁸.

Sen, es consciente a su vez de que «la mera globalización de las relaciones de mercado puede ser un medio totalmente inadecuado para alcanzar la prosperidad mundial»⁴⁹. En este mismo Sentido el propio Benedicto XVI, explica que el gran desafío de hoy consiste en ««globalizar» no sólo los intereses económicos y comerciales, sino también las expectativas de solidaridad, respetando y valorando la aportación de todos los componentes de la sociedad»⁵⁰.

I.IV La globalización y el problema de la pobreza en Pogge

Thomas Pogge, también aborda la cuestión a la que se enfrenta Sen en el apartado anterior en relación a si con la globalización los pobres que participan en ella están más pobres o por el contrario se tornan más ricos. En concreto, Pogge se va a preguntar si es cierto que el actual orden económico global no perjudica a los pobres, que en términos de Sen sería aquella postura que defenderían los firmes defensores de la globalización. Pogge, parte de la base de que el nuevo orden económico global es el instituido con la OMC. Por ello la cuestión requerirá soluciones *contrafácticas*. Podría pensarse que «nuestro» mundo actual es claramente superior a toda hipótesis que reflejara un punto de partida *contrafáctico* distinto y que ningún Sentido tiene detenerse a reflexionar sobre las mismas, pero ello sólo sería cierto para un ciudadano de un país próspero. Sin embargo, la comparación debe hacerse en relación con la pobreza. La pobreza hoy es la causante de un tercio de todas las muertes humanas, explica Pogge, «la pobreza mundial es ahora mismo tan extrema y de tal envergadura que ni siquiera se puede decir con seguridad que sería mayor en un estado de naturaleza lockeano⁵¹ global donde todos los seres humanos

⁴⁸ BENEDICTO XVI, Carta Encíclica *Caritas in Veritate*, cit., cap. III, epígrafe 42. Ambas citas.

⁴⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p 186.

⁵⁰ BENEDICTO XVI, Discurso a la fundación «*Centesimus Annus, Pro Pontifice*», 31 de mayo de 2008: *L'Osservatore Romano*. Ed. en lengua española, 6 de junio de 2008, p. 11. También en, BENEDICTO XVI, Carta a la FAO, cit.

⁵¹ Se refiere Pogge a lo que él ha llamado la concepción lockeana de la justicia económica. Esta concepción se basará en un estado no institucional para desarrollar su idea. Se trata de un estado de naturaleza preinstitucional en donde todas las personas tienen una igual pretensión moral sobre todos los recursos naturales, esta pretensión moral quedaría definida en la igual libertad para todos de tomar todo bien natural que no fuera de nadie, con la única limitación de la llamada cláusula lockeana, por la que las apropiaciones unilaterales realizadas por cualquier persona en el estado de naturaleza deben dejar a los demás una cantidad suficiente y de tan buena calidad. Esta restricción constituiría un imperioso deber negativo estrictamente debido a los demás... Pues bien, puesto que los hombres pueden crear e imponer instituciones económicas que autoricen apropiaciones unilaterales desproporcionadas, Locke lo asume y lo limita al hecho de que todos consientan racionalmente en la introducción

tuvieran acceso a una parte proporcional de los recursos naturales del mundo». Ante la complejidad de esclarecer la afirmación fáctica y de evaluarla empíricamente, parece más adecuado preguntarse si nuestro orden económico global es peor o mejor para los pobres de lo que lo hubiera sido la continuación del que lo precedió. Esta cuestión más asequible de responder parece que es la que tienen en mente aquellas personas que discuten sobre si el preSente orden económico global perjudica o beneficia a los pobres. Pensemos, pues, que efectivamente la pobreza y las muertes que ésta provoca son hoy menores de lo que lo serían si no se hubiera firmado el tratado de la OMC. Podríamos pensar por consiguiente que el nuevo régimen beneficia a los pobres, pues los trata mejor de lo que el anterior lo había hecho. Sin embargo, este razonamiento fracasa, arguye Pogge, por considerar sin justificación que el régimen pre-OMC constituía un punto de partida neutral, un régimen no perjudicial para los pobres⁵².

Por tanto, esta cuestión nos lleva a una nueva pregunta que «no se centra en los efectos del nuevo orden económico global sobre la pobreza mundial, sino en los efectos provocados por el *cambio a* este nuevo orden». Para Pogge, los acuerdos que se ratificaron en la Ronda de Uruguay perjudican a los países en desarrollo y sus poblaciones. «Estos acuerdos exacerban la pobreza y provocan más muertes por causas relacionadas con ella»⁵³. Podría un defensor de la OMC replicar que los pobres no se benefician de todas y cada una de las nuevas reglas y cláusulas, pero sí que se benefician de la adhesión al Tratado de la OMC tomado en su conjunto. Ello podría ser cierto, dice Pogge, respecto de los «pobres» considerados como un todo pero es falso respecto de los «pobres» concebidos como individuos. Pogge, es claro: «Muchos de los que han muerto por causas relacionadas con la pobreza tras la entrada en vigor del Tratado de la OMC, hubieran sobrevivido si dicho Tratado no se hubiese firmado». Los defensores de la OMC podrían contestar que sin este Tratado habría habido más pobreza aún y consiguientemente más muertes a causa de la pobreza, por lo que podríamos concluir que los daños que ha provocado el cambio de régimen son justificables porque son contrarrestados por los beneficios que origina este cambio. Es decir, que las personas muertas a causa de la pobreza que hubieSen sobrevivido de haber continuado el régimen anterior quedan justificadas porque hay personas que consiguen sobrevivir y que hubieSen muerto de haber continuado el régimen anterior. Si así fuera, si efectivamente hay menos pobreza bajo el

de esas instituciones, es decir, que todos se beneficien de la institución en cuestión. Esta sería la cláusula lockeana de segundo orden. El actual orden social pues, rompería con las dos cláusulas lockeanas. Véase, POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., pp. 177-181.

⁵² POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., pp. 30-31. La cita es de la p. 31.

⁵³ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., pp. 31-32 y 32, respectivamente.

nuevo régimen de la que habría de haber continuado el régimen anterior, la respuesta, entonces, resulta elogiada respecto de un gobierno del Tercer Mundo que tiene que enfrentarse a la dura misión de elegir entre quedarse con el nuevo régimen y tener un menor número de muertes debidas a la pobreza, o, rechazar el cambio y tener un mayor número de muertes por este motivo. Pero esta respuesta no resulta convincente si el que la lleva a cabo es un gobierno de América del Norte, UE, Australia, Nueva Zelanda y otros países que comparten la seguridad económica y los valores occidentales básicos de estos países. «Ellos no se enfrentaron a la cruda disyuntiva de tener que elegir entre mantener el régimen anterior o presionar por *este* Tratado de la OMC»⁵⁴. Es innegable, afirma Pogge, que «nuestros»⁵⁵ gobiernos al imponer este Tratado de la OMC al resto del mundo, han eliminado de una forma previsible a millones de pobres que hubieran sobrevivido sin el Tratado. Podían haber evitado estas muertes si no hubieran insistido en mantener las exenciones proteccionistas y los demás compromisos onerosos para los países en desarrollo, con el fin de obtener unas ganancias materiales insignificantes. «Nuestros» gobiernos buscaron maximizar «nuestras» ganancias con el acuerdo pero estas ganancias materiales no justifican la elección tomada por «nuestros» gobiernos de causar todas esas muertes. Pogge, al observar la trayectoria seguida por la pobreza mundial y la desigualdad global desde el final de la Guerra Fría manifiesta «la particular y especialmente brutal vía de globalización económica que nuestros gobiernos han escogido imponer». Él propone «una vía de globalización diferente que entrañe una integración económica y política que satisfaga los derechos humanos en todo el mundo y conceda a las personas de todas partes la posibilidad de compartir los beneficios del crecimiento económico global»⁵⁶.

Pogge, coincide pues con Sen en que la vía escogida por la globalización económica de hoy en día es inadecuada para paliar los problemas de injusticia y desigualdad globales. Del mismo modo, ve en la propia globalización un instrumento válido, y con resortes suficientes (y necesarios) donde poder construir un sistema económico más justo con los más desfavorecidos del planeta y poder mitigar así los problemas de distribución globales a los que se enfrenta el mundo de hoy.

⁵⁴ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., pp. 32-33. Ambas citas son de la p.33.

⁵⁵ Cuando Pogge utiliza los términos «nuestro», «nosotros», «nos», se está refiriendo a los ciudadanos adultos de los países mencionados en ese mismo párrafo, con ello quiere ahondar en la idea de nuestra responsabilidad en relación con la pobreza mundial. POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., p. 274.

⁵⁶ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, cit., p. 35, ambas citas.

I.V La globalización y el Sentido de la identidad global como modos de encarar el problema de las desigualdades globales

Ante las desigualdades y la injusticia global existen distintos tipos de respuestas que luchan, por decirlo de algún modo, con acaparar la atención de la población mundial. El mismo análisis de ciertas situaciones, desde determinado punto de vista puede motivar la búsqueda de la equidad global, pero desde otra posición puede tergiversarse, limitarse y hacer las cosas más severas consiguiendo de este otro modo alimentar la causa de la venganza global. Así, en el estudio de las implicaciones que conlleva la desigualdad global, las consecuencias variarán dependiendo de cómo se encare el tema de la identidad. De hecho, «el modo en que elegimos vernos a nosotros mismos» es de una importancia fundamental a la hora de buscar de manera constructiva las formas y los medios de reducir la injusticia global⁵⁷. Hoy se usa, con devastadores efectos, un enfoque de la identidad basado en el cultivo del descontento, apunta Sen, causado por el Sentimiento de las humillaciones pasadas o de las desigualdades presentes, que se fundamenta en una oposición *solitarist*⁵⁸ de la identidad, en particular a través de la fórmula «Occidente-antioccidente». Esto complementa una identidad religiosa beligerante (básicamente islámica) dispuesta a enfrentar a Occidente. «Este es el mundo de identidades singularmente divididas, donde los contrastes económicos y políticos encajan en las diferencias de la etnicidad religiosa». Pero hay otras respuestas para encarar las desigualdades y agravios globales de un modo más explícito y comprensivo como hemos venido viendo. La globalización incluso puede hacer una función constructiva, dice Sen, generando mayor prosperidad (que se podría compartir más equitativamente combinando la puesta en marcha de relaciones económicas globales con otros acuerdos institucionales de orden social) y también por medio de las nuevas realidades transfronterizas resultado de contactos humanos amplios generados por la cercanía económica global⁵⁹.

⁵⁷ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 196 y 199. La cita es de la p.199.

⁵⁸ «*Solitarist*» (SEN, Amartya Kumar, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, cit., p. 146): «Singularista» (así traducido en la versión en lengua española de la obra por WEINSTABL, Verónica Inés, y HAGEN, Servanda María de, *Identidad y Violencia. La Ilusión del Destino*, cit., p.196).

⁵⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 196-197. La cita es de la p. 197.

Y es que ya advertía Hume, explica Sen, que «las crecientes relaciones económicas y sociales contribuyen a la expansión del alcance de nuestro Sentido de identidad y de nuestra preocupación por la justicia»⁶⁰. Hume creía que las conexiones comerciales y económicas entre los países mejoraba la relación de las personas de distintos lugares⁶¹. A mayor contacto, mayor interés por esa persona. Y es que tal vez cuanto más cercano te encuentras de los demás mejor puedes percibir el hecho innegable de las muchas cosas que nos unen⁶². Las razones más esgrimidas por los movimientos antiglobalización se refieren a un interés generalizado por las desigualdades y las asimetrías globales, lo que podría extrapolarse a esa idea de Hume que afirma que las relaciones económicas más cercanas ubicarían a personas distantes dentro del alcance de «la ampliación gradual de nuestra consideración de la justicia». Por tanto, ciertamente, como expresa Sen, «las voces de la protesta global son parte de la ética en desarrollo de la globalización». Y, del mismo modo, sus críticas, pueden utilizarse para «exigir más equidad global por medio de modificaciones institucionales apropiadas»⁶³.

Así, en fin, concluye Sen, no se puede considerar que las críticas «antiglobalización» concretadas en los acuerdos desiguales e injustos que afectan a los desamparados del mundo y que se basan en una ética global, se oponen realmente a la globalización. Más bien, «sugieren la necesidad de buscar un trato más justo para los desvalidos y los infelices, y una distribución más justa de las oportunidades en un orden global adecuadamente modificado». El propio debate global sobre la urgencia de todas estas cuestiones puede ser la base de una búsqueda constructiva de cómo podemos llegar a reducir la injusticia global. Esta búsqueda es clave en sí misma y además puede ostentar una función fundamental porque nos aleja del enfrentamiento de identidades totalmente disgregadoras⁶⁴.

⁶⁰ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 197.

⁶¹ HUME, David, «Una Investigación sobre los principios de la moral», en *De la moral y otros escritos*, trad. de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. P. 32, *in fine*.

⁶² A ello se refiere Maalouf, «cada una de mis pertenencias me vincula a muchas personas», esto no significa que se desfigure la propia identidad de uno o que produzca su pérdida gradual, al contrario, «cuanto más numerosas son las pertenencias que tengo en cuenta, tanto más específica se revela mi identidad». MAALOUF, Amin, *Identidades asesinas*, trad. Fernando Villaverde Landa, Madrid, Alianza Editorial, 2004. P. 26.

⁶³ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 198, ambas citas.

⁶⁴ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 199. De donde se toma la cita.

II. LA POBREZA

II.I Conexiones entre la pobreza y la desigualdad globales y la violencia

Existe, según Sen, en la pobreza y en la desigualdad global relación con la violencia global. Y por ello argumentará sobre la conexión existente entre la pobreza, por un lado, y la violencia, por otro. Así ha observado Sen, inicialmente, una particularidad en los últimos años que le causa preocupación. Nos referimos a la causa que se invoca cuando se piensa en erradicar la pobreza en este mundo. Y es que en la actualidad hay una «tendencia a justificar políticas de erradicación de la pobreza con el fundamento de que es la forma más segura de prevenir conflictos y disturbios políticos». Esto conlleva algún atractivo según Sen pues, aunque observamos una «justificación indirecta de la erradicación de la pobreza –no por sí misma sino por la paz y la tranquilidad en el mundo–», se nos va a dar un argumento que apela al propio interés como razón para ayudar a los necesitados. Así pues, se nos presenta un motivo para asignar más recursos para terminar con la pobreza que se basa en una relevancia política (más que moral)⁶⁵. Sin embargo, ésta sería una vía poco recomendable, con independencia de la validez de la causa, pues la razón que se aduce podría tambalearse según fuere, o funcionare, el sistema económico y político. El caso es que «la pobreza y la desigualdad masiva son lo suficientemente terribles por sí solas y merecerían atención prioritaria aunque no hubiera conexión alguna con la violencia»⁶⁶.

El profesor Mark Duffield, aborda también esta cuestión, «el discurso del desarrollo entiende el conflicto y la pobreza como interconectados de formas diferentes pero que se refuerzan entre ellas». Así, no es que se proclame una relación causal directa entre pobreza y conflicto, pues hay muchos países pobres que son relativamente estables, del mismo modo que los Balcanes, que era una región con ingresos medios sucumbió a la violencia y al desplazamiento de población masivo, sino que la interconexión se presenta en el sentido de afirmar que los países pobres corren mayor riesgo de conflicto. De este modo, se concluye que la pobreza conlleva un alto riesgo de que se produzca un estallido de violencia, pero no conduce al conflicto de forma directa. De la misma manera, la violencia se retrata como un factor que acrecienta y complejiza la pobreza⁶⁷. Duffield, se pregunta si realmente el conflicto agrava la pobreza. Así es, cuando la ONU, declaró que

⁶⁵ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 191. De donde se toma la cita.

⁶⁶ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 192.

⁶⁷ DUFFIELD, Mark, *Las nuevas guerras en el mundo global*, trad. Mayra Moro Coco, Madrid, Catarata, 2004. P. 162, la cita es de esta página.

Mozambique era el país más pobre del mundo lo hizo *durante* la guerra, no después de ella. Hay que tener en cuenta que las autoridades de Mozambique fueron capaces de pagar por la guerra, además sus países vecinos, Zambia y Malawi, que no han sufrido ningún gran conflicto, tienen niveles de pobreza similares a los de Mozambique. Con todo, parece que la *idea* de que el conflicto destroza el desarrollo y agrava la pobreza representa un papel importante a la hora de movilizar los complejos estratégicos de la paz liberal; se respalda así el pensamiento que reinventa el desarrollo como prevención de conflictos y le da cierta urgencia a la necesidad de intervenir. La intervención, que moralmente queda justificada en sí misma, favorece además los intereses de la seguridad internacional, y es que *debe* romperse la espiral de empobrecimiento que conduce a un mayor conflicto⁶⁸.

Está claro, la pobreza es un castigo en sí mismo. Y aún así, no podemos dejar de considerar que la pobreza además, tiene una gran conexión con el conflicto y con los disturbios. Pero puede suceder, explica Sen, que el pobre estuviera demasiado frágil por el hambre como para luchar y combatir, incluso como para protestar y gritar. Por lo que no sería extraño, concluye, que el sufrimiento generalizado esté acompañado a veces de paz y silencio. Cita Sen en la hambruna acaecida en Irlanda en la década de 1840. Se mantuvo el orden público aun cuando la muchedumbre veía navegar por el río Shannon «un barco tras otro cargado de ricos alimentos llevados desde la hambrienta Irlanda hasta la bien alimentada Inglaterra». Así, sin ser los irlandeses famosos por su docilidad, los años de hambruna transcurrieron sustancialmente en paz⁶⁹. Igual sucedió durante la hambruna sufrida en Bengala⁷⁰ en el año 1943. Sen, recuerda de niño ver «personas hambrientas que morían delante de tiendas de golosinas con toda variedad de alimentos exquisitos exhibidos detrás de las vitrinas, sin que nadie rompiera un solo vidrio ni violara el orden público». En 1942, los bengalíes se rebelaron violentamente contra el dominio británico en la India. Pero al año siguiente, durante la hambruna «la situación estaba

⁶⁸ DUFFIELD, Mark, *Las nuevas guerras en el mundo global*, cit., p. 163.

⁶⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p.p. 192-193. La cita es de ambas páginas.

⁷⁰ Bengala, hasta 1947, era una región más de la India, con capital en Calcuta. Hoy forma parte de la India y de Bangladesh. La antigua región de Bengala estaba formada por la actual Bengala Occidental, y por Bihar, Tripura, Orissa, Jharkhand y Meghalaya. En 1905, los británicos dividieron la región en dos provincias, según su religión, la del este (que incluía la actual Assam), de mayoría musulmán, y la del oeste (que incluía las actuales Bihar y Orissa), de mayoría hindú. En 1947, tras la independencia de la India del imperio británico, Bengala se dividió en dos, por un lado Bengala Occidental, de mayoría hindú y que seguía formando parte de la India, y, de otro, Bengala Oriental, de mayoría musulmán, que quedaba bajo el dominio del Pakistán (la Bengala Oriental, en 1958, pasó a denominarse Pakistán Oriental). Finalmente, en 1971, y tras una guerra de independencia, aquella Bengala Oriental se convirtió en la República Independiente de Bangladesh.

tranquila»⁷¹. Con todo, y aunque se reaccionara pacíficamente en un primer momento, puede más tarde, el sufrimiento vivido y su recuerdo, devenir en violencia⁷². Sería pues, en este caso, una cuestión de tiempo. Ya que el Sentimiento de injusticia puede alimentar el descontento durante años. El recuerdo de la indigencia tiende a mantenerse, y puede ser invocado para generar rebelión y violencia. Aquella hambruna, provocada por la negligencia política y económica, alejó severamente a los irlandeses de Gran Bretaña, y contribuyó a la violencia que caracterizó las relaciones entre ambos pueblos durante más de ciento cincuenta años. De este modo, Sen nos advierte de la negligencia que se está llevando a cabo con África, pues su difícil situación en la actualidad⁷³ puede tener, en el futuro, un efecto similar sobre la paz mundial. Así, no sería extraño que lo que está haciendo o dejando de hacer el resto del mundo cuando buena parte de la población de África vive amenazada por el SIDA, la malaria y otras enfermedades⁷⁴, no se

⁷¹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 193, ambas citas.

⁷² Según el Mahatma Gandhi, cuando esto ocurre es porque no ha habido una no-violencia (*ahimsa*) de los fuertes. Esta no-violencia que propugna Gandhi es una forma de vida total, en ella el *satyagrahi* (aquel consagrado a la defensa no violenta de verdad) se dedica de lleno a transformar su vida, la de su adversario y la de la sociedad, por medio del amor. Es decir, según Gandhi, aquí no habría habido propiamente una no-violencia, pues esta resistencia pasiva sería una capa donde se ocultaría el odio, es una conducta desmoralizadora y destructiva. Gandhi ante esta falsa no-violencia, prefiere el recurso a la fuerza, incluso aconseja al oprimido emigrar si «(...) carece de la fuerza que da la no-violencia o la capacidad de devolver golpe por golpe» (I-255). De ahí el deseo de Gandhi: «Quiero que la no-violencia de los (muchos) débiles se convierta en la no-violencia de los valientes (...)» (I-245). *Gandhi y la No-Violencia. Una Selección de los Escritos de Mahatma Gandhi Editados por Thomas Merton*, trad. de Carmen Castells, Barcelona, Ediciones Oniro, S.A., 1998 (la obra es una selección de textos de *Non-violence in Peace and War*, de GANDHI, Mohandas K.). Capítulo 2 «No-violencia: Verdadero y Falso». Las citas son de las pp. 81-82 y 81, respectivamente.

⁷³ Adviértase, por ejemplo, la situación que vive la República de Mozambique, en el África Meridional. Allí la esperanza de vida para los hombres es de 37,25 años y para las mujeres de 35,62 años. La tasa de fecundidad de 4,8 hijos es contrarrestada por una mortalidad infantil de 132 por mil niños menores de un año. Existen 2 médicos por cada 100.000 habitantes. El 12,2 % de la población entre 15 y 49 años tiene SIDA, por lo que la franja de población en edad de producir queda aniquilada, dejando a su vez millares de huérfanos. Este país, desde que se independizó de Portugal en 1975, ha sufrido una cruenta guerra civil que duró hasta el año 1992; en ella murieron más de 1.000.000 de personas y dejó el país sumido en una grave crisis económica y social. El 78,4 % de la población de Mozambique vive hoy con menos de 2 dólares al día. El 53 % de la población es analfabeta. El agua la obtienen de pozos. La mujer no tiene reconocido ningún derecho, pero sí muchas obligaciones... Revista *Manos Unidas*, núm. 170, enero-marzo 2008, «Países preferentes para Manos Unidas en 2008», p. 18.

⁷⁴ « Los gobiernos de los países más pobres tienen, por su parte, la responsabilidad del buen gobierno y de la eliminación de la pobreza, pero en esto es irrenunciable una activa colaboración por parte de todos los socios internacionales». Si todos pertenecemos a una misma familia humana, y todos gozamos de una común dignidad será deber moral del resto de países colaborar con los países más desfavorecidos, sostiene Benedicto XVI. En consecuencia, estima necesario que se lleven a cabo «importantes inversiones en el campo de la investigación y del desarrollo de medicinas para el tra-

olvide durante un largo período de tiempo. Y es que las humillaciones derivadas de la asimetría del poder perduran en el tiempo y tienden a la violencia⁷⁵.

Asimismo, Israel, domina a los palestinos con su gran capacidad sustentada en el poder militar, y obtendrá muchas ganancias políticas inmediatas, pero el Sentimiento de injusticia frente a la violación arbitraria de los derechos de los palestinos⁷⁶ puede acarrear mucha violencia y arrastrar igualmente a otras personas que están vinculadas con los palestinos a través de las identidades árabe, musulmana o tercermundista.⁷⁷ Es decir, «la Sensación de que el mundo está dividido entre los que tienen y los que no tienen» abre la posibilidad a que tanta gente se apunte a lo que «se percibe como *violencia vengativa*»⁷⁸.

A ello se refiere también Maalouf, el cual explica que precisamente lo que caracteriza la identidad de cada uno es que es compleja, única, irremplazable, imposible de confundirse con ninguna otra. E insiste en esta idea porque observa que en el mundo de hoy se ha extendido un hábito mental a su juicio verdaderamente dañino, según el cual para que una persona exprese su identidad le basta con decir «soy árabe», «soy francés», «soy negro», «soy serbio», «soy musulmán»..., si por el contrario tratas de enumerar tus múltiples pertenencias se te acusa de querer «disolver» tu identidad en un conglomerado

tamiento del sida, de la tuberculosis, de la malaria y de otras enfermedades tropicales. Los países industrializados tienen que afrontar la urgente tarea científica de crear finalmente una vacuna contra la malaria. Asimismo, es necesario poner a disposición tecnologías médicas y farmacéuticas, así como conocimientos derivados de la experiencia en el campo de la salud, sin pretender en cambio exigencias jurídicas o económicas». Carta del Papa Benedicto XVI a la canciller de la RFA, *cit.*

⁷⁵ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, *cit.*, pp. 193-194.

⁷⁶ Adviértase la impresión de la cooperante española, Beatriz Seara, Cáritas Diocesana de Orihuela, al llegar a Palestina con la delegación de Cáritas Española el 7 de septiembre de 2007: «Una injusta realidad (que) nos abofetea desde la misma llegada, evidenciándose en una violencia estructural intimidatoria y degradante con muros de hormigón y vallas eléctricas como bandera y un férreo control militar presente en cada rincón de esta asolada tierra gobernada por la ocupación. Pudimos observar kilómetros de estos muros, ver los asentamientos israelíes en torno a poblaciones palestinas, las carreteras cortadas y la humillación a la que los palestinos son sometidos en los puestos de control o en cualquier lugar donde se considere». Igualmente, de su encuentro con los alcaldes de Belén, Beit Jala y Beit Sahaour, añade, «en esta visita comprobamos la terrible situación de Belén, su total y brutal aislamiento y la precariedad de sus gentes». Revista *Cáritas*, núm. 487, noviembre 2007, «Palestina. 40 Aniversario de Cáritas Jerusalén». Pp. 35 y 36, respectivamente.

⁷⁷ Sobre aquella ideología que justifica la violencia para defender la identidad de los pueblos que se sienten humillados, BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, *cit.*, en el capítulo 2 «La guerra de la identidad humillada: El salafismo». En este capítulo Ballesteros explica que «el paso a la violencia no depende de la religión, sino de factores extrarreligiosos», estos motivos desencadenantes de la violencia provienen más bien del ánimo de venganza, el desarraigo o el aislamiento. P. 80.

⁷⁸ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, *cit.*, p. 194. Ambas citas.

informe en el que todas esas filiaciones quedan difuminadas. Pero no es eso, explica Maalouf, no es que todos los hombres sean parecidos, sino que cuando uno se define con expresión de todas sus pertenencias demuestra precisamente que cada hombre es distinto de los demás. «Si un cristiano libanés es diferente de un musulmán libanés, no conozco tampoco a dos cristianos libaneses que sean idénticos»⁷⁹.

Vemos, igualmente, cómo *the solitarist view of an Islamic identity confronting Europe and America*⁸⁰ tergiversa la retórica de la injusticia global y es utilizada para alimentar una atmósfera de violencia.⁸¹ Y es que como se ha dicho «la violencia yihadista se produce debido al temor a la pérdida de la propia identidad cultural, en función de la globalización»⁸². Así, se puede apreciar que el maltrato sufrido en el pasado por potencias occidentales, la Sensación de abandono en el reparto de los beneficios del capitalismo global o la pobreza y el Sentimiento de injusticia global... puede provocar que los acomodados líderes de diversos grupos terroristas recluten voluntarios para actos de violencia⁸³. Ante ello Sen propone «una división más equitativa de los beneficios de la globalización», como medida preventiva duradera, contra el reclutamiento de personas para organizaciones terroristas y contra la creación de un clima donde el terrorismo sea tolerado⁸⁴.

II.II África: El continente violentado. Ética global en la puesta de soluciones

A mediados del siglo XX al continente africano le llega el fin formal de los imperios británico, francés, portugués y belga con la promesa de aperturas democráticas. Sin embargo, lo que realmente

⁷⁹ MAALOUF, Amin, *Identidades asesinas*, cit. Pp. 28-29. La cita es de la p. 29.

⁸⁰ «La visión singularista de una identidad islámica enfrentada a Europa y a los EE. UU.» (tomado de la versión original, SEN, Amartya Kumar, *Identity and violence. The illusion of destiny*, cit., p. 146). SEN, Amartya Kumar, *Identidad y Violencia. La Ilusión del Destino*, cit., p. 196).

⁸¹ En este Sentido, BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, cit., donde explica las causas últimas que invoca el salafismo yihadista para tomar como enemigo prioritario a Occidente, y en concreto a EE. UU., y justificar así el terrorismo como una «guerra defensiva permitida por el Corán». También se referirá a la responsabilidad que la «errática política exterior norteamericana» tiene en el incremento del terrorismo entre los países de mayoría musulmana. Capítulo 2, punto VII «El reSentimiento hacia Occidente». Citas de las pp. 83 y 84, respectivamente.

⁸² BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, cit., p. 79.

⁸³ Efectivamente, sobre ello, Thomas MERTON explica, respecto de lo que no es verdaderamente No-violencia para Gandhi que «la no-violencia de los débiles es más bien una política de protesta pasiva (...) Carece de amor, su objetivo es dañar al adversario en formas que no implican fuerza, y puede recurrir al sabotaje secreto o incluso al terrorismo». *Gandhi y la No-Violencia. Una selección de los escritos de Mahatma Gandhi editados por Thomas Merton*, cit., p.77.

⁸⁴ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 195.

ocurrió fue la aparición del autoritarismo y el militarismo, el colapso de los servicios sociales básicos y el surgimiento de todo tipo de conflictos locales. Y es que la Guerra Fría se libró fundamentalmente en suelo africano. Recuerda Sen, que cuando caciques militares tales como Mobutu Sese Seko, del Congo, o Jonas Savimbi, de Angola, destruyeron los órdenes sociales y políticos en África, dependían del apoyo de la Unión Soviética (URSS) o de EE.UU. y sus aliados, según sus alianzas militares. Es decir, «a un usurpador militar de la autoridad civil nunca le faltó una superpotencia amiga, con la que se vinculó a través de la alianza militar»⁸⁵.

De igual modo lo ve Jeffrey Sachs, en su obra *El fin de la pobreza*, «tan pronto como finalizó el período colonial, África se convirtió en un títere de la Guerra Fría». Así es, los gobiernos occidentales y sus correspondientes servicios de Inteligencia, ya fueran de EE.UU. o de Europa, se opusieron a los líderes africanos de corte nacionalista que buscaban ayuda en la URSS o pretendían mejores condiciones para las inversiones occidentales en los recursos naturales y energéticos de África. Lo cierto es que Occidente respondió a la independencia africana con violencia y conspiración, Sachs lo expresa con rotundidad, «en 1960 agentes belgas y de la CIA asesinaron al carismático primer ministro del Congo, Patrice Lumumba, y pusieron en su lugar al tirano Mobutu Sese Seko. En la década de 1980 EE.UU. apoyó a Jonas Savimbi en su violenta insurrección contra el gobierno de Angola bajo el pretexto de que Savimbi era anticomunista, cuando en realidad era un matón violento y corrupto. EE.UU. respaldó durante mucho tiempo el régimen de *apartheid* sudafricano y le brindó apoyo tácito cuando armó a los violentos rebeldes del Renamo en la vecina Mozambique. La CIA estuvo implicada en el derrocamiento violento del presidente de Ghana Kwame Nkrumah en 1966. De hecho, casi todas las crisis políticas africanas –Sudán, Somalia y otras muchas– cuentan entre sus causas con una larga historia de intromisiones occidentales»⁸⁶.

Si a ello le sumamos las epidemias⁸⁷ (ya sean antiguas, como la malaria, o nuevas, como el SIDA) que asolan buena parte del continente, o el peso de la deuda externa que maniata estos países⁸⁸, com-

⁸⁵ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 135-137. La cita es de la p. 137.

⁸⁶ SACHS, Jeffrey, *El fin de la pobreza*, cit., p. 273. Ambas citas.

⁸⁷ La salud es un derecho fundamental. Implica que las necesidades básicas de las personas estén cubiertas y se garantice el acceso de todos a una vida sana, sin enfermedades y sufrimientos evitables. Y es que en la desigualdad social y estructural se acrecienta la pérdida de derechos y como consecuencia se deteriora la integridad de la persona y su bienestar. El tratado internacional Naciones Unidas sobre derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, prevé en su artículo 12.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

⁸⁸ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 136.

prenderemos bien que el crecimiento y desarrollo de las economías africanas no llegue con facilidad⁸⁹. En efecto, Sachs, cuando se pregunta por cuáles son las causas más profundas de la pobreza en África, no cree que el origen fundamental del problema resida en la corrupción existente por todo el continente ni tampoco en el lamentable legado colonial o los daños ocasionados en el período postcolonial, porque, con todo, ciertos países africanos, relativamente bien gobernados durante la década de 1990, como pudieran ser Ghana, Malawi, Mali o Senegal, no consiguieron prosperar, mientras, por ejemplo, la India, el Pakistán, Indonesia o Bangladesh gozaban de un rápido crecimiento económico. Es decir, los países africanos quedan rezagados del crecimiento económico aun cuando se percibe en ellos menos corrupción que en los asiáticos. Lo mismo sucede con determinados países no africanos que también han sufrido daños importantes como consecuencia de décadas de dominación colonial e intromisión postcolonial. Así, el Vietnam sufrió mucho hasta lograr su independencia, sin embargo se recuperó de todo aquello⁹⁰, y ha alcanzado un crecimiento económico muy rápido⁹¹. Y es que Sachs está convencido de que son la enfermedad y la muerte las causas más determinantes de la prolongada incapacidad de África para el desarrollo económico. «Nunca, ni siquiera en el altiplano de Bolivia, donde proliferan las enfermedades, me había enfrentado a tanta enfermedad y muerte. La India nunca me ha transmitido esa misma Sensación de muerte en el

⁸⁹ Así es, la población del continente africano es víctima de enfermedades infecciosas, conflictos armados, expolio de sus recursos naturales, hambruna, pobreza y analfabetismo. Como sabemos la cumbre del G8 de 2007, que terminó en Heiligendamm, Alemania, se había propuesto como prioridad el compromiso de paliar las necesidades más urgentes que sufre África. Finalmente se decidió destinar, según la ministro de Ayuda al Desarrollo de Alemania, 60.000 millones de dólares para luchar contra el SIDA, la malaria y la tuberculosis en el continente. La organización Manos Unidas ve esta cifra generosa pero insuficiente para la amplitud de necesidades que urgen en África, pero sobre todo ve necesario «hacer un seguimiento (de este dinero), porque podría camuflarse en ayudas a la exportación de los productos de las multinacionales de las naciones donantes»; para ello «apoya y reclama de los gobiernos y de los organismos internacionales políticas más firmes, eficaces y transparentes para alcanzar los Objetivos del Milenio». *Revista Manos Unidas*, núm 168, julio-septiembre 2007, p. 9.

⁹⁰ Casi un siglo de dominación francesa, que invadió la península de Indochina a mediados del siglo XIX; la ocupación del Japón durante la Segunda Guerra Mundial; la partición del país en dos en 1954, dando lugar al Vietnam del Sur y al Vietnam del Norte, de acuerdo con lo estipulado en el Tratado de Ginebra, convenio que se ocupaba de la descolonización de Francia de los territorios de Indochina, y que trajo consigo continuas tensiones; la llamada Guerra de Vietnam que durante diez años asoló el dividido territorio de Vietnam (además del de Laos y del de Camboya), que fue apoyada y alentada por China y la URSS en el Norte, y por EE.UU. y sus aliados en el sur, de acuerdo con el orden que la Guerra Fría había establecido a nivel internacional (el número de muertes en esta guerra se cuenta por cientos de miles, también el de heridos); la posterior guerra con Camboya; los ataques de China en 1979 al norte del país... Una historia reciente plagada de conflictos bélicos y, por tanto, especialmente dura para todos sus habitantes.

⁹¹ SACHS, Jeffrey, *El fin de la pobreza*, cit., pp. 274-276.

ambiente». Si el SIDA provocaba la muerte repentina de tanta gente en el África tropical ya en esos años (a mediados de la década de 1990), la malaria no era menos destructiva explica Sachs), absolutamente todos sus colegas africanos habían padecido algún episodio de malaria en el período de un año, con todo lo que ello representaba, riesgos en la propia vida y en la de su familia, largas ausencias en el trabajo, desolación... «lo que más me sorprendía, sin embargo, era el ensañamiento de la malaria con los niños. Los hijos de todo el mundo –ricos y pobres por igual– contraían la malaria». Es por ello por lo que Sachs, propone realizar de modo urgente un buen diagnóstico diferencial para el caso del África subsahariana, para de este modo tratar así de aprehender las causas que motivan la continua crisis económica que vive el continente⁹².

En la actualidad aquella presencia militar de Occidente en África se está transformando, observa Sen. En efecto, ahora la presencia militar de Occidente en África consiste en ser el principal proveedor de las armas vendidas en el mundo. Con estas armas se sostienen las guerras y los conflictos militares locales y de paso se aniquila cualquier perspectiva económica de los países pobres⁹³. Y, aunque la venta de armas no es el único obstáculo para reducir el número de conflictos armados, pues la propia demanda de armas indica ya un problema claro en la zona, «en este momento la necesidad de poner límites al comercio masivo internacional de armas es extremadamente imperiosa»⁹⁴. Los países occidentales del G8⁹⁵ son los proveedores del 84 por 100 de las armas vendidas en el mundo entre 1998 y 2003, según destaca el Instituto de Investigación de Paz de Estocolmo, cita Sen. EE.UU., provee la

⁹² SACHS, Jeffrey, *El fin de la pobreza*, cit., p. 276 y 278. Ambas citas pertenecen a la p. 278. A la cuestión de la enfermedad y la muerte, SACHS, añade otros importantes obstáculos al desarrollo económico de África: el problema del aislamiento y la falta de infraestructuras básicas, que son el rasgo predominante de las zonas rurales de África, y que además es donde vive la mayoría de los habitantes del continente; la necesidad urgente de implantar reformas en el mercado tradicional, especialmente en lo relativo al apoyo a la exportación, y la combinación de geografía adversa y pobreza extrema que se da en África, pp. 277, 279, 280 y 298.

⁹³ Un estudio realizado por varios organismos entre los que se encuentra la Red Internacional de Acción contra las Armas Ligeras, con datos del Instituto de Investigación sobre Conflictos Internacionales, ha concluido que África ha echado a perder 300.000 millones de dólares en los últimos quince años por causa de la guerra, perdiendo anualmente un 15 por 100 del Producto Interior Bruto (PIB). Entre las naciones más castigadas: República Democrática del Congo, Suráfrica, Ruanda, Burundi, Eritrea, Congo-Brazzaville, Sudán o Etiopía (<http://www.iansa.org/>). Además, aprovechando la guerra, los dictadores y políticos corruptos mantienen la falta de transparencia y posponen las reformas democráticas.

⁹⁴ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 137.

⁹⁵ Alemania, Canadá, EE.UU., Francia, Italia, Reino Unido. Japón es el único país no occidental del grupo. Rusia venía siendo país invitado, pero desde 2002 (Cumbre de Kananaskis-Canadá) se le considera un miembro más, de ahí la denominación de G8. Aunque ciertamente Rusia está excluido del debate económico porque no pertenece a la OMC.

mitad de las armas vendidas en el mundo⁹⁶. Esto nos debe hacer reflexionar. El uso de las armas tiene fatales consecuencias, provoca la muerte y la destrucción, e impide el desarrollo de la sociedad, su gobierno y su economía. Por el contrario, ciertas potencias mundiales continúan potenciando el desarrollo del militarismo político en África, como ya lo hicieran en los tiempos de la guerra fría, sólo que ahora se hace con la venta y promoción de armas. Es curioso, pero en la *civilizational categorization* (categorización civilizacional) de hoy día, y a la que tanto se refiere Huntington⁹⁷, Occidente queda como una civilización con una tradición de derechos y de libertades individuales excepcional, y sin embargo, observa Sen esta misma *civilización* ha ayudado mucho al socavamiento de estos mismos derechos en los demás países. Por lo tanto, urge que los gobiernos de Occidente cambien su política internacional. «Deben producir cambios en sus políticas a fin de restringir o detener a los mercaderes de la muerte desde adentro de sus fronteras»⁹⁸.

⁹⁶ <http://www.sipri.org/>

⁹⁷ Sen viene refiriéndose mucho a Samuel Huntington, y su influyente libro *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, precisamente por discrepar profundamente de sus tesis. SEN entiende que este enfoque es equivocado porque establece una categoría única, incluso ya antes de que se plantee la posibilidad de un choque. Es decir, presupone que la humanidad puede clasificarse, principalmente, en civilizaciones distintas y que las relaciones *entre los diferentes seres humanos* de alguna manera pueden verse, y sin menoscabo, en términos de relaciones entre diferentes civilizaciones. Así, la teoría del choque de civilizaciones queda condicionada al poder de una única categorización, que sigue las denominadas líneas de civilización (las cuales siguen de cerca las divisiones religiosas, a las que se da singular atención). De este modo, Huntington contrasta la civilización occidental con la «civilización islámica», «la civilización hindú», etc. La división dominante que divide y separa, incorpora las supuestas confrontaciones surgidas de las diferencias religiosas. Sen ve en esta teoría una visión reduccionista del hombre. La población mundial puede dividirse según muchos otros sistemas de división, y todas de relevancia (nacionalidad, idioma, ocupación, ideas políticas...). Por su parte, el hombre polifacético queda reducido a una dimensión única, y amordaza la variedad de relaciones que habían provocado durante siglos las interacciones transfronterizas (el arte, la literatura, los juegos, el comercio, la ciencia...). Y es que esta teoría se olvida de la magnitud de las diversidades *internas* dentro de estas categorías civilizacionales y, del alcance y la influencia de las *interacciones* que cruzan las fronteras regionales de las denominadas civilizaciones. SEN advierte que esta búsqueda noble de la amistad entre los pueblos y, en fin, de la paz mundial puede traer consecuencias muy contraproducentes cuando se construyen sobre una comprensión fundamentalmente ilusoria del mundo de los seres humanos. SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 34-36. Igualmente, sobre esta cuestión de la filiación civilizacional como identidad única y sus riesgos, SEN, *Identidad...*, cit., pp. 37-41 y 69-100. Véase también, Sen en, Amartya SEN y Bernardo KLIKSBURG, *Primero la gente*, cit., pp. 33-42.

⁹⁸ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 137-139. La cita corresponde a las pp. 138-139. En este sentido, El rector del seminario católico de Enugu (sur de Nigeria), el padre Ukoro Theophilus Igwee, ha pedido a Europa que deje de apoyar a políticos corruptos en África. Alerta de la profunda desilusión que causa en los africanos que los dictadores, que «han robado a sus pueblos mucho dinero saqueando sus países», reciban apoyo de los países europeos. Pide a Europa que ayude a África «negando a estos políticos acceder a cuentas bancarias,

De otra parte, ve necesario Sen desterrar aquel argumento que dice que la democracia no es apropiada para África, por ser algo «muy occidental». Teoría que ya hizo suficiente daño a África durante la segunda mitad del siglo xx. Además es doblemente erróneo este enfoque. Por un lado, porque el hecho de que fuera algo occidental no tendría porque no serle útil a un pueblo africano (la penicilina es un invento occidental y es realmente valioso). Y por otro, porque verdaderamente en África hay una tradición de gobierno participativo⁹⁹. Con todo, ve necesario Sen que la democratización de África no se lleve a cabo sólo como si se tratara de la importación de la «idea occidental» de democracia¹⁰⁰. Se trata pues, de comprender que hay una pluralidad de compromisos, y, de apreciar que coexisten múltiples identidades¹⁰¹. Propone, en fin, dejar de lado la visión de las identidades y las prioridades únicas¹⁰².

II.III Consideraciones sobre la Cultura y la Educación en relación con la Pobreza

Sen, propone en este punto un particular enfoque sobre las consecuencias que el prejuicio cultural y el estereotipo pueden traer consigo. Alerta del error que supondría el nacimiento de toda una teoría consecuencia de ciertas percepciones de la cultura y su fatalismo¹⁰³. Así, cuando en Inglaterra se han mofado de los irlandeses¹⁰⁴, como en EE.UU. lo han hecho de los polacos..., coincidía que en Irlanda la situación económica era deprimente y funcionaba mal. Ahora la economía irlandesa ha crecido más que cualquier otra en Europa y es el país más rico en ingreso *per capita* en el continente. Sin embargo, el estereotipo cultural del irlandés ha continuado. Comprobamos, como

obtener asilo político o cualquier otro tipo de ayuda». *Revista Manos Unidas*, núm 170, enero-marzo de 2008, p. 11.

⁹⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit. Respecto a la relevancia de la participación en la herencia política africana, se refiere SEN a Meyer FORTES y Edward EVANS-PRITCHARD, y su libro *African political systems*, a los que califica como «los grandes antropólogos especialistas en África», p. 139.

¹⁰⁰ Así es, «La democracia no es algo ajeno a África, pero debemos encontrar la forma de educarnos para volver a ella con argumentos, no con las armas y la violencia». IGWEE, *cit.*, instando al nuevo gobierno de Nigeria a que centre sus esfuerzos en el bienestar de la población.

¹⁰¹ En este Sentido, FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, cit. «Las nuevas tareas de la democracia son la gestión de la diversidad cultural y el reconocimiento del Otro», para ello «la democracia tiene que proporcionar las condiciones institucionales, políticas y jurídicas, que promuevan la libertad personal y que hagan posible el diálogo entre las culturas», pp. 187, *in fine* y 188, respectivamente.

¹⁰² SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 140.

¹⁰³ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 145.

¹⁰⁴ Contaban chistes del tipo: «How many Irishmen do you need to change a lightbulb?» («¿Cuántos irlandeses se necesitan para cambiar una bombilla?»). SEN, Amartya Kumar, *Identity and violence. The illusion of destiny*, cit., p. 104.

refleja la propia realidad de la actual Irlanda, que la cultura, en ciertos casos, no es tan influyente en la economía y en la sociedad. Se ha formado una teoría y ésta continúa con independencia de la realidad palpable. La cuestión es que a veces estas teorías no son tan inofensivas. Y es que, es cierto, «el prejuicio cultural influyó en el tratamiento que Irlanda recibió del gobierno británico e, incluso, en la no prevención de la hambruna en la década de 1840»¹⁰⁵. Efectivamente, la búsqueda de causas culturales para los apuros económicos de Irlanda no es nueva, explica Sen. Comúnmente se pensaba que la pobreza allí se debía a la pereza, la indiferencia y la ineptitud, por lo que Gran Bretaña únicamente podía «educar a sus habitantes, y lograr que se sintieran y se comportaran como seres humanos»¹⁰⁶. Por contra, si había pobreza en Gran Bretaña, ésta se debía a la transformación y a las fluctuaciones económicas en Inglaterra. Se trata de «el arte de culpar a las víctimas», así se hizo durante la década de 1840 en Irlanda¹⁰⁷. El mismo jefe del Tesoro en este tiempo, Charles Edward Trevelyan, llegó a decir que Londres había hecho todo lo que podía hacerse por Irlanda, aunque la hambruna se cobrara tantísimas vidas¹⁰⁸. Se venía a decir que la culpa de todo la tenían ellos por su gusto por la patata¹⁰⁹. Trevelyan, incluso, llegó a decir, cita Sen, que «casi no hay ninguna mujer en la clase campesina del oeste de Irlanda cuyo arte culinario supere la capacidad de hervir una papa». De este modo exculpaba al gobierno británico y achacaba la terrible situación a las limitaciones culturales del pueblo irlandés¹¹⁰.

A la asimetría de poder, que intensifica el Sentimiento de una identidad opuesta, se le añade el prejuicio cultural, como consecuencia

¹⁰⁵ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 146.

¹⁰⁶ Se refiere Sen en este punto a la obra de MOKYR, Joel, *Why Ireland starved: A quantitative and analytical history of the Irish economy, 1800-1850*, Londres, Allen & Unwin, 1983, pp. 291-292. En ella el propio MOKYR concluye: «Irlanda era considerada, por Gran Bretaña, una nación extranjera e, incluso, hostil». SEN, Amartya Kumar, *Identidad y Violencia. La Ilusión del Destino*, cit., p. 147.

¹⁰⁷ Ya explicaba ARISTÓTELES, sin embargo, la imposibilidad de ser uno realmente injusto para consigo mismo en el Libro V «Teoría de la Justicia», de su obra *Ética a Nicomaco*. Y más aún si se tiene en cuenta que son ellos mismos los que padecen la injusticia que más tarde se les achaca. «Cuando se sufre (en contraposición de cometer, por eso lo remarco) una injusticia es siempre sin perversidad ni injusticia de nuestra parte». Moral a Nicomaco, traducción de Patricio de Azcárate, Méjico, Espasa-Calpe Mexicana, S.A., 1962, pp. 155-157. La cita es de la p. 157.

¹⁰⁸ En esta hambruna murió más de medio millón de personas, no había lugar en el planeta en ese momento en donde estuviera muriendo más gente, sin entrar en las consecuencias sociales y económicas que trajo consigo.

¹⁰⁹ *The Great Famine* (la Gran Hambruna irlandesa) vino provocada, entre otras causas, por la plaga del *tizón tardío* (originada por la aparición de un hongo llamado *Phytophthora Infestans*), con la cual la patata quedaba destrozada. Téngase en cuenta que la patata, introducida en Europa por los españoles en el siglo XVI, formaba la dieta básica del irlandés desde el siglo XVII hasta entonces.

¹¹⁰ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 147-148. La cita es de la p. 148.

obtendremos un gran abanico donde buscar explicaciones que justifiquen mis errores como gobernador. Esta es la clave. El siguiente dato es esclarecedor: cuando el dominio británico cesó en la India (año 1947), las hambrunas desaparecieron en el subcontinente. Durante la hambruna de Bengala de 1943¹¹¹, el entonces presidente Winston Churchill dijo que ésta se debía a la tendencia de la gente del lugar a «reproducirse como conejos». Aún diría Churchill más sobre los indios. Ellos eran «las personas más brutas del mundo, junto con los alemanes» (cita Sen)¹¹². Al pensar que el desastre proviene de la cultura del pueblo y no del mal gobierno se provoca un perjuicio real en la población, en este caso el alivio de la hambruna se retrasaba trágicamente y se prolongaba el sufrimiento de la población (más de dos millones de personas murieron de hambre). Se utilizan las teorías culturales para así tapan la carencia de ideas y las deficiencias de gestión¹¹³.

Samuel P. Huntington, al tratar de justificar el despegue absoluto que en términos económicos se había producido en Corea del Sur desde el año 1960 en comparación con Ghana, escribía en *La Cultura es lo que importa*, que «los coreanos del sur valoraban la frugalidad,

¹¹¹ La Gran Hambruna de Bengala ocurrió, entre otros importantes motivos, por la aparición del hongo *Helminthosporium Oryzae* que, unido a las condiciones meteorológicas favorables para la propagación de la enfermedad, acabó con casi el 100 por 100 del cultivo del arroz en Bengala.

¹¹² SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 148 y 149, respectivamente.

¹¹³ En términos similares se muestra DUFFIELD, cuando se refiere al «nuevo barbarismo» y al determinismo cultural. Efectivamente, la influencia del nuevo barbarismo se ha dejado ver en África, afirma DUFFIELD. Durante el genocidio ruandés de 1994, los medios de comunicación presentaron la violencia como consecuencia de unas «luchas tribales ancestrales» —como ya se hiciera en otros conflictos africanos—. Se mostraban imágenes de baños de sangre espontáneos y anárquicos, no de matanzas organizadas y sistemáticas. Esta cobertura dada por los medios de comunicación más prestigiosos aumentó la falta de compromiso existente en ese momento. Se nos hacía ver que aquello era un conflicto más allá de toda comprensión racional, que estaba fuera de todo tipo de control y que, además, al ser provocada por los propios ruandeses, ellos mismos deberían ser quienes arreglasen la situación. Todo ello caló en la Secretaría y en el Consejo de Seguridad de la ONU y trajo como consecuencia la decisión de retirar la escasa presencia que mantenía la ONU en abril de 1994. Y es que la situación descrita por los medios de comunicación contribuyó a la indiferencia internacional y a la inacción durante la primera fase del genocidio; en definitiva se contribuyó al propio crimen. DUFFIELD, Mark, *Las nuevas guerras en el mundo global*, cit., p. 151. Se referirá también SEN al caso ruandés. Explica que son muchas las carnicerías que han venido ocurriendo recientemente como consecuencia de un mal uso de nuestra libertad de elegir el modo en que nos vemos a nosotros mismos. «Amplificar en forma dramática la presunta gravedad de la línea divisoria entre, digamos, los hutus y los tutsis (“Nosotros, hutus, siempre hemos odiado a los tutsis”), mientras se obvian otros principios de clasificación (...), y que van más allá de las divisiones entre hutus y tutsis, puede transformar alguna de las muchas líneas divisorias coexistentes en una división explosiva y de confrontación, con un poder incendiario. La imposición de una identidad irreflexiva puede matar cual una plaga». SEN Amartya, y KLIKSBERG, Bernardo, *Primero la gente*, cit., pp. 31 y 33. De ésta se toma la cita.

la inversión, el trabajo duro, la educación, la organización y la disciplina. Los ghaneses tenían valores diferentes»¹¹⁴. Sen, entiende que además de una «predisposición cultural» había, en los años seSenta, entre ambos países algunas diferencias más. Se refiere, en primer lugar, a la diferencia entre las clases, la coreana más proclive a formar clases empresariales; también, al ansia del gobierno de Corea del Sur por el desarrollo económico basado en los negocios; a la estrecha relación con la economía japonesa y con la estadounidense, y, la diferencia más importante, en los años seSenta Corea del Sur ya gozaba de un alto nivel educativo, afianzado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Todo ello fue determinante para el despegue económico de Corea del Sur. Cuestiones favorables de las que Ghana no gozaba. Por tanto, la conclusión «culturalista» a la que llega Huntington no parece del todo justificada. No parece, a ojos de Sen, que haya triunfado el «determinismo cultural» que propone Huntington, en la comparación de aquellos países¹¹⁵.

Y es que los factores culturales son relevantes para el desarrollo de la economía, cierto, pero no funcionan aisladamente, esta es la cuestión. Hay influencias sociales, políticas y económicas, como hemos visto, que influyen sobremanera en el proceso de desarrollo de un pueblo. En la década de 1960, Corea del Sur estaba mucho más alfabetizada que Ghana, porque en la postguerra la política pública sur coreana ya estaba influenciada de ciertas características culturales. Sen explica que los países de tradición budista acogen la alfabetización con entusiasmo (China, Japón, Tailandia, Sri Lanka, Myanmar), ya que el budismo se presta a la expansión de la educación. Pero, del mismo modo, debemos considerar que el contacto con otros países, el conocimiento de la experiencia de otros estados vecinos puede traer grandes beneficios. Así, Corea del Sur, tomó buena nota de la experiencia del Japón y de otros países como EE.UU. que le hizo reflexionar de nuevo sobre el significado de la educación (además del propio interés por la cultura). Así ocurrió con el Japón, efec-

¹¹⁴ SCHUMACHER, Ernst Fritz, *Lo pequeño es hermoso*, cit., en su capítulo 11 «El Desarrollo», dentro del Libro III «El Tercer Mundo», lleva a cabo una gran defensa de estos valores: «Todo país, no importa lo devastado que estuviera, que haya tenido un alto grado de educación, organización y disciplina, produjo un “milagro económico”». Schumacher explica que «el desarrollo no comienza con las mercancías, sino con la gente y su educación, organización y disciplina». Para Schumacher el punto de partida está en la pobreza, y el pobre carece de bienes materiales. Propone pues comprender las limitaciones que la pobreza impone de suyo. Lo que nos hace entender que el lema «lo mejor para los ricos debe ser lo mejor para los pobres» (tan arraigado en las décadas de 1950 y 1960) es un modelo inadecuado. De ahí que proponga atender las deficiencias en los valores inmateriales como medio fundamental para lograr el desarrollo de los pueblos más desfavorecidos. pp. 146-147.

¹¹⁵ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 149-151.

tivamente, la interacción internacional y la propia respuesta nacional marcó el desarrollo educativo de este país del lejano Oriente¹¹⁶.

Cuando el Japón abandonó el régimen de Tokugawa, y, por tanto, su aislamiento del mundo, tenía ya un sistema escolar bien desarrollado, explica Sen. Su interés tradicional por la alfabetización había hecho que su índice fuera mayor que el de Europa, eso sí, totalmente desconectado de los avances de la ciencia y de los conocimientos de Occidente, que se encontraba en pleno desarrollo industrial. Fruto de sus relaciones diplomáticas y comerciales con EE.UU., el Japón se replantea su aislamiento intelectual, encauza su situación política y considera que debe relanzar su sistema educativo. Con la Carta del Juramento, de 1868, se compromete a «buscar el conocimiento en todo el mundo». Y con el Código Fundamental de Educación, de 1872, asevera que «en el futuro, no habrá ninguna comunidad con una familia analfabeta ni una familia con una persona analfabeta»¹¹⁷. El japonés creía en el cambio y dejó de lado cualquier prejuicio, «nuestro pueblo no es diferente del estadounidense o del europeo de hoy; todo es cuestión de educación o de falta de educación» (Kido Takayoshi, influyente líder de la época, cita Sen). Y así fue, entre 1906 y 1911, un 43 por 100 de los presupuestos de todos los municipios del Japón se destinó a la educación. En 1910 la educación primaria estaba universalizada. En 1913 y, siendo el Japón un país muy pobre todavía, publicaba más libros que Gran Bretaña y más del doble que EE.UU. Para comprender el desarrollo económico y social del Japón se debe advertir el impulso que el poder público otorgó a la educación¹¹⁸, el clima cultural favorable que allí se daba y la interacción entre ambas. Y esa es la cuestión, el fomento de las interrelaciones culturales pueden ayudar al desarrollo de los pueblos, pero el privilegiar la cultura como un bien independiente podría acarrear más debilidad que fortaleza, porque puede traer consigo el determinismo y la resignación¹¹⁹.

III. OCCIDENTE Y ANTI-OCCIDENTE

Explica Sen que la resistencia a la «occidentalización» que se viene produciendo en el mundo actual está provocando, cada vez más, el rechazo de ideas que se perciben como «occidentales», aunque estas

¹¹⁶ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 151-153.

¹¹⁷ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 153 y 154, respectivamente.

¹¹⁸ Sobre la importancia de la educación pero también sobre los posibles peligros que conllevaría la educación mal entendida. SCHUMACHER, E. F., *Lo pequeño es hermoso*, cit., en su capítulo 6 «El Mayor Recurso: la Educación», parte II, «Recursos».

¹¹⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 154-155. La cita es de la página 154.

ideas hubieran florecido en realidad en sociedades no occidentales. Así por ejemplo, el gusto por la libertad o la defensa del razonamiento público no son valores exclusivamente «occidentales»; sin embargo, son ideas entendidas como «occidentales», y por ese solo hecho genera en otras sociedades una actitud negativa hacia ellas. Nos estamos refiriendo, sobre todo, a la obstinación que se viene produciendo con los «ideales islámicos», que consiste en creer que éstos deben ser profundamente hostiles a todo lo que Occidente representa ¹²⁰.

III.I Vinculaciones entre la humillación colonial y la resistencia a Occidente. Sus consecuencias

El origen de esta fijación por Occidente lo sitúa Sen en la historia del colonialismo. También Amin Maalouf lo observa así, cuando trata de explicar que no es cierto que el origen de todos los males que padecen las sociedades musulmanas sea su religión, como de hecho se piensa generalmente en Occidente. No piensa Maalouf que esas manifestaciones de arcaísmo y de violencia que vemos tan a menudo en estas sociedades islámicas sean el producto de la historia musulmana, sino que esos movimientos son más bien «un producto de nuestra época convulsa» ¹²¹. Es erróneo clasificar como «islam» todo aquello que ocurre en un país musulmán por el solo hecho de serlo, sin que se entre a valorar otros factores que influyen y que incluso lo podrían explicar mejor. «Podemos leer diez voluminosos tomos sobre la historia del islam desde sus orígenes y seguiremos sin entender en absoluto lo que está sucediendo en Argelia. Pero si leemos treinta páginas sobre la colonización y la descolonización, lo entenderemos mucho mejor» ¹²². Y es que el imperialismo occidental no sólo socavó la independencia política de aquellos países que las potencias coloniales dominaron, sino que además «generó una obsesión con Occidente». Esta obsesión con Occidente se manifestaba de distintas maneras: por un lado producía imitación, de otro una decidida hostilidad ¹²³. Efectivamente, «un factor que ha sido constante en China y en muchas otras sociedades no europeas, ya desde su confrontación con las modernas ideas occidentales, es la escisión entre indigenistas y occidentalizadores. Los primeros sueñan con un regreso a la pureza de un pasado imaginario: Japón bajo su divino emperador, el califato unido bajo el signo del islam, China en su condición de comunidad campesina. Los segundos son iconoclastas que ven en la tradición local un impedimento a la modernización

¹²⁰ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 121.

¹²¹ MAALOUF, Amin, *Identidades asesinas*, cit., pp. 69 y 74. La cita es de la p. 74.

¹²² MAALOUF, Amin, *Identidades asesinas*, cit., p. 75.

¹²³ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 121.

radical»¹²⁴. Hubo abusos graves¹²⁵ en aquella época y el recuerdo de aquellas infracciones anima aún hoy las actitudes antioccidentales. Pero sobre todo quiere Sen destacar la actitud psicológica general que el dominador colonial tuvo hacia los pueblos sometidos. Y es que además de las transgresiones reales la actitud del colonizador hacia el pueblo sometido «generó muchas veces un fuerte Sentimiento de humillación y la imposición de un Sentimiento de inferioridad». Por lo tanto, para entender bien la percepción de la iniquidad del colonialismo, no sólo tenemos que tener en cuenta «la asimetría económica y política impuesta por las autoridades imperiales», debemos considerar también la función que la humillación colonial desempeñó¹²⁶. En este Sentido, Maalouf se ha referido a las consecuencias que ha traído consigo la imponente eclosión que se produjo hace apenas unos pocos siglos por la civilización occidental y que le llevó a un predominio absoluto de su cultura y su visión del mundo y que aparece como prácticamente irreversible. Para todos los habitantes de cualquier parte del planeta, hablar de modernización hoy es hablar de occidentalización, y esta tendencia no hace sino acentuarse y acelerarse a medida que van llegando los avances técnicos. Los occidentales cuanto más se modernizan más en armonía se sienten con su cultura, aceptan los cambios sin dejar de ser ellos; sin embargo para los nacidos en el Seno de las culturas derrotadas estos cambios se plantean de otro modo. Para los africanos, los indios, los chinos... «la modernización ha significado siempre abando-

¹²⁴ BURUMA, Ian, y MARGALIT, Avishai, *Occidentalismo*, traducción Miguel Martínez-Lage, Barcelona, Ediciones Península, 2005, p. 49.

¹²⁵ Piensa SEN en la masacre de Amritsar. Efectivamente, en tiempos de la India sometida, el general británico Dyer, teniente-alcalde de la provincia del Punjab (en la India), prohibió por aquel entonces la libre reunión de los indios en lugares públicos, (los indios venían protestando por la deficiente economía que sufría el país tras los efectos de la Primera Guerra Mundial). El 13 de abril de 1919 llegaban a Amritsar, la ciudad santa de los sijis (ó sikhs), centenares de peregrinos, la mayoría campesinos, con motivo de la festividad del Baisakhi, que conmemora la instauración del Khalsa en el año 1699 por el décimo Gurú –el cual venía a determinar el código de conducta de todo sij–. Esa misma tarde, los peregrinos, se reunieron en Jallian Wala Bagh para celebrar el Baisakhi. Este lugar era un terreno cercado de altas murallas y con apenas un angosto callejón de acceso. El general Dyer, personalmente, condujo a sus tropas hasta este lugar y ordenó a sus hombres abrir fuego contra la multitud. Sin mediación ninguna ni previo aviso, las tropas dispararon a sangre fría contra la muchedumbre desarmada y en reunión pacífica. Murieron 379 personas, 41 eran niños y 1, un bebé, y resultaron heridas más de mil doscientas personas. Esta masacre conmocionó la India, el mahatma Gandhi, respondió promoviendo su primera gran campaña de «desobediencia civil y resistencia pacífica», había entendido que la única solución que le quedaba a su pueblo era la independencia. Los graves hechos ocurridos en Amritsar y la consideración como insuficiente de la nueva Ley del Gobierno de la India, aprobada en 1919 por el gobierno británico para la remodelación de la administración del territorio, habían llevado a Gandhi a esta determinación. Así pues, pidió una huelga general (y ayuno masivo) a nivel de toda la población india e inició el movimiento de la no-cooperación con el Imperio Británico, que mantuvo hasta el año 1922.

¹²⁶ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 122, de donde son ambas citas.

nar una parte de sí mismos», por cualquier tipo de entusiasmo inicial que se pudiera dar, el proceso no ha dejado nunca de provocar una cierta amargura, «un Sentimiento de humillación y de negación», una verdadera duda, una verdadera preocupación sobre las consecuencias de la asimilación. «Una (en fin) profunda crisis de identidad»¹²⁷.

Así es, se trata en definitiva, de lo que los profesores Ian Buruma y Avishai Margalit, han llamado «occidentalismo», es decir, «la expresión de un resentimiento amargo frente al ofensivo despliegue de superioridad por parte de Occidente, que se basa en la presunta superioridad de la razón. Más corrosivo que el imperialismo militarista es el imperialismo mental que se impone mediante la propagación de la creencia occidental en el cientifismo, la fe en la ciencia como única manera de acceder al conocimiento». Se les impone pues una mentalidad extraña, la mentalidad occidental. Una mentalidad sin alma, una mentalidad capaz de grandes éxitos económicos, sí, y de desarrollar el avance de la tecnología, pero que no logra aprehender las cosas realmente importantes de la vida, porque carece de espiritualidad y del entendimiento necesario del sufrimiento humano¹²⁸.

Cuenta Sen que ya en el siglo xvii, África experimentaba un mundo de indignidad y degradación. Europa comenzaba la dominación de todo un continente en el que consideraba a sus habitantes como esclavos, incluso comercializaba con ellos. No es extraño que estos males históricos fueran considerados por la Comisión Independiente sobre África como «la guerra contra África»; de hecho, esta comisión se referirá a «ganar la guerra contra la humillación»¹²⁹. Así, la Comisión explica que la población africana debe combatir el legado negativo que el sometimiento y la denigración causó en África. Este legado negativo abarca muchos aspectos, la aniquilación de antiguas instituciones, la oportunidad de construir otras nuevas... y, además, la destrucción de la confianza social, de la que dependen tantas otras cosas»¹³⁰.

¹²⁷ MAALOUF, Amin, *Identidades asesinas*, cit., pp. 78-79 y 80-81. Las citas corresponden a la p. 81.

¹²⁸ BURUMA, Ian, y MARGALIT, Avishai, *Occidentalismo*, cit., pp. 81, 99 y 100. La cita es de la p. 100.

¹²⁹ Se trata del *Rapport de Commission Indépendante sur l'Afrique et les Enjeux du 3ème Millénaire*, intitulado: «Vaincre l'Humiliation», escrito por Albert Tévoédjrè (natural de Benín). Efectivamente, este Informe explica que para África la universalización, como empresa llevada a cabo por ciertos países para confiscar la soberanía de otros, apoderarse de sus riquezas naturales y humanas, mantener su estado de dependencia y de empobrecimiento y violar sus valores culturales y espirituales, no data únicamente del s. xx. Explica en este Sentido que «*La mondialisation par la violence et la terreur contre l'Afrique remonte à plusieurs siècles*». Concluyendo con rotundidad que «*Ce millénaire (el 2.º milenio) a été, sans conteste, celui de la mise en place d'un système global de négation d'une partie importante de l'Humanité, les Noirs, eta fait de l'Afrique un continent à la traîne, humilié et exploité*». *Vaincre l'Humiliation*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, París, 2002.

¹³⁰ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 123.

En efecto, a este asunto se ha referido Jeffrey Sachs, indignado con las continuas alusiones al mal gobierno y a la corrupción como respuesta fácil para explicar la prolongada crisis de África por parte de los funcionarios occidentales y de los que son enviados a África por el FMI y el BM. «Pocos superan al mundo occidental en la crueldad y el expolio que ha impuesto desde hace mucho a África. A tres siglos de comercio de esclavos, desde aproximadamente el año 1500 hasta principios del siglo XIX, los siguió un siglo de brutal dominación colonial». Es cierto, si de algún modo hay desgobierno en África mucha culpa de ello la tiene Occidente, no parece muy prudente arremeter continuamente contra los gobiernos africanos para explicar las causas que provocan y mantienen la extrema pobreza en el continente. La etapa colonial no mejoró África desde un punto de vista económico; al contrario, «la etapa colonial privó al continente de ciudadanos y líderes con la formación adecuada, de infraestructuras básicas y de equipamientos sanitarios». Ello, sin entrar a valorar el daño que causó la creación arbitraria de fronteras para la formación de los nuevos estados independientes que se iban a constituir, trazados llevados a cabo al gusto del poderoso colonizador. Los grupos étnicos, los ecosistemas, las cuencas fluviales y las reservas de recursos se dividieron igualmente de modo arbitrario, con el cruel perjuicio que ello conlleva¹³¹. En consecuencia, es claro que si las llamadas en su día *subordinate nations* («naciones subordinadas»), ya sean de África o del sur de Asia, mostraran su animadversión hacia el Occidente colonizador, no sería justo atribuirlo a una simple idealización autogenerada.

III.II La identidad concebida como reacción. Sus efectos perniciosos para la armonía global

Con todo, escribe Sen, «es necesario superar los limitados horizontes de la mente colonizada y su fijación con Occidente –ya sea por reSentimiento o por admiración–». Y es que «no tiene Sentido autoperibirse sobre todo como alguien que fue (o cuyos antepasados fueron) tergiversado o maltratado por los colonialistas, por verdadera que pueda ser esa identificación»¹³². No debemos permitir pues que el reSentimiento contra una inferioridad impuesta por la historia llegue a dominar nuestras prioridades actuales; de ser así estaríamos actuando de forma injusta con nosotros mismos. La obsesión de la mente colonizada por su antigua relación con las potencias coloniales puede adoptar muchas formas distintas, pero en cualquier caso esa dependencia «difícilmente llegue a ser una buena base para la autocomprensión». Pues bien, según

¹³¹ SACHS, Jeffrey, *El fin de la pobreza*, cit., pp. 271-273. Ambas citas son de la p. 272.

¹³² SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 126 y 126-127, respectivamente.

Sen, la naturaleza de esta *reactive self-perception* («autopercepción reactiva») ha tenido consecuencias de largo alcance en los asuntos de hoy. Por un lado, (1) ha alentado una innecesaria hostilidad hacia ideas mundiales como la democracia y la libertad personal, pues éstas son vistas como ideas «occidentales». Por otro lado, (2) ha contribuido a una lectura distorsionada de la historia intelectual y científica del mundo, respecto de lo que es puramente «occidental» y de lo que tiene una herencia mixta. Y, además, (3) ha provocado una tendencia a alentar el incremento del fundamentalismo religioso e, incluso, del terrorismo internacional. Así, por ejemplo, Sen, explica el caso de la India, en el cual, respecto de la subestimación colonial de los logros de la India en ciencia y en matemática, surgió una autopercepción de la identidad india para la competencia con Occidente, haciendo especial hincapié en la ventaja comparativa de la India en asuntos «espirituales»¹³³.

Algo similar explican Ian Buruma y Avishai Margalit cuando se refieren a la concepción que el occidentalista tiene de Occidente. En este caso se refieren a los propios alemanes, que serán los que manifiestan su rechazo tajante a todo lo que se acerque siquiera al pensamiento inglés, o al pensamiento y Sentimiento del Occidente europeo. Y es que los intelectuales alemanes de principios del siglo xx tuvieron una profunda influencia en los círculos musulmanes. Pues bien, según determinados autores alemanes las ideas de libertad, igualdad y fraternidad son los ideales del verdadero mercader, pues la única finalidad que tienen es la de favorecer al individuo. A ellos les parece despreciable «el acobardado hábito burgués de aferrarse a la vida, de no desear la muerte por altos ideales, de rehuir el conflicto violento, de negar el aspecto trágico de la vida». El mercader no tiene ideales. Es superficial en todos los Sentidos. Los mercaderes sólo aspiran a la satisfacción de sus intereses individuales, lo que choca con un elevado Sentido moral del mundo y de la fe en los ideales. Por consiguiente, el sistema político que cobija esta forma de vida es, a sus ojos, despreciable, corrupto, mediocre. Hablamos de la democracia liberal, el sis-

¹³³ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 127-128. La cita es de la p. 127.

A esto mismo se refiere Partha CHATTERJEE, cita SEN, en *The nation and its fragments*, en el cual explica que el nacionalismo anticolonial crea su propio territorio de soberanía basándose en una división del mundo de las instituciones y las prácticas sociales en dos territorios: el material y el espiritual. Aquél sería el territorio de lo «exterior», el de la economía, el poder político, el de la ciencia y la tecnología... un territorio donde Occidente había demostrado su superioridad. En este campo, la superioridad de Occidente debía ser reconocida y sus logros estudiados e imitados. El «espiritual», por otra parte, es un territorio «interior» que conlleva la esencia de la identidad cultural. De acuerdo con esta teoría pues, cuanto mayor fuere el éxito en la imitación de las habilidades occidentales en el territorio material, mayor será la necesidad de preservar la diferenciación de nuestra cultura espiritual. Esta sería la fórmula que se daría de modo sustancial en los nacionalismos anticoloniales de Asia y África. Partha CHATTERJEE, *The nation and its fragments*, Princeton, Princeton University Press, 1993, p. 6. SEN, A., *Identidad... cit.*, p. 128.

tema que más se adecúa a los pueblos de comerciantes, un sistema competitivo en el que contienden distintos partidos, y en el que los conflictos de intereses se resuelven únicamente mediante la negociación y el compromiso entre las partes¹³⁴.

Otro ejemplo de desarrollo de la idea de identidad reactiva es aquel que se da en muchas personas no occidentales que tienden hoy a verse a sí mismas como «los otros». De este modo, su identidad queda definida principalmente en términos de ser *diferentes* de los occidentales, lo que puede apreciarse en el surgimiento de distintas autodefiniciones propias del nacionalismo cultural o político, y en la aportación que esta visión reactiva hace al fundamentalismo¹³⁵.

Así, mientras estos puntos de vista «no occidentales» suponen una búsqueda enfática de independencia respecto del dominio colonial, en los hechos dependen por completo del extranjero de un modo negativo. Además, *the dialectics of the captivated mind*¹³⁶ puede conducir a una autopercepción profundamente parcial y reactiva. Pudiendo, igualmente, manifestarse esta forma de pensar en «vengarse» de Occidente, que sería lo que están haciendo muchos terroristas en la actualidad, apunta Sen. Se pretende de este modo una mayor justicia en el mundo de hoy invocando las ofensas pasadas y presentes del mundo occidental. También puede manifestarse en el sentido de tratar de «alcanzar a Occidente», utilizando sus mismas armas o intentando construir una sociedad que ellos mismos admira. Pero también en este caso nuestra identidad estaría supeditada a la relación con los otros, aunque en esta última opción no hubiera aquella ira del que pretende la «reparación»... Asimismo, el verse como «el otro» puede provocar que la apropiación de Occidente de la herencia mundial de las ideas políticas universalistas sea más dañina. Y es que un diagnóstico equivocado de lo que es «occidental» puede traer en consecuencia el no apoyo a la democracia o a la libertad en el mundo no occidental. De la misma forma que el hecho de la necesidad que el no occidental tiene de ser escéptico respecto de la «ciencia occidental» puede provocar la falta de comprensión de la objetividad en la ciencia y en el conocimiento, lo cual, evidentemente, es de gran importancia. Para este último caso, aporta Sen, un interesante ejemplo, aclarador de la influencia tan negativa que en Asia y África ha provocado *the role colonized dialectics* (el papel de la dialéctica colonizada), respecto de la insuficiente protección contra el surgimiento de la

¹³⁴ BURUMA, Ian, y MARGALIT, Avishai, *Occidentalismo*, cit., pp. 60-62. La cita es de la p. 62.

¹³⁵ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 129-130.

¹³⁶ «La dialéctica de la mente cautivada». SEN, en la versión original, utiliza indistintamente las expresiones «colonized mind» y «captivated mind» para referirse a esa corriente de pensamiento que ha quedado condicionada obsesivamente por su relación con las antiguas potencias coloniales. SEN, *Identity... cit.*, pp. 88, 89, 91, 92, etc. En la versión española de la obra, aquella expresión se traduce por «mente colonizada» y ésta por «mente cautiva». SEN, *Identidad... cit.*, pp. 126, 127, 130, 131, etc.

epidemia del SIDA en Sudáfrica, explica que el poder político de ese país después del apartheid se vio influenciada por la desconfianza en la ciencia, que tradicionalmente había sido controlada por los blancos, lo que hizo que se hiciera fuerte la dialéctica que promovió la inacción pues reconocer la epidemia podría ser utilizado para alentar degradantes estereotipos raciales. Así pues, vemos cómo la dialéctica de la mente colonizada puede traer consigo una pesada losa sobre aquél que de modo reactivo está obsesionado con Occidente. Pero también sobre aquél que pertenece a otro país, cuando la reacción se torna violenta, busca el enfrentamiento y lo disfraza de castigo justo. El caso del Este asiático es un ejemplo de esta identidad reactiva. Ellos dicen: los «valores asiáticos» son los de la disciplina y el orden, de lo que nos enorgullecemos enormemente y con los que todo nos funcionará muy bien, y ello lo ponen en contra posición con las ideas de la libertad y de los derechos individuales que se las ceden gustosos a Occidente y le reconocen su herencia occidental sin problema alguno. Comprobamos, por tanto, la obsesión con Occidente en esta reivindicación «asiática». Se habla de la necesidad de resistirse a la hegemonía de Occidente, en particular al dominio político de EE.UU... y para ello es necesario que pongamos el énfasis en los valores asiáticos. Ya no es que sea discutible el diagnóstico de lo que llaman «valores asiáticos» o que se esté subestimando el alcance de la herencia intelectual de Asia, la cuestión es «la naturaleza totalmente reactiva de la génesis de este punto de vista»¹³⁷. Es cierto, explica Sen, que por ejemplo a Singapur le ha ido bien esta forma de distinción de unos y de otros. Ha ido hacia arriba económicamente y ha conseguido integrar muy bien a sus minorías dándoles un fuerte Sentido de pertenencia y de seguridad y una identidad nacional compartida. Con todo, es difícil estar de acuerdo con la generalización de los valores asiáticos que se propone, advierte Sen, porque en este diagnóstico se aprecia «un modo reactivo de responder a las afirmaciones de que Occidente es el hogar natural de la libertad y de los derechos»; con ello se da la espalda a Occidente y a sus ideas y se propugnan unos valores que, yo, hombre de Asia, considero mejores. También este tipo de retórica antioccidental está obsesionada con Occidente¹³⁸.

III.III La centralidad de Occidente y el fundamentalismo islámico. Sus conexiones

Se refiere Sen al fundamentalismo no cristiano y su conexión con la historia del colonialismo.

¹³⁷ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 129-134. La cita es de la p. 134.

¹³⁸ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., p. 135. De donde se toma la cita.

Pudiera parecer extraño que los movimientos fundamentalistas no cristianos dependan en gran medida de Occidente, pero así es; bastaría observar el objetivo prioritario de estos movimientos, el cual reside en fomentar valores que resultan siempre contra las ideas e intereses de Occidente. Y es que en muchos de los movimientos fundamentalistas más exacerbados se puede apreciar ese sistema de creencias típico del nacionalismo anticolonialista por el que uno se veía a sí mismo como «el otro», en contraste con una estructura de poder externa –en este caso la colonial–. Es cierto, durante los siglos VII-XVII los musulmanes, que por aquel tiempo extendían su dominio por buena parte del Viejo Mundo, no defendían sus culturas y sus intereses en términos reactivos. Trataban de difundir el islam venciendo a otras religiones, pero no se veían a sí mismo como «los otros» en contraste con otras potencias dominantes. Es evidente que esto ya no es así. Hoy se insiste en una postura antioccidental, incluso en la necesidad de combatir a Occidente como si de la encarnación del Mal se tratara. Se ha perdido la perspectiva independiente de la que antes sí gozaban. Cuando existía ese dominio musulmán no necesitaban de aquella autodefinición reactiva. Pero es que ¡tampoco hoy la necesitan!, como dice Sen, ser musulmán conlleva creencias religiosas positivas como aceptar que no hay más que un Dios y que Mahoma es su Mensajero y algunas otras prácticas de carácter obligatorio. Pero para el resto de temas cada musulmán puede elegir su propio criterio como de hecho así hacen incluso en la actualidad. Sin embargo, el fundamentalista islámico se crea su propio territorio que le implica una determinada visión social y también política en donde Occidente juega una función central, aunque sea negativa. El terrorismo que en ocasiones acompaña a este fundamentalismo islámico es más parasitario de Occidente aún. Deja ver una obsesión por Occidente que arrasa con todas las demás prioridades y valores, «y en ello puede tener gran incidencia la dialéctica de la mente colonizada». Hoy, apunta Sen, se puede apreciar la confusión que se da en el debate sobre la distinción entre el hecho de ser una persona musulmana y el del hecho de ser una persona total o principalmente definida por su identidad musulmana (esto es, tener una identidad islámica singular). Y ello es consecuencia por un lado de la absurda necesidad actual de tener que hacer categorías civilizacionales y de otro del surgimiento de esas autoconcepciones reactivas en el pensamiento antioccidental. Claro, si se piensa, «la cultura, la literatura, la ciencia y la matemática se comparten con más facilidad que la religión». Por lo que, al final, dice Sen, es la tendencia a verse como «los otros» lo que lleva a la gente de África y de Asia a hacer mayor hincapié en sus identidades no occidentales (en cuanto herencia judeocristiana) que en otros aspectos de la comprensión de sí mismos¹³⁹.

Fecha de recepción: 28/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

¹³⁹ SEN, Amartya Kumar, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, cit., pp. 141-143. Las citas son de las pp. 142 y 143, respectivamente.

Política, poder y regionalismo europeo a la luz del federalismo integral de Denis de Rougemont

Por JOAN ALFRED MARTÍNEZ I SEGUÍ
Universitat de València

RESUMEN

Sobre la base de una antropología filosófica personalista de matriz protestante, el pensador suizo Denis de Rougemont plantea una reorientación humanista de los fines de la política: el paso, no exento de dificultades, de la razón de Estado hacia la garantía de la dignidad del ser humano y de las posibilidades de desarrollo de su personalidad. Esta contribución a la filosofía de los derechos humanos, fundamentada en su caso en un iusnaturalismo deontológico, no elude la relación espinosa entre el Estado moderno y su tendencia a la concentración del poder político. Así, en oposición a la soberanía absoluta e indivisible del Estado nacional, aporta de forma pionera una reflexión valiosa para afrontar la actual crisis de dicho modelo ya caduco. Su propuesta alternativa, instrumento de análisis y de prospectiva futura en referencia a fenómenos complementarios como la regionalización interna del Estado y la extensión del multilateralismo institucional a nivel de relaciones internacionales en un mundo globalizado, consiste en la vertebración de un federalismo integral. Filosofía sociopolítica de carácter pragmático y orgánico, que, respetando la autonomía de los distintos niveles de poder compartido (local, regional, estatal, continental e incluso mundial), organiza de abajo hacia arriba una red de democracia ascendente, de estructura tanto representativa como participativa. En el interior de este entramado institucional federal, la región es concebida como ente principal de participación cívico-política de la ciudadanía. En último término, se evalúa el relevante influjo ejercido por la perspectiva rougemontiana sobre los vectores federalista y regionalista del europeísmo político a partir de la segunda posguerra hasta hoy.

Palabras clave: *Política, poder, regionalismo europeo, federalismo integral y principio de subsidiariedad.*

ABSTRACT

The intellectual Swiss Denis de Rougemont presents a humanistic reorientation of the political purposes from a personalist philosophical anthropology, taking protestantism as its core. In other words, the way, not exempt from difficulties, from the «Ratio Status» to the guarantee of the human being dignity and the possibilities of development of its personality. This contribution to the philosophy of human rights, established on a deontological jusnaturalism, does not avoid the difficult connection between the modern Government and its tendency towards the concentration of the political power. Thus, in opposition to the absolute and indivisible sovereignty of the national State, Denis the Rougemont provides, in a pioneer way, a valuable reflection to face the present crisis of the above-mentioned model. His alternative proposal is a means of analysis and future prospective with reference to complementary phenomena, such as the internal regionalism of the State and the extension of the institutional multilateralism in terms of international relations in a globalized world. This proposal consists of the support of an integral federalism, a sociopolitical philosophy of a pragmatic and organic nature that, conserving the autonomy of the different levels of shared power (local, regional, state, continental and even worldwide), organizes a rising democracy system that has a representative and participatory structure. From the inner side of this institutional federal framework, the region is understood as the main entity of civic and political participation of the community. As a last resort, the notable influence exerted by the Rougemont's perspective is evaluated upon the federalist and regionalist vectors of the political europeanism from the second postwar period until today.

Key words: Politics, power, European regionalism, integral federalism and subsidiary relationship.

SUMARIO: 1. LA POLÍTICA.—2. EL PODER.—3. CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA.—4. REGIONALISMO, FEDERALISMO Y CONSTRUCCIÓN EUROPEA.

Desde la óptica de Denis de Rougemont (1906-1985), la política cabe entenderla, antes que nada, como política de la persona en relación comunitaria, es decir, como «l'art d'aménager une cité pour que tout homme y trouve sa chance d'être humain». ¹ Semejante enfoque, centrado en la garantía de la dignidad humana y de las posibilidades de desarrollo del ser humano, sitúa a Rougemont, en medio del siglo xx, a título de firme pilar en la labor de fundamentar la filosofía de los derechos humanos en el seno del humanismo de inspiración cristiana. En este sentido, su actitud federalista postula la necesaria transformación de la

¹ DE ROUGEMONT, Denis, «À hauteur d'homme», en *Réforme*, 1 de junio de 1946.

razón de Estado –de los fines de uniformización excluyente hacia el interior y de conquista hacia el exterior– en unos fines cívicos de la persona. Y ello, en concordancia con Charles Péguy, quien, con anterioridad, también denunció el discurso del poder totalizador de la izquierda y de la derecha que anteponen la «mecánica» de la consecución o del ejercicio del poder estatal a la «convivencia humana», esto es, a una verdadera comunicación, comunidad y comunión de los seres humanos².

Así pues, este cambio imprescindible, desde la exaltación del poder colectivo y el enaltecimiento del prestigio y potencial económico-militar del Estado-nación hacia la salvaguarda indisociable de las libertades personales y de las responsabilidades cívicas dentro del modelo federalista, centra el núcleo de la filosofía política rougemontiana³. «C'était le défi que ma génération affrontait dans les années 30. Les nazis, les fascistes, les communistes tentaient de donner des solutions, que nous jugions fausses, à ce problème fondamental que les démocraties ne voyaient même pas: le problème de la communauté»⁴. Asimismo, desde una sensibilidad pareja, María Zambrano aseveraría sobre el trazo filosófico orteguiano: «Si se hubiera de definir la democracia podría hacerse diciendo que es la sociedad en la cual no sólo está permitido, sino exigido, el ser persona»⁵.

Tal decisiva reorientación personalista y comunitaria comporta, de forma insoslayable, unas nuevas concepciones de la política, el poder y la ciudadanía democrática que, a continuación, trataremos de descifrar.

1. LA POLÍTICA

En política, el autor suizo toma como punto de partida un principio inequívocamente perteneciente a la idea calvinista de ciudad: «la política del pesimismo activo o del activismo sin ilusiones»⁶. Actitud política que, en concomitancia con la de un Emmanuel Mounier determinado por su «optimismo trágico»⁷, hunde sus raíces en la afirmación cristiana de un Dios trascendente y trinitario. Dogma de la Trinidad

² VILANOVA, Evangelista, *Història de la teologia cristiana. Vol. III: segles xviii, xix i xx*, Barcelona, Facultat de Teologia de Catalunya/Herder, 1989, p. 473.

³ DE ROUGEMONT, Denis, *Vers une fédération des régions* (1958), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont. Écrits sur l'Europe* [Christophe Calame, ed. lit.], París, Éditions de la Différence, 1994, t. III, vol. II, p. 219.

⁴ *Idem*, *Dépolitiser la politique* (1971), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, p. 364.

⁵ ZAMBRANO, María, *Persona y democracia. La historia sacrificial* (1958), Barcelona, Anthropos, 1988, p. 133.

⁶ ACKERMANN, Bruno, *Denis de Rougemont. Une biographie intellectuelle*, Ginebra, Labor et Fides, 1996, vol. I, p. 237.

⁷ Cf. DOMINGO MORATALLA, Agustín, *Un humanismo del siglo xx: el personalismo*, Madrid, Cincel, p. 95.

que aparece así, por traslación analógica, en teoría básica de una ética solidaria y de una política pluralista de la persona, donde la plena realización del ser humano sólo se alcanza a través de la comunión, en el compartir y, en definitiva, en la recíproca apertura al otro⁸.

Con esta visión protestante como trasfondo, podríamos mostrar la captación del fenómeno político en Rougemont a modo de punto central de un conjunto en movimiento dialéctico; conjunto que constituye el hecho social integral. Tal caracterización se configura mediante una doble aproximación sucesiva.

Ante todo, la observación del dinamismo de la política, que sitúa en su centro a la persona y, a la vez, esta última que ubica a la comunidad en su interior, con lo que se forma un círculo de compromisos enlazados. En primer lugar: «La révolution que j'appelle, qui fera seule l'Europe, [...] consiste, en remarquable analogie avec la Renaissance et ses étapes, à déplacer le centre du système politique, non seulement de la nation vers l'Europe, mais encore vers l'humanité dans son ensemble et en même temps vers la personne»⁹. Y en segundo lugar: «La conquête de la personne, [...] pour situer en ce centre de l'homme le centre de la société»¹⁰.

Seguidamente, la irrupción de la vocación política del hombre (donde se inserta la ética de la persona) en la encrucijada entre la vocación material (el trabajo y la economía) y la vocación espiritual (el espíritu, la cultura y la religión). Esta relación dialéctica en continua fluctuación, evidenciada en los escritos rougemontianos desde el decenio de 1930, vendría a enriquecerse justo en el umbral de los años setenta, momento en que, en sintonía con la naciente ecoética, el pensador de Neuchâtel añade un nuevo factor dentro de lo ético-político: la ecología¹¹.

Discernida pues la estructura básica de la política federalista, adaptada al acontecer de una sociedad dinámica en transformación constante, ésta no estaría completa si no apuntásemos los principios rectores de su funcionamiento. Algunos de ellos, a excepción del de subsidiariedad (que por razón de su importancia trataremos más adelante en relación

⁸ GRESHAKE, Gisbert, «Política y Trinidad», en *Selecciones de teología*, núm. 140, 1998, vol. 37, pp. 352-353.

⁹ DE ROUGEMONT, Denis, *Dépolitiser la politique* (1971), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, p. 363.

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ «Le choix politique désormais consiste à ordonner, dans tous les cas de conflits, la Puissance de l'État à la Liberté de personnes, et la Croissance matérielle à une Sagesse équilibrante. Or, nous découvrons depuis peu que ce choix politique se confond avec le choix écologique. L'écologie est le carrefour obligé par lequel passent toutes les options de la politique au sens de stratégie de l'humanité». *Ídem.* «Préface 1972», en *Penser avec les mains* (1936), París, Gallimard, 1972, pp. 16-17. Carmen VELAYOS data el surgimiento innovador de la ecoética en los años setenta del siglo XX; «La ecologización de la ética», en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 32, junio de 2005, pp. 5-6.

con la división del poder soberano del Estado), fueron enumerados por Rougemont en una lista abierta ya a partir de 1947¹². Eso sí, siempre después de una juiciosa contemplación de la experiencia federal en su Suiza natal y en referencia al entonces incipiente proyecto europeísta. Estos principios rectores son los siguientes:

1. La federación no puede nacer más que de la *renuncia a toda idea de hegemonía organizadora*, ejercida por alguno de los Estados que forman parte de ella. La unión buscada a través de medios imperialistas se convierte en unificación forzada y, por tanto, en caricatura de una verdadera unión.

2. El federalismo no puede surgir más que de la *renuncia a todo espíritu de sistema*. Ya que federar no es poner en orden según un plan geométrico a partir de un centro o de un eje; federar es, simplemente, concertar en conjunto, componer, tan bien como mal desde una óptica racionalizadora, estas realidades concretas y heteróclitas que son los Estados, las regiones económicas, las tradiciones políticas... En definitiva, es coordinarlas atendiendo a sus características particulares, tratando a la vez de respetarlas y de articularlas en un todo.

3. *El federalismo no conoce el problema de las minorías*. Mientras que el totalitarismo suprime el problema al eliminar a las minorías dentro de un sistema cuantitativo, el federalismo prima la calidad. Es por ello que se entiende justo, por ejemplo, otorgar los mismos derechos de la mayoría a las minorías.

4. La federación no tiene por finalidad borrar las diversidades y fundir todas las naciones en un solo bloque, sino, al contrario, *salvaguardar sus propias calidades*. No aparece aquí la tolerancia en un sentido negativo, sino el deseo de que cada miembro federado acepte el reto de dar lo mejor de sí mismo, a su manera y según su genio.

5. El federalismo se sustenta sobre *el amor a la complejidad*, por contraste con el simplismo brutal que denota el espíritu totalitario. La vitalidad cívica de un pueblo, una rica complejidad en interacción, configura la condición esencial de las libertades personales, de tal forma que la política federalista no es nada más que la política en sentido genuino: el arte de organizar la ciudad en beneficio de los ciudadanos. Por su parte, los métodos totalitarios cultivan la antipolítica, la supresión de las diversidades por incapacidad de componerlas en un todo orgánico y vivo.

6. Una federación se constituye mediante *un acercamiento constante*, a través de una aproximación de las personas y de los grupos, y no por medio de un centro o por la acción unívoca de los gobiernos.

¹² DE ROUGEMONT, Denis, *L'Europe en jeu* (1948), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. I, pp. 31-39.

Como vemos:

«l'idée fédéraliste est très simple, mais non pas simple à définir en quelques mots, en une formule. C'est qu'elle est d'un type organique plutôt que rationnel, et dialectique plutôt que simplement logique. [...] Elle cherche [...] le secret d'un équilibre souple et constamment mouvant entre les groupes qu'il s'agit de composer en les respectant [...]. On ne saurait trop insister sur ce double mouvement [...], sur cette interaction, cette dialectique, cette bi-polarité, comme on voudra, qui est le battement même du coeur de tout régime fédéraliste»¹³.

La constatación de la dificultad y la ambigüedad a la hora de concebir el federalismo se ha convertido, en efecto, en un tópico de obligado comentario por los estudiosos. Lo cual, no por casualidad, es aún más relevante en el caso del llamado *federalismo integral*, que busca una visión global de la actividad humana y rechaza cualquier sistematización cerrada, lanzándose así a una definición dialéctica solamente aproximativa, pero en permanente enriquecimiento. De hecho, y ya para concluir esta cuestión de los principios federalistas, hay que señalar el desarrollo posterior de la aportación rougemontiana en este punto, de la mano, sobre todo, de autores como Guy Héraud y Ferdinand Kinsky. Éstos, profundizando las perspectivas originales de Rougemont, pero también de Alexandre Marc y Robert Aron, clarificaron y recompusieron una tabla reducida de cuatro axiomas federalistas: autonomía, cooperación-solidaridad, participación y subsidiariedad¹⁴.

2. EL PODER

Al pasar, por tanto, a una segunda fase del análisis, nos circunscribiremos a explicar la nueva noción de poder, ligada a la visión federalista de la política. Inevitablemente, para el pensador neuchâtelés, ese poder a ejercer en la praxis de la federación no es otra cosa que el producto del desmantelamiento del Estado-nación y de su correlativa soberanía absoluta.

Surgidos a partir de la segunda mitad del siglo xx, sin duda, el proceso de integración transnacional –principalmente ejemplificado en la construcción de unas instituciones europeas supranacionales–, sumado a la concomitante y complementaria regionalización interna de los Estados nacionales, así como a los múltiples efectos de la actual globalización económica sobre las estructuras clásicas del Estado democrático

¹³ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴ Sobre esta clasificación de Guy Héraud, véase ROJO, Argimiro, *El modelo federalista de integración europea: la Europa de los estados y de las regiones*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 38-56; así como DANESE, Attilio, *Il federalismo*, Roma, Città Nuova, 1995, pp. 100-127.

de Derecho y su modelo de ciudadanía han sido elementos que han ayudado, todos juntos, a consagrar el tópico, ya bastante generalizado, de la crisis de la soberanía única, suprema e indivisible del Estado-nación. Semejante enunciado, que se nos aparece ahora como un referente empírico ineludible, no parecía una cuestión tan clara y pacífica en plena Guerra Fría, antes de la caída del muro de Berlín en 1989. Sin embargo, de forma pionera y meritoria, el impulso ideológico del federalismo integral de la segunda posguerra junto a otras corrientes propiciadoras de un multilateralismo federativo a nivel de relaciones internacionales han contribuido, en gran medida, a consolidar un horizonte utópico alternativo al de la razón de Estado. De tal forma que esta crítica al paradigma estatalista, cerrado sobre sí mismo, ha anticipado el magma conceptual en que encuentran origen términos políticos que ya comienzan a hacerse habituales entre nosotros, como el de «soberanía compartida», «principio de subsidiariedad», «gobernanza multinivel», «ciudadanía fragmentada» aunque preservadora de la universalidad de derechos, «visión pluralista del orden constitucional» distante de la visión monista kelseniana del ordenamiento jurídico estatal...¹⁵

Ahora bien, por lo que respecta específicamente a los herederos del movimiento personalista *Ordre Nouveau* –como es el caso de Rougemont–, este enfoque federalista sobre la necesidad de dividir y repartir el poder soberano del Estado, no exento de ciertos resabios doctrinarios en su fidelidad a la obra de Proudhon, se sigue con facilidad hasta su misma génesis en la década de 1930, sin obviar sus frecuentes reiteraciones en textos y momentos históricos posteriores.

«J'ai sous les yeux une page ronéotée qui doit dater de 1936. Il s'agit d'un «Programme présenté au Mouvement personnaliste par l'*Ordre Nouveau*». Ses articles se retrouveront, parfois presque identiques, dans les rapports et manifestes européens de la Résistance (1944), du Congrès fédéraliste de Montreux (1947) et du Congrès de l'Europe à La Haye (1948). Voici les articles 9 à 13: «IX. – À l'étatisme totalitaire, nous opposons le fédéralisme politique et économique, seul régime capable de sauvegarder les libertés et de prévenir les guerres totales. X. – Dans l'ordre politique, le fédéralisme ne peut se constituer que sur la base des communes autonomes et des communautés régionales. [...] XIII. – L'État ne doit pas être au-dessus des personnes, mais à leur service; il doit être fort dans son domaine limité». Voir aussi le n.º 15 de l'*Ordre Nouveau* intitulé «Par-dessus les frontières. Vers le fédéralisme» (novembre 1934)»¹⁶.

¹⁵ Véase DD.AA., «Civisme et citoyenneté», en *Où en est l'Europe aujourd'hui. Premières Rencontres Denis de Rougemont* [François Saint-Ouen, ed.], Ginebra, Centre Européen de la Culture, 1995, pp. 15-28; y también HÄSSIG, Claus, «Denis de Rougemont: de l'Europe des régions aux nouvelles formes de citoyenneté», en *Swiss, made: la Suisse en dialogue avec le monde* [Beat Schlöpfer, dir.], Carouge/Ginebra, Zoé, 1998, pp. 317-326.

¹⁶ DE ROUGEMONT, Denis, *Journal d'une époque (1926-1946)*, París, Gallimard, 1968, p. 107.

El mismo Rougemont escribiría en 1970:

«Dans une page essentielle de son *Principe Fédératif*, où Proudhon estime qu'il «résume toute sa science constitutionnelle», je trouve cette proposition: [...] *Ne rien laisser dans l'indivision*: grande maxime, qui conteste un monde, celui de la République une et indivisible des Jacobins, de l'Empire napoléonien qui la continue, et des totalitaires du XX^e siècle qui l'achèvent. Il ne s'agit donc, pour Proudhon, ni de décentraliser, ni de déconcentrer (est-ce différent?), ni de déléguer les pouvoirs de l'autorité centrale. Mais très exactement de séparer, de diviser, de partager. Seulement, Proudhon s'en tient à un partage ou répartition du pouvoir entre les échelons géographiques: commune, province (région), fédérations restreints, enfin fédération de fédérations (Europe)»¹⁷.

3. CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

Es pues, al asumir estas ideas expuestas sobre la política y el poder, como la filosofía social y política de Rougemont construye la noción de federación al estilo de una estructura de poder pragmática pero no tecnocrática, participativa y solidaria, abierta y democrática. Porque «il n'y a plus aujourd'hui de vrai pouvoir s'il n'est compris et assumé par le citoyen, [...] La maxime de contrainte ne peut conduire qu'à la dissolution de toute communauté, parce qu'elle exclut en fait et par avance l'idée de concertation et le libre débat, seul capable de créer l'union»¹⁸. La relación federativa se entiende así a guisa de *una comunidad de comunidades orgánicas y, a la vez, autónomas, donde cada una de ellas se organiza en una democracia de la participación y la previsión*¹⁹. Además, en el plano de las estructuras políticas (como también en el de las económicas) el federalismo se vertebra en una dinámica de abajo hacia arriba, es decir, de lo local a lo continental o, incluso, mundial, desdénando en consecuencia lo que va de lo nacional a lo internacional²⁰. En este contexto podríamos hablar de una teoría de conjuntos sociales o de círculos concéntricos comunitarios, que extienden, de forma progresiva, la red de una democracia ascendente, de carácter tanto representativo como participativo. Una democracia federalista sustancial que potencia la faceta espiritual de compro-

¹⁷ *Ídem*, «La région n'est pas un mini-État-Nation», en *L'Europe des régions II*, Ginebra, Institut Universitaire d'Études Européennes, 1970, pp. 37-38.

¹⁸ *Ídem*, *Notes pour une éthique du fédéralisme* (1979), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, p. 683.

¹⁹ *Ídem*, *Manifeste écologique pour une Europe différente* (1978), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, pp. 587-588.

²⁰ *Ídem*, *Fédéralisme et nationalisme* (1954), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. I, p. 233.

miso más aún que la política²¹. Es así que se comprende incluso el reconocimiento de grupos y formaciones sociales, más o menos estables, dotados tal vez de personalidad jurídica, pero que, por su carácter singular, tienen capacidad de acción, poder efectivo y, a veces, representación institucional²². A saber, la pareja o la familia nuclear, el barrio, el asociacionismo cívico, las corporaciones profesionales, las Iglesias o representaciones institucionales de las religiones... en fin, todo lo que conforma la llamada sociedad civil. En todo caso, la distinción entre los ámbitos privados y públicos de relación social queda clara dentro de la atenuación que realiza el personalismo respecto a la separación radical del liberalismo clásico. Ello se observa en el siguiente texto al referirse a la familia como comunidad natural:

«Le lieu où la personne se forme en s'actualisant est le groupe le plus proche réunissant librement les individus: la *commune*, l'*entreprise* (pas la famille, car celle-ci s'identifie au clan, et l'individu occidental est apparu au moment où *il s'arrachait* au clan). Mais beaucoup d'entreprises, de projets, de tâches, dépassent par leurs dimensions la commune et la petite entreprise. Alors, il faut passer aux *Régions* (définies par leurs fonctions) puis aux associations de Régions vers des *Fédérations continentales* ouvertes sur le Monde. Cette construction de bas en haut est proudhonienne certes, mais pas en vue de détruire l'Etat. Seulement de le répartir. 3 février 1972»²³.

En el centro de semejantes parámetros, la piedra angular del conjunto viene definida pues tanto por la garantía institucional de las «libertades organizadas» o derechos fundamentales, como por el compromiso ciudadano a favor de un civismo vigilante y prudente en medio de una animada y rica sociedad civil. La vitalidad cívica representa un signo de salud para la democracia, de la que el «individualismo anárquico» y el «colectivismo tiránico» constituyen, según Rougemont, las dos enfermedades sociales típicas. Al individuo puro, libre pero no responsable, corresponde un régimen democrático formal tendente a la anarquía y, por tanto, conducente hacia el desorden, verdadero crisol de la tiranía. «C'est avec la poussière des individus civiquement irresponsables que les dictateurs font leur ciment». Paralelamente, al hombre considerado como soldado políti-

²¹ La clarificación de esta afirmación podría ser explicitada, de manera ejemplar, por Mounier: «Non è nelle urne, o sulle strade, che si gioca la sorte della persona, è innanzitutto in ciascuno di noi». MOUNIER, Emmanuel, «Les deux grandeurs», en *Esprit*, núm. 44, 1936, p. 153.

²² DANESE, Attilio, *Il federalismo*, op. cit., pp. 118-123.

²³ DE ROUGEMONT, Denis *Inédits. Extraits de cours choisis et présentés par Jean Mantzouranis et François Saint-Ouen*, Neuchâtel, La Baconnière, 1988, p. 124.

co, comprometido de forma total pero no libre, le es propio el régimen totalitario²⁴.

El federalismo integral, desde la separación entre sociedad civil y Estado, se muestra así a modo de una concepción global de las relaciones públicas, con un sentido extenso de la política, incluyendo, de forma complementaria, tanto una dimensión público-social como una dimensión público-estatal. Nos hallamos, por tanto, ante lo que se podría denominar, como ha hecho algún autor perteneciente a la corriente del federalismo integral, como un «contractualismo cooperativo»²⁵. Este tipo particular de discurso contractualista de carácter cooperativo vendría a ser una traducción política de la cosmovisión personalista y de su antecedente proudhoniano, que aspira a la democracia directa. Pero también, en opinión del politólogo David Held, se configuraría como heredero contemporáneo del «republicanismo desarrollista» de cuño renacentista, en cuyo seno se insertan el institucionalismo republicano de Juan Calvino y Johannes Althusius –estudiado recientemente por Antonio Rivera–, e incluso, la emulación en versión democratizadora de la República de Ginebra esbozada por Rousseau, si atendemos a la propia interpretación rougemontiana²⁶. Esta cooperación contractual de la colectividad humana está asentada en los cuatro principios rectores, ya indicados, que destila la tradición federalista, a saber: autonomía, cooperación-solidaridad, participación y subsidiariedad.

He aquí, pues, que tal fundamento lleva a perfilar una auténtica democracia sustantiva. Es decir, *la suma entre una democracia clásica*, liberal y representativa, *y una democracia participativa*²⁷, que difunde los poderes, las iniciativas y los controles, más allá del cuadro institucional del Estado en dirección hacia la sociedad. De esta manera, se dota a la persona del ciudadano y a los grupos sociales de mayor

²⁴ *Ídem*, *L'Europe en jeu* (1948), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, *op. cit.*, t. III, vol. I, pp. 31-32.

²⁵ KINSKY, Ferdinand, «Fédéralisme et personnalisme», en *Dictionnaire international du fédéralisme* [Denis de Rougemont, dir./François Saint-Ouen, ed. lit.], Bruselas, Bruylant, 1994, p. 81.

²⁶ HELD, David, *Modelos de democracia* [Teresa Alberó, trad.], Madrid, Alianza, 2001, pp. 55-91; y también RIVERA, Antonio, *Republicanism calvinista*, Murcia, Res Publica, 1999, pp. 115-167. En razón de esta dialéctica federal y democrática, Fleiner-Gerster afirma: «Seule une forme d'Etat à la fois fédérale et démocratique peut tenir compte de la diversité proprement kaléidoscopique de l'être humain. Elle permet d'un côté un épanouissement aussi libre que possible de la personne dans le petit groupe ou la république, et garantit d'un autre côté que l'Etat et son pouvoir vont mutuellement se contrôler. Dans ce sens, le personnalisme développé par Proudhon a jeté un pont entre le 17^e siècle d'Althusius et l'Etat moderne du 20^e siècle». FLEINER-GERSTER, Thomas, «L'esprit fédéraliste et l'Europe», en *Cadmos*, núm. 54, verano de 1991, p. 73.

²⁷ ROJO, Argimiro, *El modelo federalista de integración europea...*, *op. cit.*, pp. 42-43.

responsabilidad sobre su futuro²⁸. En consecuencia, la democracia concebida por el federalismo integral estaría estructurada a partir de dos polos en interacción complementaria, siguiendo el modelo de la dialéctica relacional dentro de la tensión entre contrarios. Para una mejor comprensión, lo resumimos en la siguiente tabla, donde se puede apreciar las dualidades tirantes entre dos conjuntos de ideas-fuerza:

Democracia liberal y representativa (clásica)	Democracia participativa
<ul style="list-style-type: none"> • Elemento cuantitativo. • Razón teórica o mos geometricus. • Autonomía. • Igualación jurídica de carácter formal. • Sujetos: individuo abstracto y Estado. • Contrato: intersubjetividad simétrica y formal dentro de los campos del Estado y del derecho. Se corresponde con el espacio público-estatal. • Principio de legalidad. • Lógica de los derechos, individuales o colectivos, con primacía de los primeros sobre los segundos. • División de poderes del Estado y representación política de los ciudadanos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Elemento cualitativo. • Razón práctica o razonabilidad. • Responsabilidad. • Igual dignidad moral de todo ser humano dentro de la diferencia, la alteridad y el conflicto. • Sujetos: Persona concreta en sus circunstancias vitales y comunidades intermedias o «naturales». • Alianza comunitaria: intersubjetividad asimétrica y sustantiva dentro de los ámbitos de la sociedad civil y de la ética pública. Se identifica con el espacio público-social. • Principio minimalista de justicia pública (que sirve de conexión entre las éticas privadas de máximos y el derecho, desde los parámetros de un iusnaturalismo formal o deontológico). • Lógica de los deberes morales, basada en el respeto a la ética pública, que se resume en un único deber jurídico de respeto a los derechos de los otros. • Autogestión directa y organización subsidiaria de abajo hacia arriba.

La comprensión de lo que supone la exigencia de «participación sociopolítica» se ha de entender en un sentido concreto y no demagógico. Es decir, más allá de los resortes habituales de la representatividad democrática, a menudo pervertida a modo de cheque en blanco a los partidos políticos, lo que se requiere es una integración del pluralismo social existente. Y ello, en lo que se refiere tanto al funciona-

²⁸ Véase VANDAMME, Jacques, «Personalismo e identità europea», en *L'apporto del personalismo alla costruzione dell'Europa* [Roberto Papini, ed.], Milán, Massimo, 1981, pp. 249-266.

miento como a los procesos de toma de decisiones de las instituciones (iniciativa, consulta, corresponsabilidad en la ejecución...).

No es de extrañar, pues, la generalización en Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, de diversos mecanismos tendentes a promover esa participación ciudadana en el seno de las instituciones públicas. A saber: Consejos Económicos y Sociales, instrumentos de control y fiscalización social de la acción institucional, procesos de «concertación social» en sus diversas variantes –legislación negociada, pacto social...–, órganos asesores en materia cultural... Estas prácticas, impulsadas en gran medida gracias al consenso democrático de la segunda posguerra entre la democracia cristiana y la socialdemocracia, no pueden esconder la influencia recibida del personalismo federalista, aunque hayan sido acusadas de «corporativismo liberal» por sus detractores. De esta forma, definido por oposición al «corporativismo autoritario»²⁹, propio del período de entreguerras, este «neorporativismo liberal», que asegura la libertad de actuación de los agentes sociales implicados, no ha carecido de feroces enemigos desde sus inicios. Por un lado, los defensores de la aséptica ortodoxia liberal del Estado de derecho y, por otro lado, ciertos sindicatos de cultura marxista o tradeunionista, escépticos ante la «corresponsabilidad política» añadida a tales fórmulas, incluso, más recientemente, el neoliberalismo radical desde las filas del monetarismo económico³⁰.

En definitiva, la filosofía social y política de Denis de Rougemont, el federalismo integral, articula una auténtica tercera vía democrática entre el liberalismo individualista y el socialismo estatalista. En 1952, Raymond Aron lo veía de tal manera. Según él, se tiene que reconocer que el federalismo, como concepción general de la vida social y política, aporta soluciones para superar las devastadoras contradicciones modernas, ya sea la tendencia al Estado nacional cerrado, ya sea la guerra total entre individuos aislados. Es por eso mismo que considera

²⁹ Para Chantal Millon-Delsol, el corporativismo autoritario y organicista representa una fatal desviación del principio de subsidiariedad hacia el estatismo. «D'une manière générale, on observe que la plupart des adeptes du courant corporatiste, et même ceux qui défendent un corporatisme soi-disant atténué ou non systématique, dérivent peu ou prou, à leur insu ou non, vers l'interventionnisme. Sur le terrain concret de l'histoire politique, les gouvernements corporatistes [...] semblent parfois rechercher les corps intermédiaires autonomes au départ pour finalement les dissoudre dans l'Etat, bref, se trouvent aspirés par la fatalité de l'étatisme. [...] Le corporatisme représente donc une dénaturation de la société des corps intermédiaires et en général un dévoiement du principe de subsidiarité. Interprétation faussée de l'histoire médiévale [...] comme un âge d'or; vision sociale fondée sur un idéal à réaliser et une incapacité d'assumer la réalité de la liberté; cécité devant les effets pervers prévisibles du système corporatif... Cette doctrine se présente comme une nouvelle utopie sociale de réalisation des valeurs, aboutissant logiquement à un déploiement de la coercition d'Etat, et à la dictature». MILLON-DELSOL, Chantal, *L'État subsidiare. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, PUF, 1992, pp. 164-165.

³⁰ SALA, Tomás y ALBIOL, Ignacio, *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 331-334.

las estructuras sociopolíticas federalistas como sanadoras de los déficits de la democracia liberal clásica y, a la vez, garantes sólidas de la paz.

«The political movement of federalism, which has been developing in the last twenty years [a França] and which, since the second world war, has grown in importance, [...] may [...] firstly, [...] revive subsidiary groups within the State, restoring their vitality and independence, and, secondly, [...] set up some authority above the national State, transferring to it a certain measure of the State's sovereignty»³¹.

Aunque el politólogo francés, anclado en un jacobinismo republicano, no se abstiene de recordar los orígenes «contrarrevolucionarios» de muchas ideas sostenidas por el federalismo integral, «championing the concrete against the abstract, definite freedoms against freedom in general, natural communities against the isolated individual at the mercy of the arbitrary power of the State»³². Con todo, concluye con un juicio positivo sobre la profundización democrática urgente que, en aquel momento histórico, podían aportar las estructuras federalistas, en relación tanto a la vertebración de la sociedad civil como a la limitación de la soberanía absoluta del Estado-nación.

«This repetition of the counter-revolutionary argument does not mean that the underlying idea of federalism is reactionary. The reactionary trend in counter-revolutionary thought was due to its tendency to regard the form of organization which had preceded the democratic revolution as symbolic of social order is general. Considered as an abstraction, the idea of an organic society, in which individuals are something more than bricks which can be combined to form a building only if the power of the State provides the requisite mortar, is not at all reactionary. All those who cherish independence and fear regimentation are anxious that there should be intermediate communities between the individual and the State, to preserve the former from helpless isolation and prevent the inordinate aggrandizement of the latter»³³.

Con posterioridad, Chantal Millon-Delsol, refiriéndose tanto a la filosofía del personalismo comunitario como a la coetánea doctrina política y económica del ordoliberalismo alemán³⁴ –impulsora de la

³¹ ARON, Raymond, «A suggested scheme for a study of federalism», en *Federalism: problems and methods. International Social Science Bulletin*, núm. 1, p. 15; se trata de una revista publicada por la UNESCO y dedicada monográficamente en este número al federalismo.

³² *Ibíd.*, p. 17.

³³ *Ibíd.*, p. 16. La cursiva es nuestra.

³⁴ La corriente del ordoliberalismo nace en la Universidad de Friburgo durante la década de 1930, propiciada en gran medida por una estrecha simbiosis entre la economía y el derecho en los planes de estudio de dicha sede académica. De entre sus fundadores, Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Großmann-Doerth y Leonhard Miksch, el

economía social de mercado—, ha designado la articulación subsidiaria, argumento poco usado por los autores modernos a pesar de formar parte del patrimonio de la modernidad política, como el elemento clave de este discurso nutrido de federalismo. En concreto, puntualiza:

«L'idée de subsidiarité [...] vise à dépasser l'alternative entre le libéralisme classique et le socialisme centralisateur, en posant différemment la question politico-social. Elle légitime philosophiquement les droits-libertés [derechos civiles y políticos], et revient aux sources des droits-créances [derechos sociales, económicos y culturales] supposés avoir été détournés de leur justification première. Elle parvient à l'accord viable d'une politique sociale et d'un Etat décentralisé, en payant cet assemblage paradoxal de deux renoncements: elle abandonne l'égalitarisme socialiste au profit de la valeur de dignité; elle abandonne l'individualisme philosophique au profit d'une société structurée et fédérée»³⁵.

Desde estas coordenadas fieles al principio de subsidiariedad, el contractualismo cooperativo rougemontiano, expresado como un tipo de democracia humanista de raíz liberal-republicana, proudhoniana y cristiana, hace efectivo su orientación hacia la construcción de un modelo de autonomía democrática próximo al postulado recientemente por David Held³⁶ en cuanto a sus finalidades, pero con unos ingredientes ideológicos e instrumentos institucionales diversos. Así, para el autor inglés, desde la óptica de una ciencia política de tradición más analítica o racionalista, esta tipología de autonomía democrática integraría fuentes extensamente destiladas por la modernidad política, pero que ahora cabría depurar, a saber: el republicanismo desarrollista, el liberalismo y el marxismo.³⁷ Mientras que Rougemont incluye, junto a fuentes incues-

economista Eucken —*alma mater* del grupo, miembro de la «Iglesia confesante» alemana y fiel seguidor de Dietrich Bonhoeffer— y el jurista Böhm fueron activos integrantes del movimiento de resistencia interna al régimen nazi. Posteriormente, desde mediados de los años 1940, a este núcleo inicial, influido políticamente por el institucionalismo de factura aristotélica, el liberalismo descentralizado de Alexis de Tocqueville y la sociología de Karl Mannheim, se sumaron las contribuciones de Wilhem Röpke, Alexander Rüstow, Alfred Müller-Armack y Ludwig Erhard —quien, más tarde, presidió la Cancillería federal de la RFA de 1963 a 1966—, conformando así la doctrina más acabada de la «economía social de mercado». En concreto, para Röpke, el ordoliberalismo se formula a modo de un «liberalismo conservador» de inspiración humanista contra el capitalismo sin bridas del *laissez faire*, en oposición, pues, tanto al liberalismo clásico del siglo XIX, también llamado «paleoliberalismo», como al neoliberalismo austríaco contemporáneo de Ludwig von Mises, Friedrich Hayek y Karl Popper.

³⁵ MILLON-DELSOL, Chantal *op. cit.*, p. 7.

³⁶ HELD, David, *op. cit.*, pp. 331-373.

³⁷ «El planteamiento republicano [...] no especifica suficientemente cómo puede asegurarse esa política participativa ante las concentraciones de poder estatal, la flaqueza de los ciudadanos (la ausencia de virtud o compostura cívicas, por ejemplo) y unas instituciones políticas débiles. [...] Por consiguiente, hay que poner en entredicho la defensa republicana de la posibilidad de un orden participativo, la con-

tionablemente modernas, unas otras, la inspiración ética cristiana y el principio de subsidiariedad, que, aunque presentes en el origen mismo de la modernidad, han quedado relegadas y marginadas. En virtud de ello, el pensador suizo integra el elemento republicano de participación sociopolítica, activa y directa, del ciudadano; el liberal de protección de los derechos y de gobierno representativo del pueblo; el socialista, derivado de la ética humanista y federalista de Proudhon, garante de la justicia social, que lleva indirectamente a la igualdad de condiciones materiales y el cristiano de mantenimiento de la unidad en la diversidad, bien a través del criterio funcional de organización subsidiaria, bien mediante un iusnaturalismo formal o deontológico, preservador de una común medida de ética pública que, positivizada por el derecho, engendra los valores comunes del ordenamiento jurídico y vela por las libertades de los ciudadanos.

Ahora bien, por lo que respecta a los fines de este modelo de autonomía democrática, que intenta responder a la pregunta sobre el significado hodierno de la democracia, Held no está nada lejos de los objetivos rougemontianos cuando estipula la necesidad de un «doble proceso de democratización»: la transformación interdependiente del Estado y de la sociedad civil. Tal proceso requiere dos premisas. Por una banda, la distinción entre Estado y sociedad civil dentro de una vida democrática que posibilita interconexiones entre ambos ámbitos y, por otra banda, la liberación del poder de decisión ciudadana de cualquier desigualdad y limitación impuesta por la apropiación privada del capital. «Si se opta por la democracia, se debe optar por poner en marcha un sistema radical de derechos y obligaciones —obligaciones que derivan de la necesidad de respetar los derechos iguales de los demás y asegurar que disfrutan de una estructura común de actividad política»³⁸.

Por otro lado, la democracia federalista con una estructura subsidiaria en Rougemont, por causa de su inequívoco horizonte autogestionario, de abajo hacia arriba, a la vez regionalista y supranacional, queda también como un precedente cualificado del patrón de democracia cosmopolita³⁹ teorizado por el mismo Held, a guisa de complemento territorial del anteriormente expuesto. Esto permite a ambos autores afirmar el principio de autonomía democrática en el interior

cepción liberal de la naturaleza de los mercados y del poder económico deber ser rechazada, y la concepción marxista de la naturaleza de la democracia debe ser severamente cuestionada». *Ibíd.*, pp. 342-343.

³⁸ *Ibíd.*, p. 355.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 375-400. Siguiendo también a Anthony Giddens, Held sentencia: «La globalización es «un proceso dialéctico». [...] Aunque estas circunstancias presentan numerosos peligros, y se corre un riesgo de intensificación de la política sectaria, también auguran una nueva posibilidad: la recuperación de una democracia intensiva y participativa en los niveles locales como complemento de las asambleas deliberativas de rango mundial. Es decir, presagian un orden político de naciones, ciudades y asociaciones ciudadanas al mismo tiempo que de regiones y redes mundiales. Un orden de estas características consolidaría el principio de autonomía en diversos centros de poder y a través de diversos ámbitos espaciales». *Ibíd.*, p. 398.

de una red tanto local, regional y estatal como continental y global. Precisamente, en opinión de Ulrich Beck, ante los retos actuales planteados por la globalización, el modelo de democracia cosmopolita de Held, reformulación del orden cosmopolita kantiano, nos indica la mejor opción para profundizar en una democracia entretrejida en red, tanto a nivel interno como internacional. Y ello frente a otros posibles paradigmas como el de la política realista neoconservadora (basado en el respeto escrupuloso a la soberanía estatal) o el internacionalista clásico (fundamentado en un consenso sobre derechos humanos que, sin embargo, mantiene la independencia soberana del Estado)⁴⁰.

Asimismo, cabe matizar que la elección de una soberanía compartida, en contra de la tradicional soberanía única e indivisible, afecta no sólo al Estado sino también al derecho, ya que la idea de Estado de derecho continúa siendo perfectamente válida, aunque no asentándose exclusivamente sobre el Estado-nación, sino también sobre las regiones infraestatales y las autoridades continentales o mundiales de las que emanan normas jurídicas. En definitiva, conforme enfatiza Maria Dolors Oller, globalizar la democracia en medio de un mundo plural supone, en efecto, el esfuerzo en beneficio de una «democracia polimórfica» que, estructurada de abajo hacia arriba según el principio de subsidiariedad, adopte una gran variedad de formas y vías institucionales que hagan converger la libertad y la igualdad. De tal manera que la idea democrática se convierta en el antídoto más potente contra los nacionalismos excluyentes y los fundamentalismos sectarios de todo tipo, compatibilizando los principios de autodeterminación colectiva y soberanía compartida⁴¹.

En conclusión, dentro de este marco democrático de inspiración federalista:

«Gouverner c'est coordonner l'action simultanée d'éléments variés, dans le respect de leur diversité et à partir de leur autonomie. C'est fédérer, c'est-à-dire indiquer des fins communes à des unités autonomes –ces fins pouvant d'ailleurs être à court ou long terme, mais devant être orientées constamment vers cette fin dernière de l'Etat séculier, qui est la liberté des personnes»⁴².

Se puede observar, así, el intento de construir las condiciones de posibilidad de una sociedad abierta de hombres y mujeres libres y responsables, de una sociedad en tensión creadora y con capacidad crítica, en fin, de una sociedad de contrastes y de pluralidades, y no de síntesis.

⁴⁰ BECK, Ulrich *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.

⁴¹ OLLER, Maria Dolors *Un futur per a la democràcia. Una democràcia per a la governabilitat mundial. Quaderns Cristianisme i Justícia*, núm. 115, novembre de 2002.

⁴² DE ROUGEMONT, Denis *Notes pour une éthique du fédéralisme* (1979), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, p. 683.

4. REGIONALISMO, FEDERALISMO Y CONSTRUCCIÓN EUROPEA

Un aspecto destacado, al que cabe dar la debida relevancia cuando se habla del pensamiento sociopolítico de Denis de Rougemont, hace referencia a que, dentro del engranaje propiamente político-institucional de la entidad federal, la «región» adopta el papel protagonista, en detrimento de la organización estatal⁴³. *La región es concebida como ente principal de participación cívico-política*, circunscrita a la vez por criterios socioeconómicos y étnico-culturales⁴⁴. Sin embargo, sería un gravísimo error confundir la región con un mini Estado-nación⁴⁵. No se trata, en ningún caso, de un renovado poder unívoco en miniatura, ejercido sobre todos los dominios claves (político, económico, social y cultural). Antes bien, se perfila como un nivel más, pero con carácter destacado, en la escala de división del poder atendiendo a las realidades humanas. La región se define, por tanto, por medio de dinanismos combinados de resultados variables; es decir, como una unidad funcional de geometría variable⁴⁶. De ahí se derivan dos consecuencias fundamentales. Por un lado, su especial adecuación, incluso más allá del marco estatal, para organizar la cooperación entre territorios transfronterizos. Puesto que, en definitiva, *«une unité politique [federalista] se définit non plus en termes de limites, mais en termes de rayonnement, non plus par son indépendance mais par la*

⁴³ Este papel destacado de las regiones en el proyecto federalista rougemontiano tomará cuerpo a partir de la década de 1960. En ese momento, la idea hasta entonces difusa de asentar la federación sobre la base de comunidades locales y regionales, de fuerte influjo proudhoniano y ya presente en él desde los años treinta, tomará verdaderamente cuerpo a la luz de una serie de hechos: a raíz de la no aprobación de la CED (Comunidad Europea de Defensa) en 1954, que provocó el fracaso de la confianza depositada en la fuerza transformadora de los Estados-nación como motor de la estrategia federalista de construcción gradual de Europa; el inusitado empuje que las reclamaciones regionalistas (de carácter económico, étnico, cultural, político...) y sus correlativos movimientos reivindicativos adquieren a lo largo del Viejo Continente durante aquella época; el surgimiento de una extensa literatura regionalista, aunque sólo parcialmente federalista, encarada a la toma de conciencia identitaria y de intereses territoriales propios frente al Estado; la puesta en marcha de las primeras experiencias de cooperación institucionalizada entre regiones fronterizas pertenecientes a distintos países, como la pionera *Regio Basiliensis* (1963) entre Suiza y dos Estados miembros de la entonces CEE, la RFA y Francia... Tanto es así que no sólo la labor de estudio y divulgación del emergente regionalismo europeo, sino también la meta lejana de una federación de regiones en Europa, fueron impulsadas por Rougemont, con decisión, desde Ginebra, a través del Centro Europeo de la Cultura y del Instituto Universitario de Estudios Europeos.

⁴⁴ En cuanto a la determinación conflictiva de la noción de «región», véase PETSCHEN, Santiago, *La Europa de las regiones*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1992, pp. 23-58.

⁴⁵ DE ROUGEMONT, Denis, «La région n'est pas un mini-État-Nation», *op. cit.*, pp. 31-40.

⁴⁶ *Ídem*, *Lettre ouverte aux Européens* (1970), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, *op. cit.*, t. III, vol. II, p. 333.

nature et la structure de ses relations d'interdépendance»⁴⁷. Y, por otro lado, la conveniencia de no reconocer ningún derecho de secesión a las regiones dentro de la constitución federal.

¿Pero cómo realizar ese reparto del poder garantizando la dialéctica de la unidad en la diversidad, única capaz de asegurar el pluralismo y la solidaridad responsable en el seno de la comunidad? En opinión de Rougemont, sólo lo puede hacer posible la puesta en práctica del «método federalista» a partir de aquello que es su mismo núcleo: el principio de subsidiariedad⁴⁸. Tal axioma nuclear en su filosofía política y social nos remite a esa nueva mentalidad ya enunciada: la necesidad de pensar por problemas y no por Estados-nación. En consecuencia, el principio de subsidiariedad nos dirige a buscar el *nivel de decisión adecuado a las dimensiones de la labor considerada* (nivel local, regional, estatal, continental o mundial), aunque dando siempre prioridad al nivel inferior sobre el superior, que tiene una especial función de ayuda e intervención auxiliadora en pro del primero⁴⁹. Tanto es así que Chantal Millon-Delsol enfatiza la paradoja antitética que provoca la existencia simultánea de un deber de no ingerencia de la autoridad superior, que garantiza la autonomía del nivel inferior de decisión y, al mismo tiempo, de un deber de ingerencia de dicha autoridad superior para salvaguardar la unidad y la solidaridad social⁵⁰. Al

⁴⁷ *Ídem*, *Vers une fédération des régions* (1968), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, p. 219. El texto subrayado es del autor suizo.

⁴⁸ Este principio fue teorizado en origen por la doctrina social de la Iglesia católica. Así, aparece en su formulación clásica en los números 79 y 80 de la encíclica *Quadragesimo anno* (1931) de Pío XI. Texto papal que, a causa de su carácter eminentemente social y fiel a la tradición anticapitalista católica (a la vez que impregnado de un anticomunismo palmario), fue recibido por los jóvenes personalistas como un documento «socialista» cercano al pensamiento federalista de Proudhon y fundador de sus argumentos en contra del «desorden establecido». Véase WINOCK, Michel, *Esprit. Des intellectuels dans la cité (1930-1950)*, París, Seuil, 1996, p. 39. En todo caso, Rougemont, de profunda convicción protestante, tal vez para evitar el uso nominal de un término tan marcadamente católico, como recuerda Charles Ricq, no utilizó jamás el concepto de subsidiariedad como tal, aunque todos sus escritos confirman su asunción material y desarrollo conceptual en toda su extensión. RICQ, Charles, et al., «Régions, pierres angulaires d'une Europe fédérale. Compte rendu du colloque», en *L'Europe en formation*, núm. 348, verano de 2008.

⁴⁹ DE ROUGEMONT, Denis, *L'un et le divers* (1970), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, p. 241. Por su parte, Dusan Sidjanski, con cierto acento liberal, añade que la subsidiariedad no sólo es aplicable al campo público sino también al privado. «El principio de subsidiariedad se aplica tanto a las colectividades públicas como a los organismos privados. Conduce a descargar al Estado de sus sobrecargas en favor de la Federación Europea pero también en favor de las regiones, de los municipios o de los sectores privados (privatización)». SIDJANSKI, Dusan, *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad Europea a la Unión Europea* [Gaizka Aranguren y Enrique Martínez Gutiérrez, trads.], Barcelona, Ariel, 1998, p. 221.

⁵⁰ MILLON-DELSOL, Chantal, op. cit., p. 8. Por tanto, «en ne posant pas seulement le devoir de non-ingérence mais aussi le devoir d'ingérence, l'idée de subsidiarité fonde la liberté d'autonomie sous un ordre de justice sociale, ce qui constitue son paradoxe typique». *Ibid.*, p. 10.

fin y al cabo, el federalismo se configura al estilo de un proceso de conciliación de la unidad en la diversidad dentro de una estructura de vigilancias y equilibrios, donde todo poder no es más que relativo, limitado por el peso y por el control de diversos contrapoderes⁵¹.

En virtud de estas consideraciones precedentes, la «federación de regiones», predicada por Denis de Rougemont y deseada en beneficio de Europa, se resuelve, en síntesis, con un diseño como el que sigue:

«Convergences et diversification, exigence simultanée de plus grandes unions supranationales et de plus petites unités infranationales, solidarités et autonomies: ces deux mouvements contraires se prononcent en même temps, résultent en partie des mêmes causes, et entraînent des effets complémentaires, j'entends le dépassement de l'Etat-nation à la fois par en haut et par en bas, d'une part, vers des Fédérations continentales et, d'autre part, vers un fédéralisme régional»⁵².

De este modo, conforme al punto de vista del pensador helvético, Santiago Petschen opina que, por lo que respecta a las regiones, su mejor manera de impulsar el europeísmo político desde su interior consiste en profundizar una construcción de las instituciones europeas de orientación orgánica, solidaria, con mayores cuotas de democracia y regida por el principio de subsidiariedad⁵³. En esta línea, este experto en relaciones internacionales señala los tres niveles de acción regional que se han manifestado hasta la actualidad: el de las organizaciones internacionales (Consejo de Europa y Unión Europea), el de los Estados (federales, confederales, autonómicos...) y la acción de las mismas regiones⁵⁴. Si bien, solapando a esta distinción el esquema de análisis usado con anterioridad por Charles Ricq⁵⁵, podemos clasificar las dos primeras iniciativas de diálogo institucional vertical, entablado entre las regiones y los poderes públicos superiores (estatal o internacional), mientras que la tercera vía regionalizadora podemos calificarla de diálogo horizontal de regiones entre ellas.

Con todo, el anhelo rougemontiano de estructurar subsidiariamente una futura federación europea, por medio de una jerarquía de tres niveles de poder (continental, estatal y regional), en la actualidad,

⁵¹ KINSKY, Ferdinand, «Fédéralisme et personnalisme», en *Dictionnaire international du fédéralisme*, op. cit., p. 80.

⁵² DE ROUGEMONT, Denis, *L'un et le divers* (1970), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. II, p. 235.

⁵³ PETSCHEN, Santiago, «Introducción», en *El papel de las regiones en Europa* [Santiago Petschen, coord.], Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 36 y 27.

⁵⁴ *Ibid.*, 27-34. La acción de cooperación entre las mismas regiones se ha efectuado con la creación de numerosas comunidades de trabajo transfronterizas, con la firma de acuerdos bilaterales y multilaterales de carácter internacional entre regiones de distintos países y, como fruto de estas iniciativas, con el surgimiento de instituciones de cooperación interregional no gubernamentales.

⁵⁵ RICQ, Charles, «Les Régions d'Europe et la construcción européenne», en *Cadmos*, núm. 36, invierno de 1986, pp. 38-76.

permanece aún lejos de materializarse de forma completa, incluso en el interior de la Unión Europea. A pesar de todo, ha habido avances fragmentarios que no han dejado nunca de pergeñar en dicho propósito. Según el parecer de Dusan Sidjanski:

«“La Europa de las Regiones”, idea que fue lanzada por Denis de Rougemont en los años sesenta, se inscribe poco a poco en los hechos y en las instituciones. La política regional se convirtió en una realidad en los años setenta antes de ser ratificada por el Acta Única Europea en 1987. En el Tratado de Maastricht, toda una serie de políticas comunes se orientan hacia un mejor equilibrio regional y hacia el desarrollo de las regiones más pobres. Esta evolución de la política regional se apoya en las acciones de los Fondos Estructurales y en la dinámica de las regiones en el interior de los Estados miembros y de la Comunidad»⁵⁶.

En la realidad histórica de inicios de la década de 1990, la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993 sembró la esperanza. Y ello porque reconoció y dio voz en el proceso de decisión comunitaria a las realidades políticas infraestatales en el seno de la Unión Europea, mediante la creación del Comité de las Regiones y el mecanismo del artículo 203, que establece la representación regional en el Consejo de Ministros dentro de la delegación estatal correspondiente. No obstante, dicho Tratado de la Unión sólo instauró el principio de subsidiariedad entre la Unión Europea y los Estados miembros –no incluyendo el nivel regional en tal vertebración oficial del poder, aunque *de facto* sí que ha venido funcionando. En todo caso, con posterioridad, se han dado otros nuevos pasos en provecho de las aspiraciones regionalistas y los ideales federalistas. Así, los objetivos de reforma institucional plasmados en el posterior Tratado de Niza de 2000, al fin concretados jurídicamente en el reciente Tratado de Lisboa de 2007 –en sustitución de la fracasada Constitución Europea– consiguen, entre otras metas: aumentar los casos de votaciones por mayoría cualificada; reconocer el procedimiento de codecisión como el procedimiento legislativo del derecho comunitario, fijando un doble control de la subsidiariedad *a priori* (por los parlamentos estatales) y *a posteriori* (por medio del Comité de las Regiones, que se constituye de tal manera en un medio indirecto para una mayor participación de las regiones, sobre todo de aquéllas con competencias legislativas), y, además, contemplar también por primera vez la legitimidad de la organización regional de los Estados miembros, con lo que se reconoce la identidad institucional de las entidades regionales y locales⁵⁷.

⁵⁶ SIDJANSKI, Dusan, *El futuro federalista de Europa. De los orígenes...*, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁷ CONSTANTINESCO, Vlad, *et al.*, «Régions, pierres angulaires d’une Europe fédérale...», *op. cit.*

A pesar pues de los frutos ambivalentes de los distintos textos de Derecho comunitario, muy influido en un sentido contrario por los lógicos deseos de garantía de la soberanía estatal, respecto a las expectativas de profundización federal, Jacques Santer, el que fuera presidente de la Comisión Europea de 1995 a 1999, no se ahorró el recuerdo hacia la influencia ejercida en este punto por el pensamiento rougemontiano.

«L'Union européenne aujourd'hui n'est certes pas une fédération. Néanmoins, le principe de subsidiarité dont elle s'inspire est un élément important de la vision fédéraliste et européenne portée par Denis de Rougemont et qui recherche une harmonie entre différentes communautés humaines: régionales, nationales et européennes. À cet égard, je me permets de reprendre la question que mon prédécesseur, Jacques Delors, adressait à Denis de Rougemont dans la préface d'une réédition de *28 siècles d'Europe*: "La vraie question n'est-elle pas, plutôt que l'élimination de la puissance et du pouvoir, celle de son exercice aux différents niveaux de l'action, de la ville à la région, de l'Etat-nation à la Communauté européenne? Le principe de subsidiarité, cher au fédéralisme intégral, ne signifie-t-il pas que l'exercice du pouvoir sur autrui est une dimension incontournable implicitement de toute organisation politique? Et que dès lors, ce qui importe c'est d'en organiser la répartition"»⁵⁸.

A modo de colofón, en referencia a este eje primordial del debate federalista que supone el reparto y la organización institucional del poder, cabe apuntar una advertencia señalada recientemente por diferentes analistas políticos en torno a la equiparación de las lógicas implícitas en el federalismo y la subsidiariedad. Según Ferran Requejo, el federalismo de tradición liberal, como el de los *Federalist Papers* norteamericanos, prima de inicio la división institucional de poderes y el respeto al autogobierno de las unidades federadas, mientras que el principio de subsidiariedad da prioridad al acercamiento de las decisiones políticas al ciudadano en el ámbito local y regional y a la máxima eficiencia del sistema político en su funcionamiento general, lo cual sitúa la división de poderes como el punto de llegada y no como el de partida. En consecuencia, dadas estas consideraciones, es posible defender que, eventualmente, en algún Estado de estructura federal, la subsidiariedad puede degradar el principio federal y erosionar incluso el objetivo de garantizar la autonomía de las entidades federadas, conduciendo, por tanto, a un tipo de contracción que refuerce el papel y las competencias de los organismos centrales del Estado⁵⁹.

⁵⁸ SANTER, Jacques, «La construction de l'Europe fédérale: l'union des diversités», en *Régionalisme, fédéralisme, écologisme. L'union de l'Europe sur des bases culturelles et économiques nouvelles. Un hommage à Denis de Rougemont* [Mark Dubrulle, ed.], Bruselas, Presses Interuniversitaires Européennes, 1997, pp. 25-26.

⁵⁹ REQUEJO, Ferran, *Federalisme, per a què?*, Valencia, 314, 1998, pp. 29-30.

Por último, de forma similar, Pierre Izard, aun reconociendo el tronco común de defensa de la autonomía política compartido tanto por el federalismo liberal de los *Federalist Papers* como por el federalismo integral que promueve la subsidiariedad, apunta hacia las mismas diferencias existentes entre ellos. Pues, mientras el pensamiento de Alexander Hamilton, John Jay y James Madison utiliza el federalismo sólo como instrumento jurídico-político para reforzar la separación de poderes dentro del liberalismo, el federalismo integral, en la línea proudhoniana, aparece a guisa de una concepción fundamental de las relaciones humanas en el ámbito público, expresando, en definitiva, un humanismo social y político amplio, enraizado en la antropología filosófica del personalismo comunitario⁶⁰.

Fecha de recepción: 26/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

⁶⁰ IZARD, Pierre, *Personalisme et fédéralisme à travers l'œuvre des fondateurs de la revue L'Ordre Nouveau* (Robert Aron, Claude Chevalley, Arnaud Dandieu, Daniel-Rops, Alexandre Marc et Denis de Rougemont), tesis doctoral, Toulouse, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1986, pp. 411-419.

Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica

Por ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO
Università degli Studi di Genova

RESUMEN

El presente artículo trata de presentar los lineamientos generales de los modelos de ciencia jurídica –normativos y descriptivos– de los movimientos críticos del derecho estadounidense y argentino. El texto comienza con una breve introducción sobre la historia de dichos movimientos, para a continuación analizar algunas de las tesis más relevantes a nivel teórico y epistemológico de ambos. Con base en la crítica al modelo de educación jurídica estadounidense y en una reciente y articulada propuesta de dos autores argentinos, se describe –y critica– algunas de las características más importantes de estos modelos críticos de ciencia jurídica.

Palabras clave: *Dogmática jurídica, Critical legal studies, teoría crítica argentina, indeterminación normativa, ideología.*

ABSTRACT

This article presents an outline of two –normative and descriptive– models of legal science: those proposed by the American and the Argentine critical legal movements. The text begins with a brief introduction regarding the history of both movements, and then analyzes some of their most salient thesis on law and epistemology. The main goal of the paper is to describe and criticize some of the most important features of these models of critical legal sci-

ence. I do this taking in consideration a recent, articulated proposal by two Argentine scholars and a critical approach to the American model of legal education.

Key words: *Legal dogmatics, Critical legal studies, Argentinian critic theory, normative indetermination, ideology.*

SUMARIO: 1. ¿QUÉ HACER? BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MOVIMIENTOS CRÍTICOS: 1.1 *Critical legal studies estadounidenses*; 1.2 Teoría crítica argentina. 2. TESIS DE LOS *CRITICAL LEGAL STUDIES*: 2.1 Métodos de análisis; 2.2 Tesis de la indeterminación y de la contradicción fundamental.–3. TEORÍA CRÍTICA ARGENTINA: 3.1 Epistemología; 3.2 Ideología.–4. CIENCIA JURÍDICA CRÍTICA: 4.1 Educación legal estadounidense; 4.2 Una dogmática conscientemente política.–5. CONCLUSIÓN.

Las teorías críticas del derecho no han gozado, ni gozan, de gran aceptación entre los juristas europeos. Ello se ha debido, al menos en parte, a lo sorprendente de algunas de sus tesis y a un aparato conceptual en ocasiones demasiado distante del empleado por los juristas. En el presente texto presentaré las tesis centrales de dos corrientes de estudios jurídicos que se auto-denominan como «críticas»: *Critical Legal Studies* norteamericanos (CLS) y la *Teoría Crítica* argentina. Las razones para detenerse a analizar ambos movimientos son, en cierto sentido, opuestas: en el caso estadounidense, los *Critical Legal Studies* son uno de los referentes culturales de quien pretende hacer teoría crítica del derecho debido a la gran difusión que tienen las doctrinas jurídicas elaboradas en aquel país. En el caso argentino, es precisamente la falta de difusión de dicho movimiento –probablemente oscurecido por la teoría del derecho analítica argentina, la cual goza de un merecido prestigio internacional¹– lo que justifica prestar atención a algunas de sus tesis, interesantes en mi opinión. Estos dos movimientos, aunque autónomos y diferentes, tienen algunas características comunes en lo relativo a sus posiciones políticas, su metodología y su teoría de la ciencia jurídica. Objetivo del presente artículo es presentar algunas tesis centrales de las concepciones críticas de la ciencia jurídica.

¹ Sólo hace falta mencionar, al respecto, la notoriedad de las obras de Carrió, Alchourrón, Bulygin, Garzón Valdés, Nino, Caracciolo, Guibourg, Redondo, Navarro o Rodríguez.

1. ¿QUÉ HACER? BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MOVIMIENTOS CRÍTICOS

No es fácil encontrar tesis teóricas comunes a todos los movimientos críticos del derecho (*Critical Legal Studies*, Teoría Crítica argentina, *Usa Alternativo del Diritto*, *Critique du Droit*, etc.). Ahora bien, si por algo se caracterizan estos movimientos críticos es por un fuerte compromiso político, radical y/o de izquierdas. Es decir, si bien estos movimientos están interesados en el estudio del derecho, aquello que anima sus investigaciones no parece ser el puro y simple conocimiento científico, sino el activismo político; la pregunta inicial no es «¿qué es el derecho?» o «¿cuál es el contenido del derecho?», sino «¿qué podemos hacer en el mundo como juristas? ¿cómo podemos mejorar el mundo?».

1.1 *Critical legal studies* estadounidenses

No parece que haya demasiada duda en colocar como momento fundacional de los CLS la primera *conference* del grupo, celebrada en 1977 en la Universidad de Wisconsin (Madison). Dicha reunión nace como el encuentro entre algunos veteranos profesores de sociología de Yale (D. Trubek, L. Friedman, P. Selznick y P. Nonet) procedentes del *Law & Society Movement*², y un grupo de jóvenes profesores (D. Kennedy, M. Horwitz y R. Unger) e investigadores (K. Klare y M. Kelman) de Harvard que estaban desarrollando una crítica ideológica del derecho. Es necesario añadir a estas dos una tercera corriente de corte marxista ortodoxa que completa el mapa ideológico de la primera conferencia y cuya figura más reconocida fue Mark Tushnet.

Así pues, dentro de la primera conferencia es posible diferenciar tres corrientes diferentes, capitaneadas respectivamente por Trubek, Kennedy y Tushnet: la sociología empírica del *Law & Society Movement*, la estructuralista-realista³ y la marxista científica más ortodoxa⁴.

² Se trata de un movimiento de sociología crítica, pero cuyo punto teórico de referencia es Max Weber. Véase FRIEDMAN, L., «The law and society movement», en *Stanford Law Review*, núm. 38, 1986.

³ Esta corriente es la que mayor influencia recibió de la teoría realista del derecho de los años veinte y treinta. Para un análisis de la relación entre CLS y realismo jurídico, véase KENNEDY, D. «Notas sobre la historia de CLS en Estados Unidos», *Doxa*, núm. 11, 1992; PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 240 ss.

⁴ Tampoco conviene olvidar otras tres corrientes internas, o cuanto menos con fuertes alianzas con los CLS: por un lado, la teoría feminista del derecho y la *race legal theory*; por el otro, la corriente postmoderna de los CLS. Véase PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento «Critical Legal Studies»*, *op. cit.*, pp. 51 ss, 163 ss.; y CARRINO, Agustino, *Ideología e conciencia. Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, cap. I y II.

Las diferencias entre dichas corrientes son importantes, y si bien la pretensión de los organizadores al convocar la reunión fue crear una plataforma de estudiosos con una cierta predisposición política e intelectual común, las disputas no tardaron en comenzar. De las tres corrientes, la primera que resultó desplazada fue el *Law & Society Movement*, debido a la alianza de los diversos marxismos presentes en la conferencia. Pero también la última de las tendencias, la marxista ortodoxa, pasa a un segundo plano a causa del menor calado que había tenido el marxismo científico en la cultura académica norteamericana. Así pues, la corriente realista con tintes marxistas puede ser considerada la corriente central de los CLS.

Quienes mayor atención han prestado en Europa a los CLS han sido preferentemente los filósofos y los teóricos del derecho. Las críticas que han recibido los CLS de aquéllos han sido numerosas, debido principalmente a su desconocimiento de la teoría jurídica continental⁵. Sin embargo, es importante recordar que no se trata de un movimiento de filosofía o teoría jurídica, sino de un grupo de estudiosos de derecho positivo con inquietudes filosófico-políticas. Sus dos principales frentes de batalla han sido la crítica al modelo de educación legal y al formalismo jurídico del que acusan a los estudiosos norteamericanos del derecho. El movimiento tiene además un marcado carácter académico y se desarrolla principalmente en las más importantes facultades estadounidenses de derecho (sobre todo en Yale y Harvard).

1.2 Teoría crítica argentina

La teoría crítica argentina es, por su parte, un movimiento eminentemente filosófico-jurídico. Sus actividades se concentran sobre todo en Buenos Aires, donde se desarrollan diversos seminarios sobre análisis ideológico y psicoanalítico del derecho⁶. La primera conferencia del grupo, celebrada en 1975 en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires), suele considerarse –al igual que para los CLS– el momento fundacional del grupo⁷.

El fermento de la teoría crítica argentina se encuentra en las inquietudes políticas de una serie de estudiosos que habían desarrollado

⁵ CALSAMIGLIA, A., «La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español», en *Doxa*, núm. 11, Alicante, 1992.

⁶ Los temas de análisis de la teoría crítica argentina no se limitan a estos dos, aunque sí tienen una especial relevancia. Para una presentación de algunas de las tesis fundamentales del movimiento crítico argentino desde una perspectiva interna, véase ASEFF, Lucía M. «La Teoría Crítica en la Argentina», en *Doxa*, núm. 21, Alicante, 1998.

⁷ CAPELLA, J. R., «Introducción», en CÁRCOVA, C. M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.

investigaciones en el marco de la «Alianza para el desarrollo»⁸. Este programa –un pequeño «plan Marshall» para América Latina– promovió durante los años sesenta estudios sobre el funcionamiento del Estado con el objetivo de atajar los problemas de corrupción y clientelismo político en países de América Latina. Los orígenes del grupo se encuentran pues en una sociología empírica que analiza el funcionamiento real de las instituciones pero que terminará virando hacia el análisis del derecho como factor de cambio social. Es decir, si bien los comienzos del grupo están marcados por una aproximación descriptiva, con el paso de los años se va afirmando una tendencia crítica que reconoce un importante papel al derecho en el cambio social. Se estudian por tanto el derecho y la sociedad para cambiarlos.

Es necesario señalar la importante diferencia sobre el momento político en que surgen ambos movimientos. La multiplicación de dictaduras en el cono sur –Argentina incluida– hicieron que la crítica al derecho del movimiento argentino se matizara. Esto es, aunque su crítica al funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, a las relaciones jerárquicas que establecen, no es en absoluto moderada, los alzamientos militares en América Latina y la suspensión de los derechos fundamentales hicieron que «se [comprendiera] entonces, al precio más alto, el valor de las instituciones democráticas y la importancia estratégica de la defensa de los derechos humanos»⁹.

Sus principales desacuerdos con las otras corrientes de filosofía del derecho pueden ser descritos en términos meta-teóricos: antes que controversias teóricas, el punto fundamental de desacuerdo se centra en qué debe hacer la filosofía del derecho, cuál debe ser su objeto de estudio. En opinión de los críticos, la filosofía jurídica no debería limitarse a describir el derecho desde un punto de vista neutral y avalorativo, sino que debe ser capaz de «generar las posibilidades de una intervención política fructífera desde el discurso jurídico en el comportamiento de la institución social»¹⁰, «porque en la búsqueda de respuestas nos va, sin eufemismos, nuestra vida, nuestra libertad, nuestra seguridad y la de nuestros hijos»¹¹.

2. TESIS DE LOS CRITICAL LEGAL STUDIES

Toda síntesis de las posiciones de los CLS estadounidenses, debido a la heterogeneidad del movimiento, corre el riesgo de ser parcial.

⁸ *Ídem.* p. 27.

⁹ CÁRCOVA, C. M., «Notas acerca de la teoría crítica del derecho», en (ed. COURTIS, Ch.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 28.

¹⁰ ENTELMAN, R., «La formación de una epistemología jurídica», en (ed. MARÍ Y VEZZETTI) *El discurso jurídico*, Buenos Aires, Hachette, 1982.

¹¹ RUIZ, A., «Aspectos ideológicos del discurso jurídico», en (ed. MARÍ) *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 168-169.

Algunos autores incluso sugieren que la característica común más importante de los CLS es un «antagonismo compartido»¹². Con el objetivo de exponer más claramente sus tesis me concentraré en la corriente central del movimiento: aquella desarrollada por Kennedy y Unger en Harvard¹³. Presentaré en primer lugar los métodos más habituales de análisis de los CLS, y las tesis de la indeterminación y la contradicción fundamental, a continuación.

2.1 Métodos de análisis

Los tres métodos más usados por los CLS para analizar el (cualquier) ordenamiento jurídico son¹⁴: el *trashing* (desbrozamiento) del discurso teórico, la deconstrucción, y la genealogía histórica. (a) El *trashing* consiste en el desvelamiento del mensaje oculto e ideológico del discurso de los juristas, en la denuncia de las premisas normativas encubiertas en un halo de naturalidad, objetividad y neutralidad. Lo que se pretende mediante el *trashing* es dar cuenta de cómo los juristas introducen premisas normativas en absoluto obvias en sus conceptos y razonamientos, presentan y justifican como naturales decisiones que no lo son; es decir, señalar la contingencia (pero sobre todo la injusticia) de las soluciones derivadas por los juristas con base en los textos legislativos¹⁵. Todo ello para mostrar que las soluciones que se presentan como resultado neutral del razonamiento jurídico son en realidad producto de elecciones ético-políticas que realizan los dogmáticos jurídicos.

(b) La deconstrucción es, como es sabido, la técnica de análisis filosófico teorizada por J. Derrida¹⁶. Los CLS han aplicado esta técnica para analizar la relación entre el discurso del legislador y la

¹² KORNHAUSER, L. A., «The Great Image of Authority», en *Stanford Law Review*, núm. 36, 1984. Citado por MINDA, G. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 178.

¹³ Aquí seguiré las reconstrucciones de las monografías más importantes escritas en España (PÉREZ LLEDO, *El movimiento «Critical Legal Studies»*, op. cit.) y en Italia (CARRINO, *Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, op. cit.) sobre los CLS.

¹⁴ CARRINO, Agostino, *Ideologia e coscienza*, op. cit., pp. 22-28; Id. «Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies»», en *Doxa*, núm. 12, Alicante, 1992; Id. «Roberto Unger e i *Critical Legal Studies*: scetticismo e diritto», en (ed. Gianfranco ZANETTI) *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaele Cortina Editore, 1999. Cabe señalar que Gary Minda usa los dos primeros métodos para diferenciar dos periodos de la historia de los CLS. Véase «Critical Legal Studies», en MINDA, G., *Teorie postmoderne del diritto*, op. cit.

¹⁵ Parece en cualquier caso que el *trashing* se caracteriza más por su resultados –sobre todo poner en evidencia la ideología dominante entre los juristas– que por tratarse de un conjunto definido de técnicas. Cfr. KELMAN, M. «Trashing», en (ed. HUTCHINSON, A.C.) *Critical Legal Studies*, Rowman&Liettelfield, 1989.

¹⁶ Véase DERRIDA, J., *La Deconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora*, Barcelona, Paidós, 1989.

interpretación que de éste hacen los juristas. Los deconstructivistas de los CLS sostienen que la interpretación de cualquier texto está necesariamente mediada por un sujeto, el cual estaría constituido por un ambiente social y cultural. Trasladada al ámbito esta tesis implicaría que: *a)* toda interpretación jurídica está necesariamente mediada por las pre-concepciones del sujeto que interpreta los enunciados normativos –tesis que compartirían muchos teóricos realistas del derecho–; *b)* todo conocimiento en torno al derecho –es decir, no sólo la interpretación sino también la descripción del derecho en términos meta-jurisprudenciales–, está determinada por las pre-comprensiones y prejuicios del sujeto que describe el derecho. Así pues, todo pensamiento jurídico dependería inevitablemente de prejuicios que imposibilitarían un conocimiento neutral y objetivo del derecho. No sería posible, por tanto, describir de manera neutral y/o objetiva el derecho ni su contenido.

La última de las técnicas, la *(c)* genealogía, consiste en la historicización de la ideología jurídica, esto es, en mostrar los presupuestos históricos de la ideología jurídica dominante, mostrando su positividad, su artificialidad. En realidad, la genealogía puede describirse como la aplicación de los dos anteriores métodos a la historia del derecho, es decir, una historia del derecho que haga hincapié en la contingencia de las soluciones propuestas por los juristas en diferentes periodos históricos. Esta técnica parece que es además aquella que mejores resultados ha producido¹⁷.

2.2 Tesis de la indeterminación y de la contradicción fundamental

Probablemente la tesis más aceptada de los CLS es la de la indeterminación del derecho, heredera de algunas tesis del realismo jurídico estadounidense de la primera mitad del siglo xx. La tesis de la indeterminación afirma algo bastante familiar a muchos teóricos del derecho: de los mismos enunciados normativos o precedentes judiciales es posible derivar varias interpretaciones, incluso antinómicas, todas ellas igualmente válidas. Menos conocida y aceptada es aquella que según los CLS sería la causa de la indeterminación: «la contradicción fundamental». Es decir, mientras que la mayor parte de la teoría jurídica europea ha atribuido los problemas de la indeterminación jurídica a causas lingüísticas (semánticas y pragmáticas) y lógicas, los CLS consideran que la causa de la indeterminación del contenido del derecho se debe a una contradicción en los presupuestos de la ideología subyacente al ordenamiento jurídico norteamericano: el liberalismo.

La estrategia de los CLS consiste en identificar y analizar algunas parejas conceptuales que estructurarían el pensamiento jurídico.

¹⁷ Cfr. CARRINO, A. *Ideologia e coscienza, op. cit.* p. 28.

Roberto Unger ha identificado hasta seis contradicciones (o manifestaciones de la «contradicción fundamental»¹⁸), mientras que D. Kennedy la ha sintetizado en una sola: individualismo *versus* altruismo. Estas parejas conceptuales condensarían las contradicciones normativas y/o valorativas inherentes al ordenamiento jurídico estadounidense, reflejo del pensamiento jurídico, político, social, e incluso psicológico y antropológico, del liberalismo. El problema del liberalismo consistiría, en este sentido, en que en su seno estarían presentes dos lógicas o espíritus contrastantes, lo que llevaría a la imposibilidad de determinar de manera neutral el contenido del derecho. Esta tensión, sin embargo, no produce un puro caos sin sentido; antes bien, los juristas expertos son capaces de prever con cierta fiabilidad qué y cómo van a decidir los tribunales. Ello se debería a que si bien dentro del liberalismo –ideología que Unger configura de manera bastante amplia¹⁹–, están presentes estas dos lógicas contrapuestas, la contradicción es frecuentemente resuelta en favor del individualismo. Es decir, la producción de soluciones jurídicas es previsible en cuanto la mayoría de las veces se privilegia el elemento individualista frente al altruista. Ahora bien, ello no implica que las soluciones de corte individualista sean necesarias ni justas. Es más, es perfectamente posible crear soluciones jurídicas que pongan el acento en el aspecto altruista del liberalismo, aquello precisamente que proponen los CLS.

La contradicción, además de en el plano de los contenidos, se plasmaría también en la forma del ordenamiento. Según Kennedy, la regulación mediante reglas o estándares (principios) jurídicos reflejaría esta contradicción fundamental²⁰: por un lado, las reglas plasmarían una tendencia por un derecho individualista de normas aparentemente precisas que permiten perseguir el propio beneficio sin más límite que el impuesto por aquéllas; por el otro, los principios jurídicos ofrecerían una imagen del derecho más cercana a una jurisprudencia sociológica que toma en cuenta las condiciones particulares del caso, más atenta a la realidad social y a las implicaciones políticas de cada caso²¹. Esta relación entre contenido y forma pondría en duda la tesis

¹⁸ Véase *Knowledge and Politics* (Free Press, 1975). Algunos fragmentos de las obras de Unger se encuentran en su página web <http://www.robetounger.com/>

¹⁹ Según CARRINO, Unger no identificaría liberalismo con modernidad, si bien no cabe duda de que su concepto de liberalismo es amplísimo. Cfr. CARRINO, *Ideologia e coscienza*, op. cit. p. 61

²⁰ Esta tesis fue desarrollada por KENNEDY en *Forma e sostanza nella giurisprudizione del diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. Kennedy escribió además un breve artículo del mismo nombre en el que resume sus propias tesis («Forma y substancia en la adjudicación del derecho privado»), disponible en la página web del autor <http://duncankennedy.net/home.html>.

²¹ Merece la pena recordar, *en passant*, que Letizia Gianformaggio señaló, de manera similar, una relación entre el derecho por principios y la protección de los derechos de las mujeres. Cfr. GIANFORMAGGIO, L. «Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?», en (ed. Facchi, Faralli y Pitch) *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

según la cual el derecho es instrumento neutral en manos de quien ostenta el poder; es decir, la misma forma del derecho presupondría ciertos esquemas de razonamiento que tienden a perpetuar las relaciones de dominación al olvidar el aspecto comunitario o altruista del derecho. Esta «estética» de un derecho de reglas generaría la (falsa) imagen de un método jurídico «científico», como si las decisiones jurídicas fueran producto necesario de un razonamiento jurídico neutral y perfectamente previsible. Esta imagen del derecho como absolutamente preciso generaría pues una *forma mentis* (estructura profunda del pensamiento) en los juristas, una cultura jurídica hegemónica que presenta su actividad como autónoma y técnica, no política, incapacitando a los juristas para generar discursos alternativos.

Finalmente, es posible detectar manifestaciones de la «contradicción fundamental» también en los presupuestos epistemológicos del liberalismo. Según Unger, serían tesis centrales del liberalismo: *a)* la incompatibilidad entre razón y deseo, es decir, la imposibilidad de fundar racionalmente los valores, considerados producto del arbitrio individual; *b)* la oposición entre reglas y valores, es decir, la configuración de reglas obligatorias como producto exclusivamente de la voluntad humana; *c)* la tesis del individualismo ético. En este sentido, la causa de estas contraposiciones según Unger sería la «gran división», la diferencia de origen positivista entre hechos y valores. Ello implicaría para el campo del derecho (1) la imposibilidad de una razón jurídica autónoma capaz de obtener soluciones normativas prescindiendo de consideraciones valorativas, y (2) la imposibilidad de describir en términos neutrales el mundo y el derecho. Los juristas liberales se verían de este modo «bloqueados» ante la imposibilidad de fundar sólidamente sus decisiones. Dicho con otros términos: ni fundación objetiva de los valores, ni convencionalismo basado en hechos sociales. Serían por tanto las premisas subyacentes de la ideología liberal las que impedirían el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico.

La vía de salida para este «bloqueo» pasaría por la «crítica total», por un «cambio de paradigma» en las relaciones entre sujeto y comunidad que resuelva estas aporías: sólo una ruptura con los presupuestos del liberalismo permitiría superar esta situación, esta fractura entre comunidad e individuos. No obstante, cuando Unger comienza a construir sus propuestas de cambio resulta menos claro y sus tesis no son compartidas por la mayoría de los miembros de los CLS (tampoco entre los estudiosos de Harvard).

3. TEORÍA CRÍTICA ARGENTINA

El movimiento argentino se caracteriza por ser un movimiento filosófico-jurídico con importantes intereses en la teoría social y política. Su tesis de partida afirma que el derecho es un fenómeno que no

puede ser «comprendido» al margen del resto de la realidad social por lo que sería necesario llevar a cabo una profunda reflexión epistemológica sobre el método con el que afrontar el estudio del derecho. En particular, sobre este movimiento han tenido una fuerte influencia el pensamiento marxista a través de la relectura gramsciana y althusseriana, las sociologías críticas de Frankfurt (Horkheimer, Adorno, Marcuse) y foucoltiana, pero también la teoría de sistemas de Luhmann, la teoría de acción comunicativa de Habermas y Apel y la lingüística de Saussure. Gracias a la figura de Marí, además de la teoría social, los críticos argentinos han introducido categorías psicoanalíticas en el estudio del derecho.

3.1 Epistemología

Las tesis epistemológicas de los críticos argentinos deben ser leídas a la luz de su desacuerdo meta-teórico con las otras corrientes filosófico-jurídicas: iusnaturalismo y positivismo²². Lo que reprochan los críticos a la teoría jurídica tradicional —en particular al positivismo jurídico— es su aproximación neutral al derecho, lo que ocultaría las relaciones de poder que se plasman y se refuerzan mediante el ordenamiento jurídico. Es decir, según los críticos, el positivismo sería reduccionista en cuanto no tematiza lo realmente importante: las relaciones de dominación que el derecho instaura y mantiene. La filosofía del derecho, por tanto, *debería* estudiar el papel del derecho como parte del sistema de dominación y no meramente los problemas derivados del estudio formal de las normas.

Dichas relaciones de dominación que genera el derecho no podrían estudiarse, según los críticos, mediante los instrumentos de las ciencias naturales, es decir, no pueden ser considerados como hechos pues el comportamiento humano —debido a su intencionalidad— no puede ser comprendido mediante dichas categorías. Según estos autores, para analizar la relación entre derecho y poder es necesaria una nueva epistemología, es decir, instrumentos que permitan analizar las relaciones de poder subyacentes a los discursos oficiales, a aquello que no es mostrado inmediatamente por el dato empírico ni analizable con los instrumentos de la lógica formal.

Su punto de partida se encuentra en la noción de «obstáculo epistemológico» de Bachelard, constructivista de la primera mitad del siglo pasado que consideraba el dato empírico no como la principal

²² Véase ENTELMAN, Ricardo, «Introducción», en (ed. Marí y Vezzetti) *El discurso jurídico*, op. cit., y RUIZ, Alicia, «Aspectos ideológicos del discurso jurídico», en (ed. Marí) *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

fuente de conocimiento sino como algo que lo dificulta²³. Según Bachelard, la percepción sensorial estaría siempre mediada por preconcepciones que deforman la realidad. De este modo, para los críticos argentinos la posibilidad de verificación desaparecería, pues todo conocimiento estaría mediado por los presupuestos metodológicos de cada disciplina.

Para tratar de superar esta situación de «bloqueo epistemológico» optan por la inter-disciplinariedad²⁴, por el uso de categorías conceptuales de otras disciplinas en un camino intermedio entre la fusión de disciplinas y la mera transposición de categorías. No se trataría pues de fundar una nueva disciplina totalizante ni de aplicar categorías de otras materias mecánicamente al derecho, sino de utilizar varias disciplinas conjuntamente para generar nuevos conocimientos. Así pues, una mejor «comprensión» del derecho pasaría necesariamente por la integración de las categorías jurídicas tradicionales con conceptos de otras disciplinas que estudian la realidad social.

3.2 Ideología

Según la teoría crítica argentina, el concepto de ideología sería una de las herramientas más poderosas para dar cuenta de las relaciones de poder que el derecho instaura. Pero, ¿en qué sentido es ideológico el derecho? Es posible distinguir al menos tres conceptos de ideología en la teoría crítica argentina: *a)* en primer lugar, un concepto neutral de ideología como conjunto de enunciados normativos y/o valorativos. El derecho sería ideológico, en este sentido, en cuanto positiviza una determinada concepción normativa del bien y/o de la justicia; *b)* un concepto negativo, de corte claramente marxista (o al menos de la vulgata marxista), como falsa conciencia, como visión deformadora de la realidad; *c)* un concepto de ideología emparentado con aquél gramsciano de hegemonía, según el cual la ideología antes que deformar la realidad, lo que haría sería conformarla, creando una determinada manera de pensar.

Los dos conceptos más importantes para la teoría crítica argentina han sido los dos primeros, al menos porque han sido los más desarrollados²⁵. Durante los comienzos del movimiento predomina el concepto negativo de ideología; sin embargo, la multiplicación de las dic-

²³ Para un análisis del concepto de «obstáculo epistemológico» aplicado al derecho, véase OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 68 ss.

²⁴ Esta noción ha sido desarrollada por François OST en «Ciencia del derecho», y posteriormente comentada y desarrollada por Enrique HABA en «Racionalidad e irracionalidad en el derecho», ambos en (ed. Manchego, Palomino) *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho*, Grijley, Lima, 1999.

²⁵ Sin embargo, es necesario advertir que la perspectiva psicoanalítica no ha sido desarrollada tanto como habría cabido esperar por el énfasis que se puso en su planteamiento. Esto es, se ha teorizado mucho más su uso de cuanto realmente se ha utilizado.

taduras en América Latina hace que sus posiciones se moderen y vuelvan a tomar en cuenta el concepto neutral de ideología, pasando de una posición marxista ortodoxa a posiciones más matizadas. En este sentido, según Cárcova²⁶, el derecho cumpliría una «función paradójica» en cuanto no funciona sólo como instrumento de dominación, sino que también puede ser (y ha sido) un instrumento de liberación, de garantía de la libertad y de la igualdad.

No obstante, esta constatación no hace del derecho un instrumento neutral; antes bien, el derecho sería necesariamente ideológico en sentido negativo por dos razones: en primer lugar, porque todo poder necesita de la ocultación como condición de existencia²⁷ y han sido precisamente los juristas quienes se han encargado de maquillar la ilegitimidad del poder y de justificar la violencia ejercida por el soberano mediante elaboradas construcciones conceptuales, ocultando su verdadera naturaleza; en segundo lugar, el discurso jurídico es ideológico porque es opaco, porque su comprensión está reservada sólo a unos pocos, a una élite que tiene la formación necesaria para administrar el poder soberano. Según los críticos, el lenguaje del legislador no determinaría por sí mismo el contenido del derecho, razón por la cual debe ser administrado y completado por los juristas; ahora bien, esta administración requiere el conocimiento de ficciones y criterios de interpretación accesibles sólo a una élite restringida. Dicho con otras palabras: para utilizar el derecho no basta con conocer el discurso de las fuentes sino que es necesario poseer una serie de conocimientos para operar con aquél. En este sentido, el discurso jurídico funcionaría de manera similar a los paradigmas científicos que imponen reglas internas sobre el significado que se le puede atribuir a los enunciados de la disciplina²⁸. Así pues, el derecho sería un discurso ideológico porque su conocimiento implica una serie de reglas desconocidas para los no iniciados.

4. CIENCIA JURÍDICA CRÍTICA

Todo lo dicho hasta aquí, en realidad, puede ser leído en clave de teoría de la ciencia jurídica. Las tesis de la indeterminación y de la contradicción fundamental de los CLS pueden ser interpretadas como

Quien sin duda ha desarrollado en mayor medida esta aproximación es Marí. Véase, COURTIS, Ch., «Enrique Marí (1928-2001)», en *Doxa*, núm. 24, Alicante, 2001.

²⁶ CÁRCOVA, C., *La opacidad del derecho*, op. cit., cap. I.

²⁷ Esta tesis, que puede parecer excesivamente crítica, en realidad ya fue avanzada por Maquiavelo (arcana imperii), y fue retomada también por Bobbio. Véase BOBBIO, N., «La democrazia e il potere invisibile», en *Il futuro della democrazia*, TORINO, Einaudi, 1995.

²⁸ Albert Calsamiglia ha sugerido, con otro lenguaje, tesis similares. Véase CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

tesis de teoría del conocimiento jurídico —o más en concreto, sobre el estatuto de las operaciones que realizan los juristas cuando interpretan las fuentes del derecho y proponen soluciones normativas—, mientras que la teoría argentina de la ideología marca el camino para un modelo normativo de ciencia jurídica. Para tratar de completar la panorámica sobre el modelo de ciencia jurídica de estos movimientos presentaré la crítica de los CLS al modelo educativo del derecho en Estados Unidos y un modelo de ciencia jurídica crítica sugerida recientemente por dos críticos argentinos.

4.1 Educación legal estadounidense

Los CLS han insistido en la crítica del modelo educativo de las facultades de Derecho estadounidenses. Su tesis principal es que la facultad es un lugar fuertemente político donde se alecciona a los estudiantes en una cierta manera de entender el derecho. Los juristas adquirirían allí una determinada percepción en torno al derecho y sobre cómo utilizarlo. Esta operación ideológica convertiría a la mayoría de los estudiantes en potenciales abogados de empresa, poco comprometidos políticamente, cuando no simplemente ignorantes de la valencia política de su actividad jurídica.

Esta *forma mentis* no se transmitiría únicamente mediante la comunicación directa del profesor hacia los alumnos, sino también mediante los mismos planes de estudio. Durante el primer año de carrera, los estudiantes estadounidenses de derecho deben cursar las materias obligatorias, asignaturas que son consideradas el núcleo duro de la carrera: derecho civil (contratos, daños y derechos reales) y derecho penal. Colocar estas materias en el primer año, configurándolas —al contrario que aquéllas impartidas en los dos siguientes— como obligatorias, transmitiría a los estudiantes la idea de que la parte más importante del derecho, lo que éste debe proteger, es la propiedad y la seguridad física. Y esta percepción de las funciones del derecho corresponde a la concepción liberal, pero sobre todo individualista, del Estado y de la justicia.

El método de enseñanza en estas materias sigue siendo —aunque con algunos importantes matices, como la introducción de guías para el estudio— el método Langdell²⁹, estructurado mediante el estudio de un caso concreto y el diálogo (socrático) entre estudiantes y profesor. Según Kennedy³⁰, en estas clases se presentan tres tipos de casos: los

²⁹ Para un resumen de la historia de la educación legal en Estados Unidos véase PÉREZ LLEDÓ, J. A., *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2002; MERICO-STEPHENS, Ana María, «Notas sobre historia de la enseñanza del derecho en Estados Unidos», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 7, Madrid, 2004.

³⁰ KENNEDY, D., «La educación legal como educación para la jerarquía», en *Desde otra mirada*, *op. cit.*

casos fáciles o normales, los casos excepcionales y los casos polémicos. Partiendo del hecho de que la inclusión de un caso dentro de una estas categorías depende exclusivamente de la consideración dogmática previa del profesor, Kennedy sostiene que en la facultad se transmitiría la idea según la cual la resolución de los casos polémicos debe obedecer a razonamientos de tipo político, pero los casos fáciles pueden ser resueltos de manera racional, autónoma y neutral. Es decir, los casos fáciles no tendrían implicaciones ético-políticas o es posible resolverlos prescindiendo completamente de ellas. Lo que precisamente rechazan los CLS es que sea posible resolver los casos fáciles sin necesidad de realizar juicios valorativos. Y ello porque toda aplicación de la norma implica su confirmación, su respaldo; suponer que no compartir la solución normativa exime políticamente al jurista que la adopta sería un error, una irresponsabilidad. Cuando aplicamos las normas, más allá de que estemos de acuerdo con ellas, estamos ofreciendo legitimidad a soluciones jurídicas injustas³¹.

Si bien los CLS consideran positivo que se enseñe el método del razonamiento jurídico, critican que las materias teóricas (históricas y filosóficas) sean desplazadas hacia la periferia de los programas universitarios, convirtiéndolas en un mero apéndice. Lo que proponen los CLS, por el contrario, consiste en la profundización de la «contradicción fundamental», en un estudio dogmático-crítico del derecho que no prescinda de los instrumentos con los que se ha estudiado tradicionalmente aquél, pero que saque a la luz los presupuestos valorativos del razonamiento. Ello permitiría percibir su contingencia, creando de este modo la base necesaria desde la que generar respuestas jurídicas alternativas. La propuesta normativa de ciencia jurídica de los CLS anima pues a los juristas a hacer explícitas las implicaciones ético-políticas del razonamiento jurídico, debatiendo en cada caso el fondo de las cuestiones y generando nuevas soluciones jurídicas. La facultad de derecho debe politizarse, convirtiéndose en un lugar privilegiado de lucha por el cambio social.

Cabría no obstante preguntarse ¿constituye esto realmente un modelo de ciencia jurídica, o se trata más bien de un modelo de «activista político»? Lo que probablemente respondería un miembro de los CLS es que la pregunta no tiene demasiado sentido: todo jurista es un activista político, consciente o inconscientemente. Sin embargo, este modelo es fuertemente dependiente de la premisa según la cual la principal función de la ciencia jurídica debe ser cambiar la sociedad, influyendo en las decisiones de los tribunales; conocer el derecho vigente es relegado a tarea secundaria. Además, concediendo (no

³¹ Esta tesis fue también desarrollada por Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Comunità, 1965.

aceptando) que la principal función de la ciencia jurídica deba ser influir en las decisiones de los tribunales (y por esta vía cambiar la sociedad), la confianza que ponen los CLS en las reconstrucciones alternativas del derecho me parece exagerada, por lo menos para los exigentes objetivos políticos que persiguen.

En segundo lugar, la afirmación según la cual en un ordenamiento han sido positivizados valores que potencialmente pueden chocar, es aceptable. Lo que no lo es tanto es que ello conduzca a los juristas a una situación de «bloqueo». Antes bien, como apuntó Bobbio³², es posible generar equilibrios (más o menos) estables entre valores potencialmente contradictorios. Nuestros ordenamientos prevén instancias autoritativas que determinan el contenido del derecho (legislador y jurisprudencia), resolviendo la potencial conflictividad, llegando a compromisos entre –dicho con los términos de los CLS– las dos «almas» (individualismo y altruismo) del ordenamiento. Estos equilibrios, por otro lado, nos pueden gustar más o menos en términos políticos, pero lo que parece poco discutible es que los juristas operan con ellos y no sienten ninguna situación de «bloqueo». Es más, aunque disientan profundamente de dichos equilibrios son perfectamente capaces de operar con ellos. Es decir, si bien existen premisas valorativas en todo razonamiento jurídico, es posible reconstruir o describir dicho razonamiento sin necesidad de aceptar dicho razonamiento ni sus premisas: no es necesario, por ejemplo, compartir el contenido de las normas para afirmar que llevar armas está permitido en algunos estados de EE.UU.

La tesis escéptica según la cual el derecho está plagado de indeterminaciones, que la mayoría de ellas se resuelven en un determinado sentido y que existe un cierto espacio para cambiar la sociedad mediante interpretaciones más progresistas del derecho, creo que debe ser aceptada. Sin embargo, el modelo normativo de ciencia jurídica de los CLS puede ser criticado por las siguientes razones:

- a) atribuir a la dogmática jurídica como función principal modificar el derecho. La ciencia jurídica tiene un amplio margen de maniobra a la hora de interpretar, pero no creo que sea conveniente reducir la dogmática jurídica a la continuación de la política por otros medios;
- b) los CLS ponen demasiadas esperanzas en la capacidad que tienen los juristas de cambiar la sociedad. Si bien la dogmática puede influir en las decisiones judiciales y modificar así las relaciones de poder en la sociedad, los objetivos que persiguen los CLS me parecen más ambiciosos que los cambios que se pueden generar desde la dogmática jurídica.

³² BOBBIO, N., «Tradizione ed eredità del liberalismo», en (ed. BOVERO *et al.*), *I dilemmi del liberalsocialismo*, Roma, La nuova Italia Scientifica, 1994.

4.2 Una dogmática conscientemente política

En un reciente artículo³³, Christian Courtis y Alberto Bovino (C&B) han presentado algunas interesantes tesis sobre teoría de la ciencia jurídica. Dicho artículo me parece especialmente relevante ya que, si bien no constituye la posición «oficial» del movimiento crítico argentino –si es que de algo parecido se pudiera hablar–, es una de las elaboraciones más completas y profundas desde el punto de vista crítico sobre la ciencia jurídica. La primera parte del artículo está dedicada a discutir algunas tesis de Carlos S. Nino, mientras que en la segunda presentan un modelo descriptivo (qué hacen los dogmáticos) y otro normativo de ciencia jurídica (qué deberían hacer los dogmáticos).

Las críticas que dirigen C&B contra Nino son fundamentalmente dos³⁴: por un lado, critican la tesis de la aceptación dogmática del derecho por parte de los estudiosos del derecho positivo; por el otro, la tesis de Nino sobre la modificación del ordenamiento por parte de aquéllos. Contra la tesis de la aceptación dogmática, C&B sostienen que la indeterminación del derecho hace insostenible la tesis de Nino pues «la determinación de cuál es el contenido del derecho positivo [es] requisito previo a la “adhesión dogmática al derecho positivo”»³⁵. Y determinar el contenido del derecho, según C&B, no sería posible al menos por las siguientes razones: *a)* siguiendo a Hart y a Carrió, por la textura abierta del lenguaje jurídico (*open texture*); *b)* porque el legislador ofrece soluciones antinómicas para los mismos casos; *c)* porque dentro del ordenamiento están positivizados principios generales contradictorios; *d)* porque la estructura jerárquica del ordenamiento implica la posibilidad de que se den lagunas técnicas por la falta de establecimiento de las garantías necesarias para el cumplimiento de las normas de rango superior. En resumen, según C&B, no tendría demasiado sentido afirmar que los juristas aceptan «dogmáticamente» el derecho cuando no es posible conocer su contenido.

No obstante, me parece que C&B tienen una percepción poco adecuada en torno a qué significa asumir dogmáticamente el derecho. La aceptación del derecho que Nino atribuye a los dogmáticos, apoyándose (que no aceptando) en la identificación kelseniana entre validez y obligatoriedad del derecho, consiste en la aceptación del derecho por su fuente, independientemente de su contenido. Es decir, según Nino, Kelsen habría dado perfectamente cuenta de las intuiciones de los dogmáticos del derecho («el derecho válido es obligatorio»), aun-

³³ BOVINO, A y COURTIS, Ch., «Por una dogmática conscientemente comprometida», en *Desde otro mirada*, op. cit.

³⁴ En concreto se basan en NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática jurídica)*, México, UNAM, 1989 (texto íntegro en internet <http://www.bibliojuridica.org/>), e, Id. *Algunos modelos metodológicos de «ciencia jurídica»*, México, Fontamara, 1993.

³⁵ C&B, «Por una dogmática...», op. cit., p. 194.

que según el autor argentino dicha intuición sería del todo rechazable. Dicho con otros términos: la tesis de Nino es que los dogmáticos identifican validez con obligatoriedad, esto es, consideran obligatorio el derecho por el hecho de ser válido, en cuanto procede de órganos autorizados por normas secundarias. Ahora bien, C&B no contemplan la posibilidad de que los dogmáticos acepten el derecho exclusivamente por razones formales. En esto consiste precisamente el positivismo ideológico, posición que para estos autores parece que no tuviera sentido.

La segunda crítica de C&B rechaza la tesis de Nino según la cual los dogmáticos, cuando reformulan el ordenamiento, lo modifican. El argumento tiene aparentemente bastante fuerza: si no es posible determinar objetiva ni neutralmente el contenido del derecho, entonces carece de sentido afirmar que los dogmáticos modifican el derecho. Esto es, si los juristas deben interpretar las fuentes del derecho, y ello implica «añadir algo propio», entonces *siempre* «manipulan» el derecho, por lo que la afirmación sería exagerada. Por otro lado, C&B rechazan también la tesis de Nino según la cual «los criterios interpretativos de la dogmática son de invención exclusiva de la dogmática», afirmando que, en cualquier caso, aquélla debe vincular sus propuestas en el derecho positivo, por lo que la afirmación debe ser cuanto menos matizada. Es decir, las respuestas de los dogmáticos siempre se basarían en derecho, por lo que no se inventarían nada ni modificarían el derecho.

Me parece que aquí se da una importante tensión entre la tesis de la indeterminación del contenido del derecho y aquélla según la cual los dogmáticos no modifican el sistema jurídico, pues todas las soluciones jurídicas derivan de los enunciados jurídicos. En efecto, los dogmáticos justifican en los modernos estados constitucionales sus opiniones con base en las fuentes del derecho. Ahora bien, los juristas realizan interpretaciones de los textos legales que implican necesariamente la elección entre diversos significados, lo que en ocasiones supone el cambio de un sistema jurídico a otro³⁶; es más, los dogmáticos incluso crean normas doctrinales *ex novo* que no derivan de ninguna disposición legislativa³⁷. Los dogmáticos, en este sentido, sí «inventarían», pues eligen entre los diversos significados posibles de las disposiciones legislativas, crean normas que no derivan de las fuentes del derecho y, en ocasiones, incluso superan el marco interpretativo de los enunciados normativos. Más adelante veremos como

³⁶ Dicho brevemente: si sucesivamente los juristas interpretan de manera diferente los mismos enunciados normativos, entonces están introduciendo nuevas normas en el sistema jurídico, modificando de este modo el derecho. Se pasa aquí, por tanto, de un sistema jurídico a otro, considerados sincrónicamente. Véase ALCHOURRÓN C. y BULYGIN E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

³⁷ Véase RICCARDO GUASTINI, «Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica», *Revista Diritto Pubblico*, núm. 3, X, 2004.

esta misma tensión se reproduce también en su modelo normativo de ciencia jurídica.

Frente al modelo de Nino, C&B proponen una teoría descriptiva «no ingenua» sobre la ciencia jurídica (qué hacen realmente los juristas). Sus tesis principales pueden ser resumidas del siguiente modo: *a)* la dogmática jurídica tiene un carácter esencialmente práctico, es decir, su función es generar respuestas a problemas jurídicos, y su objetivo es orientar e influir sobre las decisiones judiciales; *b)* el discurso dogmático depende del contexto en el que se elabora y, en este sentido, la dogmática analizaría únicamente cuestiones problemáticas; qué cuestiones son problemáticas depende exclusivamente de la consideración que del problema tengan la jurisprudencia y la propia dogmática; *c)* si bien detrás de cada solución existe un conflicto de valores subyacente, los dogmáticos no siempre discuten sobre valores, aunque los debates dogmáticos de mayor calidad se producen precisamente en este ámbito; *d)* cuando los juristas sitúan sus debates en el plano ético-político, normalmente discuten sobre las diferentes interpretaciones de los principios internos al propio ordenamiento, de los valores positivizados en el derecho, no de valores externos al derecho.

C&B añaden a éstas una tesis polémica ulterior: el discurso dogmático no influye tanto como normalmente se ha creído en las decisiones judiciales. De hecho, influye poco. Y si se considera que la función principal de la dogmática jurídica es guiar las decisiones judiciales, entonces la cuestión adquiere cierta gravedad. Según C&B, el discurso judicial sería «el resultado final de un proceso de lucha en el cual intervienen elementos jurídicos y extra-jurídicos que operan dentro y fuera del tribunal, dirigidos a la defensa estratégica de los intereses en el conflicto»³⁸. Así pues, el problema sería que el discurso dogmático aparecería ensimismado en el análisis de las fuentes del derecho, sin prestar atención al mundo real, a qué elementos extra-jurídicos condicionan sus decisiones y, por tanto, tendrían muy poca relevancia en la formación de dichas decisiones. La decisión judicial, según C&B, dependería en gran medida de otros factores extra-jurídicos tales como los sentimientos morales de los jueces, las presiones políticas que reciben o los prejuicios de los propios magistrados.

Además de este modelo descriptivo, C&B proponen un modelo normativo de ciencia jurídica crítica de carácter marcadamente sociológico. Antes que una ciencia del derecho que se ocupe sólo de normas y enunciados normativos, C&B proponen una aproximación al fenómeno jurídico que señale los condicionamientos que padecen los magistrados a la hora de resolver los casos particulares. Ahora bien, el conocimiento de este tipo de condicionamientos no parece responder en C&B a una pretensión puramente cognitiva, esto es, dar cuenta de

³⁸ ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», en *No Hay Derecho*, núm. 4, Buenos Aires, 1991, p. 10. Citado por C&B en «Por una dogmática...», *op. cit.*, p. 214.

cómo funcionan realmente los tribunales. Dicho conocimiento, por el contrario, debe ser empleado por los dogmáticos, según C&B, para la resolución de problemas prácticos. Se trata pues de un conocimiento que sirve (debe servir) para resolver problemas jurídicos.

«El reconocimiento de esas condiciones [aquéllas que condicionan las resoluciones judiciales] supone al menos la apertura de la dogmática a una orientación sociológica, capaz de revelar las propias dificultades de concreción. El surgimiento del derecho laboral resulta un caso paradigmático del intento de realizar la promesa incumplida del derecho civil de posibilitar las relaciones contractuales entre personas libres e iguales. Sólo a partir del reconocimiento de ciertos condicionamientos materiales que impedían esas relaciones en las *condiciones garantizadas legalmente* pudo desarrollarse una rama jurídica fundada en principios que incorporaron las condiciones de aplicación del derecho a las relaciones laborales para disminuir la desigualdad material de los contratantes. El surgimiento de una dogmática crítica, orientada a señalar la inadecuación de las categorías jurídicas [...] *para ajustarse a un cierto ideal de justicia*, llevó a la construcción de técnicas y categorías teóricas –finalmente convertidas en categorías teóricas– *estructuradas íntegramente a partir de la consideración de esos condicionamientos externos*»³⁹.

Así pues, este modelo normativo de ciencia jurídica «crítica» pretende describir mejor cómo funcionan los tribunales, no (o no sólo) para aumentar el conocimiento sobre las prácticas de los tribunales, sino para elaborar categorías dogmáticas que permitan superar estos condicionamientos con el objetivo de satisfacer un determinado ideal de justicia. En este mismo sentido, es posible encontrar algunos interesantes paralelismos entre el modelo normativo propuesto por C&B y el concepto de crítica interna del derecho de Luigi Ferrajoli⁴⁰. Según este último, sería función de la ciencia jurídica sugerir a los poderes públicos adoptar las garantías necesarias para la protección eficaz de los derechos fundamentales. Y ésta parece ser precisamente la función que C&B le encomiendan a la dogmática jurídica crítica: conocer los obstáculos que impiden la satisfacción de ciertas «*condiciones garantizadas legalmente*», que parecen derivar de un «*cierto ideal de justicia*», creando las categorías dogmáticas necesarias (técnicamente) para satisfacer dicho ideal, capaces de superar los «*condicionamientos externos*» que supeditan las decisiones judiciales. Se trata por tanto de una dogmática que propone los medios idóneos –esto es, capaces de superar los condicionamientos que determinan las decisiones judiciales– para realizar una determinada idea de justicia (que deriva del ordenamiento).

³⁹ C&B, «Por una dogmática...», *op. cit.*, pp. 219-220 (cursiva mía).

⁴⁰ FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

Me parece que este modelo de «ciencia jurídica crítica» tiene algunos problemas. En primer lugar, tengo ciertas dudas sobre la mayor capacidad de influencia que tendría una ciencia jurídica que denunciara dichos condicionamientos; esto es, no termino de entender de qué manera un mayor conocimiento de los condicionamientos extra-jurídicos que determinan las decisiones judiciales puede servir para influir en mayor medida sobre aquéllas. Se podría afirmar, con un ejemplo usado por C&B, que pese a que ya resulta un lugar común la denuncia del racismo en la imposición de la pena de muerte en los Estados Unidos, el porcentaje de personas en el corredor de la muerte de hispanos y afroamericanos sigue superando la proporción que representan dentro de la sociedad estadounidense. Los numerosos estudios sobre el tema no parece que hayan modificado demasiado la conducta de los tribunales.

En segundo lugar, su modelo normativo de «ciencia jurídica crítica» genera un importante problema en relación con sus tesis descriptivas por la siguiente razón: en nuestros ordenamientos no está codificado un sólo ideal de «justicia» –los principios constitucionales permiten diferentes reconstrucciones–, sino varios, y C&B no nos dicen sobre cuál de ellos debe construir la dogmática sus soluciones idóneas para superar los condicionamientos extra-normativos. C&B pasan de defender la indeterminación del contenido del derecho, a una dogmática que (re-)conoce «un ideal de justicia» y pretende influir lo más posible en las decisiones judiciales con el objetivo de satisfacer dicho ideal.

Aquí se abren dos posibilidades para la interpretación de esta propuesta de ciencia jurídica crítica: *a)* como dogmática jurídica técnica que tenga en cuenta los condicionamientos extra-normativos de la jurisprudencia para conseguir satisfacer cualquier «ideal de justicia» (aquél de C&B, pero también el ideal de justicia de, por ejemplo, un neo-liberista o el de un conservador); *b)* como satisfacción de *un* determinado ideal de justicia que se puede derivar de las fuentes del derecho. No creo que C&B estén proponiendo un modelo de dogmática simplemente más persuasiva o meramente técnica; antes bien, parece que la segunda opción, que denuncia la distancia entre los ideales plasmados en el derecho (críticos y/o de izquierda) y la práctica real del derecho, es la preferida por estos autores. Pero ¿qué ideal de justicia?, ¿no están positivizados en las constituciones principios de diferente signo político? El problema de este modelo es que presupone ciertas tesis cognitivistas en torno al contenido del derecho positivo que C&B habían descartado en el modelo descriptivo «no ingenuo». En síntesis, en su modelo normativo presuponen que hay un ideal de justicia inequívocamente plasmado en el ordenamiento, mientras que en el modelo descriptivo defienden que el contenido del derecho está indeterminado, que se funda en principios político-jurídicos contradictorios.

El análisis llevado a cabo por C&B sobre la ciencia jurídica tiene el mérito de llamar la atención sobre algunos puntos importantes sobre los que escasamente se discute como, por ejemplo, la influencia real de las tesis dogmáticas en las decisiones judiciales. No obstante, creo que su modelo normativo de ciencia jurídica práctica genera algunas contradicciones con las tesis que defienden en el plano teórico; en particular, aquélla relativa a la indeterminación del derecho.

5. CONCLUSIÓN

En el presente artículo he intentado dar cuenta de algunas de las tesis que me parecen más relevantes de los movimientos críticos del derecho. En este momento me parece posible y necesario derivar algunas conclusiones –si bien todavía parciales y provisionales– sobre el modelo de ciencia jurídica elaborado desde las perspectivas críticas estadounidense y argentina.

En el plano descriptivo, los dos movimientos críticos aquí analizados afirman que el contenido del derecho está indeterminado: los estadounidenses debido a la «contradicción fundamental»; los argentinos, por su parte, añaden razones lingüísticas (semánticas y pragmáticas) y lógicas. Ello haría que la dogmática jurídica se convierta necesariamente en una actividad política: la indeterminación del derecho hace que los juristas realicen constantemente juicios de tipo político. La conclusión que derivan los críticos en el plano normativo de la ciencia jurídica es que dado que hacer dogmática implica necesariamente juicios de valor, los juristas deben tomar conciencia de la valencia política de su actividad y deben proponer soluciones normativas más justas. La función principal de la dogmática debe ser hacer del mundo un lugar más justo.

Tres son al menos las dificultades con las que se enfrentan, en mi opinión, estos modelos normativos de ciencia jurídica: *a)* dejan de lado –o al menos dan muy poca importancia– el conocimiento del derecho válido y vigente aplicado por los tribunales, lo que me parece criticable⁴¹. Si bien puede ser bueno que los juristas propongan nuevas interpretaciones de los textos legales, también lo es que conozcan el derecho realmente aplicado por los tribunales. La ciencia jurídica debe cumplir también una función cognitiva porque saber si «ejerciendo el derecho a la desobediencia civil, [un sujeto] se arriesga o no a acabar

⁴¹ Esta afirmación debe ser matizada en el caso de Curtis, quien efectivamente sí se ha ocupado y ha subrayado las funciones descriptivas de la ciencia jurídica. Cfr. «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática», en *Observar la ley, op. cit.*

en la cárcel»⁴² resulta importante; *b*) las esperanzas que se depositan en la capacidad de la dogmática jurídica para cambiar el derecho me parecen excesivas. La dogmática jurídica tiene discrecionalidad a la hora de interpretar el derecho y generar importantes cambios en los ámbitos jurídico y político-social. Ahora bien, el modelo político de los críticos no es en absoluto moderado, y dudo mucho que el poder político no reaccionaría frente a interpretaciones tan progresistas y/o radicales como las sugeridas por los movimientos críticos; *c*) ¿realmente es plausible configurar la dogmática jurídica como una continuación de la política por otros medios? Luigi Ferrajoli, autor en absoluto sospechoso de ser un conservador en el plano político, ha señalado la inoportunidad de configurar la ciencia jurídica como una segunda instancia democrática⁴³. Las propuestas de ciencia jurídica crítica que invitan al jurista a intentar modificar las interpretaciones acogidas por la sociedad y por los tribunales, si bien pueden tener a su favor importantes razones materiales de fondo, cargan con un importante déficit de legitimidad al convertirse en una ulterior instancia de decisión no justificada democráticamente.

Fecha de recepción: 25/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

⁴² Cfr. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

⁴³ El autor llega incluso a afirmar que la ciencia jurídica debe mantener una actitud «liberal». FERRAJOLI, L., «La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley», en *Epistemología jurídica y garantismo*, *op. cit.*, p. 83.

Dilemas constitucionales y decisiones judiciales ¹

Por ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este artículo analiza las situaciones de conflicto entre derechos fundamentales, que se denominan dilemas constitucionales. Se aproxima al concepto de derechos como valores incommensurables en sentido débil. El conflicto entre principios es interpretado en dos niveles: sopesamiento y ponderación. Se analiza su posible conceptualización como un dilema de sacrificio. En este contexto, es útil la categoría de contenido esencial de los derechos.

Palabras clave: *Derechos fundamentales, incommensurabilidad, ponderación, principios, dilemas morales, pluralismo de valores.*

ABSTRACT

This article analyzes the situations of conflicts between fundamental rights, that they are called constitutional dilemmas. It approximates to the concept of rights as a values incommensurable in a weak sense. The conflict

¹ Este trabajo se enmarca dentro del *Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos»* (CSD2008-00007) y está vinculado al proyecto de investigación «Historia de los Derechos Fundamentales, siglo xx». La referencia del proyecto es DER2008-03941.

between principles is interpreted in two levels: weighing and balancing. It's analyzed its possible conceptualization as a sacrifice's dilemma. In this context is useful the category of the essential content of the rights.

Keywords: *Fundamental rights, incommensurability, weighing, principles, moral dilemmas, value pluralism.*

1. DERECHOS, CONFLICTO Y FUNCIÓN JUDICIAL

Es una función habitual de los jueces y tribunales resolver casos mediante argumentos jurídicos donde, por lo general, se han presentado varias pretensiones contrapuestas de justificación por las partes que originaron el conflicto. El Derecho se convierte en una forma de solución de conflictos mediante argumentos con unas características específicas. La función judicial está comprometida con algunas dimensiones básicas. Una de ellas es que los jueces deben decidir todos los casos que se presenten, es decir, no rige el principio *non liquet*. La consecuencia de esta dimensión básica es que no debería haber un conflicto sin una solución, lo cual no es asunción inocua. Otra consecuencia es que las decisiones deben justificarse con argumentos basados en Derecho. Las diversas concepciones del Derecho tienen distintas versiones para explicar, de forma adecuada, el papel de los jueces en la aplicación del Derecho. Algunas posiciones, que Lariguet sintetiza, consideran que: a) Los jueces realizan un ejercicio de delimitación y especificación de las condiciones donde resulta legítimo ejercer un derecho, por lo que no existen *auténticos* conflictos de derechos –*tesis de la delimitación*–, b) Los derechos son compatibles, por tanto, para satisfacer un derecho no se requiere «sacrificar» otros derechos –*tesis de la compatibilidad*–, c) Los valores o principios forman redes coherentes y ordenadas –*tesis de la armonía*–, d) Los valores o principios no resultan incompatibles, sino que son bienes unitarios y comparables –*tesis de la comparabilidad*–, e) Si los conflictos fuesen posibles, ello no dice nada sobre su posible resolución, que vendría de la ponderación o balance –*tesis de la resolución*–².

Si los jueces deben proveer soluciones justificadas a los conflictos, parecería más adecuado partir de una concepción del Derecho que afirme que los derechos son compatibles, están en armonía y son bienes unitarios y comparables. Ha sido Dworkin el que ha presentado un modelo que se asemejaría a las tesis expuestas con su idea de que para los casos difíciles existe una única *respuesta correcta*³. Su posición

² LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, Lima, Palestra, 2008, pp. 262-267.

³ Dworkin da argumentos a favor de su teoría de la única *respuesta correcta* que tiene un compromiso con el objetivismo moral. En ese sentido, afirma que «alguien

interpretativista del Derecho buscaría concebirlo más cercano a la coherencia y la armonía que al conflicto y la indeterminación⁴. Las decisiones judiciales tienen una pretensión de corrección, ya que necesitan proveer razones que sean aceptadas por otros como persuasivas. Sin embargo, como señala Scharfs, el juez Jackson dijo que la Corte Suprema «no es final porque es infalible, sino que es infalible sólo porque es final»⁵. Es decir, existen otras concepciones del Derecho que admiten que, si bien todo conflicto planteado a los tribunales debe tener una solución, ésta no necesariamente es la *correcta*⁶.

En un conocido ensayo, Hart explicaba diversas concepciones del Derecho, a partir de la función judicial, que se sintetizaban, por un lado, en la visión de la *Pesadilla* donde los jueces *crean* el Derecho que ellos aplican a los litigantes y en la que no aparecen como imparciales y objetivos declarantes del Derecho existente⁷ y, por otro, en la visión del *Noble Sueño*, donde los jueces aplican a los casos el Derecho existente y no crean nuevo Derecho, aun cuando el texto de las previsiones constitucionales, las leyes o los precedentes parecen no

que defienda una pretensión global de indeterminación sobre moral o ética o estética —es decir, que nunca existe una respuesta correcta para cualquier cuestión sobre lo que debemos hacer o cómo debemos vivir o qué es hermoso— tiene siempre un gran problema, y su necesidad para una teoría más abstracta que aporte conclusiones globales es cada vez más evidente. Estas son verdaderamente heroicas pretensiones, de una extensa pretensión teórica, e intentar vestirlas con las modestas ropas del sentido común y practicalidad es más cómico que persuasivo» DWORKIN, R., «Objectivity and Truth: You'd better believe it», *Philosophy and public affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, p. (87-139), 139.

⁴ Dworkin sostiene que «el argumento necesario para defender el pluralismo debe ser muy largo y complejo. Ese argumento debe mostrar, en el caso de que cada uno de los valores tenga algún tipo de conflicto conceptual con otro, porqué la interpretación de ese valor que produce el conflicto es el más apropiado. Nada es más fácil que componer definiciones de libertad, igualdad, democracia, comunidad y justicia que estén en conflicto con otras. Pero no mucho, en filosofía, es más difícil que mostrar porque esas son las definiciones que debemos aceptar. No hay fórmulas mágicas para esa demostración. Quizá, después de todo, las más atractivas concepciones de los valores liberales más importantes son coherentes en la forma correcta. Aún no hemos dado razón para abandonar esa esperanza». DWORKIN, R., «Do liberal values conflict?», en LILLA, M.; DWORKIN, R.; SILVERS, R. (ed.), *The legacy of Isaiah Berlin*, New York, New York Review of Books, 2001, p. 90.

⁵ SCHARFFS, Brett G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *William and Mary Law Review*, núm. 42, 2000-2001, p. (1368-1435) 1411.

⁶ Para una perspectiva crítica de esta cuestión desde diversos enfoques: RAZ, Joseph, «Speaking with one voice: On Dworkinian integrity and coherence», en BURLEY, Justine (ed.), *Dworkin and its critics*, Oxford, Blackwell, 2004, pp. 285-291. KORNHAUSER, L. A., «No best answer?», *Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1997-1998, pp. 1599-1637. PECZENICK, A., «One rights answer to all legal questions?», en PECZENICK, A., *On law and reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston London, pp. 302-307. POSNER, R., «Are there rights answers to legal questions?», en POSNER, R., *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, pp. 197-214.

⁷ HART, H. L. A., «American Jurisprudence thought English eyes: The Nightmare and the Noble Dream» en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, pp. (123-144) 127.

ofrecer una guía determinada⁸. A partir de este panorama, Hart concluye su aproximación calificando las dos visiones mencionadas como ilusiones «que tienen mucho valor para enseñar a los juristas en sus horas de vigilia»⁹. Los jueces harían algunas veces una cosa y otras veces otra, pero la clave para Hart es qué, cuándo y cómo lo hacen. Como es fácil suponer, la cuestión de si los jueces aplican o crean Derecho ha motivado múltiples reflexiones¹⁰, tras la que subyace la cuestión del grado de indeterminación del Derecho y el alcance de la discrecionalidad judicial.

Una de las cuestiones que convertiría en discutible la visión del *Noble Sueño* tendría que ver con posiciones que defendiesen la relevancia filosófica y jurídica de la noción de *pluralismo* de valores. Como afirma Asís, el disenso juega un papel en el discurso de los derechos, que debe conjugarse con el consenso, sin que esto deba producir una disminución en el disfrute de los derechos¹¹. Desde esta perspectiva, el liberalismo otorga un papel relevante al pluralismo. En la versión de Rawls del *Liberalismo político*, frente al hecho de un pluralismo razonable habría un consenso entrecruzado sobre la concepción pública de la justicia de las doctrinas comprensivas razonables¹². La estrategia liberal es privatizar el conflicto¹³. No obstante, existen otras posiciones tras las que subyace una visión más robusta del papel del pluralismo de una sociedad democrática y otorga un papel más preponderante a los que deben solucionar los casos de conflicto entre derechos fundamentales, que son los jueces. La cuestión relevante es qué consecuencias comporta a los decisores judiciales la adhesión a alguna tesis cercana al pluralismo de valores.

La importancia de esta versión del pluralismo se correspondería con la noción de que no es posible una ordenación jerárquica de los valores, ya que éstos no son comparables. De esta forma, no es predi-

⁸ HART, H. L. A., «American Jurisprudence thought English eyes: The Nightmare and the Noble Dream». *op. cit.*, p. 132.

⁹ HART, H. L. A., «American Jurisprudence thought English eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *op. cit.*, p. 144.

¹⁰ Una aproximación a esta cuestión en el ámbito español se puede encontrar, entre otros, en: PECES BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder judicial*, núm. 6, 1983, pp. 17-26. PRIETO SANCHLIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987. ASIS ROIG, R. de, *Jueces y normas*, Marcial Pons, 1995. ANSUATEGUI ROIG, Javier, «La creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma», en AA.VV., *El derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006., SEGURA ORTEGA, M., «La creación judicial del Derecho» en AA.VV., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1065-1075.

¹¹ ASIS ROIG, R. De, «Derechos y fuerzas: Doce problemas de los derechos fundamentales», *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, p. (111-116) 114.

¹² RAWLS, J., *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1.996, traducción de Antonio DOMENECH, p. 189, 179-180.

¹³ Me he ocupado en esta cuestión en PEREZ DE LA FUENTE, O., *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 256-278.

cable respecto de dos valores que uno «es mejor que», «peor que» o «igual que» el otro. Estos valores estarían en conflicto y no podrían ser reducidos a un tercer valor de cobertura¹⁴. Esto supone un fallo en la transitividad entre las opciones. Este fenómeno aplicado a la teoría racional de la elección social es explorado por Arrow, que elaboró el *Teorema de la Imposibilidad* o la conocida como paradoja de Arrow¹⁵. Este enfoque comporta que la racionalidad tiene límites, mientras que existe una posición, que Elster denomina *hiperracionalidad*, que implica la creencia irracional en la omnipotencia de la razón. Esto sería algo así como *la ineptitud para reconocer la ineptitud*, ya que, según Elster, la primera tarea de la razón consiste en reconocer sus propias limitaciones y trazar los límites dentro de los cuales puede operar¹⁶.

Esta visión del pluralismo de valores es un compromiso metaético con la noción de que los valores son objetivos, pero están en conflicto. De esta forma, no se pueden jerarquizar, ni reducir a un solo valor prioritario. Es una visión del liberalismo *agonista*, en el sentido de la etimología clásica que implicaría *lucha y combate*. Es una posición que han defendido Berlin¹⁷, Gray¹⁸, Galston¹⁹. Es concepto clave sobre el que pivota la relación entre los conceptos, según esta versión, es la noción de inconmensurabilidad²⁰. Cabe plantear, en la línea de

¹⁴ Según Raz, «Dos opciones valiosas son inconmensurables si (1) ninguna es mejor que la otra, y (2) existe (o podría haber) otra opción que es mejor que una pero no es mejor que la otra» RAZ, J., *Morality of freedom*, Oxford University Press, 1988, p. 326.

¹⁵ ARROW, K. J., *Social Choice and individual values*, Yale University Press, 1963.

¹⁶ ELSTER, J., *Juicios salomónicos*, Barcelona, Gedisa, 1991, traducción de Carlos Gardini, p. 24.

¹⁷ BERLIN, I., *El fuste torcido de la humanidad*, Ediciones Península, traducción de José Manuel Álvarez Florez, p. 197. BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, traducción de Julio Bayón, pp. 224-225.

¹⁸ GRAY, J., *Las dos caras del liberalismo Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Barcelona, Paidós, 2001, traducción de Mónica Salomón.

¹⁹ GALSTON, W. A., *Liberal pluralism*, Cambridge University, 2002. GALSTON, William, *The practice of liberal pluralism*, Cambridge University Press, 2005.

²⁰ Algunas obras que han analizado la cuestión de la inconmensurabilidad en el ámbito jurídico y filosófico, entre otros, se pueden encontrar en: ADLER, M., «Law and Incommensurability: Introduction», *Pennsylvania Law Review*, núm 146, 1998, pp 1169-1184. 1169. ADLER, M., «Incommensurability and Cost-Benefit Analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1371-1640. ANDERSON, E., «Practical reason and incommensurable goods», en CHANG, R., *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997, pp. 90-109. ALEXANDER, L., «Banishing the bogey of incommensurability», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1997-1998, pp 1641-1649, CHANG, R., «Comparison and the justification of choice», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1569-1598. CHAPMAN, Bruce, «Law, incommensurability and conceptually sequenced argument», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, pp. 1487-1528., CRASWELL, R., «Incommensurability, Welfare economics and the Law», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1419-1464. ENDICOTT, T., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2003. FARBER, D., «Saving Overton Park: A comment on environmental values», *University of Pennsylvania Law Review*,

Scharffs, que la naturaleza plural y conflictiva de valores se hace más aparente en el Derecho que en ningún otro lugar, ya que los jueces deben elegir ciertos valores que son promovidos o vindicados, mientras otros son subordinados o sacrificados²¹. Se dan situaciones en las que es imposible realizar simultáneamente todos los valores que se promoverían a través de una elección o de otra²². Por todo lo cual, según Scharffs, el Derecho se convertiría en un buen laboratorio para explorar muchos de los enfoques disponibles para afrontar los problemas de incommensurabilidad²³.

Desde su visión del *Noble Sueño*, que incorpora la tesis de la *respuesta correcta* para cada caso, Dworkin plantea si ¿es sensato o justo que el Estado haga valer la decisión de determinado grupo de jueces en un caso difícil, aun cuando un grupo diferente, igualmente razonable

núm. 146, 1998, pp. 1671-1685, FINNIS, J., «Commesuration and public reason», en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability and practical reason*, London, Harvard University Press, 1997, pp. 215-233. GARDBAUM, S., «Law, incommensurability and expression», *University of Pennsylvania Law review*, núm., 146, 1998, pp. 1687-1700, GEORGE, R. P., «Does the “incommensurability thesis” imperil common sense judgements?», *American Journal of Jurisprudence*, núm. 37, 1992, pp. 185-195. JOHNSTON, J. S., «Million-dollar mountains: Prices, sanctions, and the legal regulation of collective social and environmental goods», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1327-1369. KITCHER, P., «Implications of incommensurability», *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1982, pp. 689-703. LUKES, S., «Comparing the incomparable: Trade-offs and sacrifices», en CHANG, Ruth, *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997, pp. 184-195. LEITER, B., «Incommensurability: Truth or consequences?», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, num 5, 1998, pp. 1723-1733. MATHER, Henry S., «Law-making and incommensurability», *McGill Law Journal*, 2002, núm. 47, pp. 345-388. MILLGRAM, E., «Incommensurability and practical reasoning», en CHANG, R., *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997, pp. 151-169. POSNER, E. A., «The strategic basis of principled behavior: A critique of the incommensurability thesis», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, num. 5, 1998, pp. 1185-1214. RAZ, J., «Disagreement in politics», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 1998, pp 25-52, RAZ, J., *Engaging Reason*, Oxford University Press, 1999, pp. 46-66. RAZ, J., «The practice of value», in WALLACE, Ray (ed.), *The practice of value*, Clarendon Press, Oxford, 2003, pp 15-62, SCHMIDT, D. J. «Can Law survive? The incommensurability and the idea of Law», *University of Toledo Law Review*, núm.26, 1994-1995, pp. 147-158, SMITH, N., «Incommensurability and alterity in Contemporary jurisprudence», *Buffalo Law Review*, núm. 45, 1997, pp. 503-553, WARNER, R., «Incommensurability as a jurisprudential puzzle», *Chicago Kent Law Review*, núm 68, 1992-1993, pp. 147-170. WARNER, Richard, «Does incommensurability matter? Incommensurability and public policy», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, pp. 1287-1325. WILLIAMS, Joan Chalmers, «At the fusion of horizons: Incommensurability and the public interest», *Vermont Law Review*, núm. 20, 1995-1996, pp. 625-646.

²¹ SCHARFFS, B. G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *William and Mary Law Review*, núm. 42, 2000-2001, p. (1368-1435) 1411.

²² SCHARFFS, B. G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *op. cit.*, p. 1410.

²³ SCHARFFS, B. G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *op. cit.*, p. 1367.

y competente, hubiera llegado a una decisión diferente?²⁴ Con lo que no se debería perder de vista que el objetivo, en el ámbito jurídico, es que los jueces deben proveer la mejor y más persuasiva justificación de sus decisiones que suelen basar en argumentos jurídicos en forma de reglas, principios, directrices, derechos y valores. Sin embargo, es discutible concebir que los principios y los derechos puedan ser jerarquizados de una forma definitiva; como señala Asís, no es posible, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos, ya que se trata de un problema a resolver en cada caso concreto²⁵. La cuestión que se plantea es cuál es el tipo de estructura que relaciona los diversos elementos que componen los argumentos jurídicos que utilizan los jueces para justificar sus decisiones.

Un compromiso con la tesis del irreductible pluralismo de valores y su explicación de la inconmensurabilidad de las opciones aplicado a la cuestión de la justificación de las decisiones jurídicas, supondría que los jueces, en ocasiones, carecen de *criterio* para resolver los conflictos. Lo cual comportaría, según Moreso, algo más fuerte que *discreción* en los casos difíciles, ya que entonces la solución no sólo queda indeterminada sino que, en algún punto, será *arbitraria*²⁶. En este contexto, es necesario distinguir las dos versiones de la inconmensurabilidad en el sentido que propone Waldron. La inconmensurabilidad, en sentido fuerte, supone que los valores son genuinamente incomparables en el mundo práctico, dejándonos paralizados a la hora de su competición²⁷. Sin embargo, la inconmensurabilidad, en sentido débil, hace referencia a la ausencia de una dimensión de medida que admitiría compensaciones entre los diversos valores, pero permite que se relacionen unos con otros, estableciendo un orden discernible o niveles de prioridad como «el orden de los palos en un juego de bridge o el orden de letras en el alfabeto»²⁸.

Concebir los valores en el sentido inconmensurable –en el sentido fuerte de incomparabilidad– implica un conflicto trágico, como explica Lariguet, donde hay *elección* de un valor o principio en detrimento

²⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, traducción de Marta Guastavino, p. 398.

²⁵ ASÍS ROIG, R. De, «Sobre los límites de los derechos», *Derechos y Libertades*, pp. (111-130) 123.

²⁶ Según MORESO, «son situaciones en la que carecemos de criterio –no sólo de criterios *jurídicos*, sino también de criterios *morales*– porque es un caso de dilema moral» MORESO, José Juan, «El encaje de Las piezas del Derecho. Primera parte», *Isonomía*, núm. 14, 2001, p. (135-157) 148.

²⁷ Una aproximación a las situaciones de inconmensurabilidad, en sentido fuerte, que suele aducirse es la que provee la *phronesis* aristotélica. He analizado esta cuestión en PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

²⁸ WALDRON, J., «Fake incommensurability: A response to Professor Schauer», *Hasting Law Journal*, núm. 785, 1993-1994, pp. (813-824) 817.

del otro, en un puro acto *decisionista*²⁹. En cambio, la inconmensurabilidad en sentido débil implica la inexistencia de una métrica simple que sea común a los valores analizados –Sustein³⁰–. Los valores así concebidos no se pueden traducir en unidades de utilidad, placer o dinero. En cambio, sí pueden relacionarse entre sí de diversas formas. En este contexto, Schauer se plantea las relaciones entre los derechos, la inconmensurabilidad y la ponderación desde una perspectiva de los resultados que comportaría optar por una concepción u otra. Concluye su argumentación afirmando que el reconocimiento del carácter inconmensurable y, por tanto, no ponderable, de los derechos redundaría en su protección y la creencia en su conmensurabilidad supondría menor protección para los derechos individuales³¹. Según esta interpretación, existiría una cercana afinidad entre el utilitarismo y la democracia mayoritaria, frente a los que los derechos tendrían el carácter de derechos fuertes, deontológicamente derivados e inconmensurables³². La clave, desde esta perspectiva, es que esta función que permite interpretar las diferentes relaciones entre los valores, según Waldron, les corresponde a los jueces³³. Por tanto, si se acepta una versión débil de la inconmensurabilidad para la explicación de los derechos no podría considerarse adecuado que éstos pudieran medirse en una única dimensión como pretenden el utilitarismo o algunas versiones de los partidarios de la ponderación. En cambio, Waldron propone que los derechos, en este contexto, puedan ser explicados en tres formas: a) *prioridad lexical* –Rawls–, b) *restricciones laterales* –Nozick– y c) *triumfos* –Dworkin–³⁴.

Una versión de los derechos como inconmensurables, en sentido débil, la propone Rawls con su idea de orden lexicográfico de los principios de la justicia³⁵. Esto se interpreta conforme a que los principios

²⁹ LARIGUET, G., «Conflictos trágicos y Derechos. posibles desafíos», *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. (317-348) 323.

³⁰ SUNSTEIN, C. R., «Incommensurability and valuation in Law», *Michigan Law Review*, núm. 779, 1993-1994, pp. 779-861.

³¹ SCHAUER, F., «Commensurability and its consequences», *Hastings Law Journal*, núm. 785, 1993-1994, pp. (785-812) 792-793.

³² SCHAUER, F., «Commensurability and its consequences», *op. cit.*, pp. 796-797.

³³ Waldron afirma que «la única élite creíble para los objetivos de la propuesta del profesor Schauer, que después de todo intentan estar vinculados a asuntos de sopesamiento y ponderación en derecho constitucional, es una élite judicial. Pero desde que los jueces en nuestro sistema adoptan puntos de vista en respuesta a un argumento adversarial, es inconcebible que pudiera haber un modo de argumentación entre jueces que no fuera compartido por abogados, y por litigantes, y por el resto de la población. Si los jueces conocen la verdad sobre la inconmensurabilidad, entonces será difícil guardarla del resto de nosotros, cualesquiera que sean las ventajas instrumentales de hacerlo» WALDRON, Jeremy, «Fake incommensurability: A response to Professor Schauer», *op. cit.*, p. 823.

³⁴ WALDRON, Jeremy, «Fake incommensurability: A response to Professor Schauer», *op. cit.*, p. 816.

³⁵ Los principios de la justicia según RAWLS son: «Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea

habrán de ser dispuestos en un orden serial, dando prioridad al primer principio sobre el segundo. Esta ordenación significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas en el primer principio, no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas³⁶. Existe una prioridad del primer principio que lleva a Rawls a hablar de «el valor absoluto de la libertad con respecto a las ventajas sociales y económicas»³⁷, que implica que el cumplimiento de los derechos y libertades del primer principio deben estar garantizados para poder aplicar el segundo principio. Como explica Waldron, el término lexicográfico se refiere a la organización de un diccionario. De forma similar, si dos o más principios son ordenados lexicográficamente, está prohibido considerar la aplicación de ningún principio dado, hasta que se hayan asegurado las demandas de todos los principios priorizados en la ordenación que hayamos encontrado³⁸. Esta teoría supone que no es posible una transacción entre las ventajas del segundo principio respecto de la restricción de las libertades del primer principio.

La propuesta de los derechos como inconmensurables en sentido débil tiene una de sus manifestaciones en la visión de los derechos como restricciones laterales –*side constraints*– que propone Nozick. Frente al «utilitarismo de los derechos» que justificaría la violación de los derechos de un individuo si se minimiza la cantidad (medida) total de violaciones de derechos en la sociedad, supone que los derechos son restricciones laterales a las acciones a realizarse, ya que los derechos de los otros determinan las restricciones a nuestras acciones³⁹. Esto significa que las restricciones laterales expresan la inviolabilidad de los otros en las formas que se especifiquen, lo cual se traduciría por la visión de que las personas son fines y no meros medios. Podría expresarse en un lema como: «minimice el uso de formas especificadas de las personas como medios»⁴⁰. Esta visión afirma que no existe un sacrificio justificado de alguno de nosotros por otros, ya que existen diferentes individuos con vidas separadas y, por tanto, nadie puede ser sacrificado por otros⁴¹. Esta es una visión deontológica frente a posiciones que defienden el utilitarismo. Desde esta perspectiva, la

compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que : a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos». RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1978, traducción de María Dolores Gonzalez, p. 82.

³⁶ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 83.

³⁷ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 85.

³⁸ WALDRON, J., «Fake incommensurability: A response to Professor Shauer», *op. cit.*, p. 817.

³⁹ NOZICK, R., *Anarchy, state and utopia*, Basil Blackwell, 1990, p. 29.

⁴⁰ NOZICK, R., *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 32.

⁴¹ NOZICK, R., *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 33.

violación de un derecho no puede traducirse en términos que se justifiquen en forma del aumento del bienestar general.

Una de las expresiones que ha tenido más éxito en la propuesta de Dworkin es la idea de que los derechos individuales son triunfos políticos frente a las mayorías. Desde esa perspectiva, según este autor, los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio⁴². Este es un argumento frente al utilitarismo que considera que el bienestar general, que orienta la justificación de determinadas decisiones políticas, puede vencer al interés de un individuo en particular. Frente a esto los individuos tienen *triumfos* frente a estas consideraciones utilitaristas⁴³. Para Dworkin, es una estipulación que capta la idea de los derechos individuales que está vigente en la práctica constitucional norteamericana⁴⁴.

La cuestión que sugiere esta aproximación es qué, cómo y quién se determina el catálogo de derechos como *triumfos* políticos. Parece, por razones conceptuales, que no pueden provenir de las mayorías, pero como argumenta Asís Roig, los jueces encargados de declarar los derechos que se poseen serían parte del poder ante el que se desea triunfar, ya que la decisión sobre quiénes son los componentes del Tribunal Constitucional, o de la Corte Suprema, en el caso norteamericano, se lleva a cabo a través de procedimientos políticos⁴⁵. En palabras de Asís Roig, «la determinación de los derechos de las personas dependería en definitiva de la decisión de un juez, con una serie de criterios políticos, partiendo de lo que se dispone en el texto constitucional (texto fruto de un poder político) y ayudándose en otras sentencias judiciales (en algunos casos fundadas en criterios políticos del juzgador)»⁴⁶.

En cuanto a la cuestión de cómo se determina el catálogo de derechos, Dworkin afirma que su caracterización de los derechos es formal, y que no supone que los derechos tengan ningún carácter metafísico especial⁴⁷. En este contexto, Asís especifica que tras la teoría de los derechos como *triumfos* subyace la defensa de una moral objetiva que se sitúa por encima del Estado y que es la que determina no ya aquello que es correcto o incorrecto desde el punto de vista ético, sino

⁴² DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 37.

⁴³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 492.

⁴⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 493.

⁴⁵ ASÍS ROIG, R. De, «Dworkin y los derechos como triunfos», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, 1993, pp. (161-181) 169.

⁴⁶ ASÍS ROIG, R. De, «Dworkin y los derechos como triunfos», op. cit., p. 175.

⁴⁷ DWORKIN afirma que es formal «en el sentido de que no indica qué derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno». Y sobre el carácter metafísico «considera que la teoría que defendemos en estos ensayos se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición» DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 37.

también desde el jurídico⁴⁸. Desde este punto de vista, cabe poner en relación dos tesis defendidas simultáneamente por Dworkin como son la idea de la única *respuesta correcta* y los derechos como *triumfos*. Esta última idea denota una visión de inconmensurabilidad, en sentido débil, frente a la primera idea que comporta una armonía y coherencia de los valores. Esta cuestión otorga un papel destacado a los jueces en los casos difíciles como intérpretes del Derecho, pero la cuestión que se plantea es cuál es la mecánica de interpretación judicial cuando se plantea un conflicto de derechos, es decir, si cabe establecer una jerarquía entre los *triumfos*. En su visión, Dworkin caracteriza el Derecho como integridad en base al equilibrio o la coherencia de tres valores: la justicia, la equidad y el debido proceso. Iglesias Vila afirma que si estos tres principios sustantivos no pueden ser reducidos a un solo valor o medidos en función de otro valor axiológicamente superior, es necesario reconocer la imposibilidad de dirimir un conflicto irreductible entre éstos⁴⁹.

Precisamente las situaciones donde las dos partes tienen una carta de *triumfo* y la aplicación de un derecho comporta la violación del otro, son denominados por Zucca *dilemas constitucionales*⁵⁰. Esta visión niega la *tesis de la compatibilidad* antes enunciada y vendría a explicar que, en determinadas situaciones, los procesos judiciales no pueden ser solucionados sin el sacrificio de alguna de las pretensiones presentes en el conflicto o, de otra forma, en estos casos, no cabe el ejercicio pleno y simultáneo de los derechos fundamentales que alejan las partes.

Se ha adoptado la denominación de *tragedias constitucionales* cuando se producen conflictos genuinos entre derechos fundamentales. Atienza ha propuesto considerar caso trágico a aquella situación en la que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista *jurídico y/o moral*⁵¹. Esto supone que haga lo que haga el agente, no se evitará un mal. Es lo que se denomina inescapable *wrongdoing* o tesis del mal inevitable⁵². La alternativa sacrificada queda como un «residuo» y «recordatorio» de que se hizo algo malo⁵³.

⁴⁸ ASÍS ROIG, R. De, «Dworkin y los derechos como triunfos», *op. cit.*, p. 171.

⁴⁹ IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 242.

⁵⁰ ZUCCA afirma que «Cuando los Derechos Legales Fundamentales (DLF) están en conflicto con otro nos dejan sin guía. Llamó a estos casos dilemas constitucionales. Estos se caracterizan por un profundo desacuerdo sobre cómo decidir estos asuntos, y en qué manera. Es más, los dilemas constitucionales comportan un punto muerto donde una solución no puede ser encontrada sin sacrificar uno u otro DLF en juego» ZUCCA, L., *Constitutional Dilemmas*, Oxford University Press, 2007, p. xi.

⁵¹ ATIENZA M., «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en VAZQUEZ, R. (comp.), *Interpretación y decisión judicial*, México, Fontarama, 2002, p. (187-213) 201.

⁵² LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, *op. cit.*, pp. 57.

⁵³ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, *op. cit.*, pp. 151.

Como afirma Williams «los conflictos morales no son sistemáticamente evitables, no todos son solucionables sin resto»⁵⁴.

En la caracterización de estos casos trágicos es habitual recurrir a situaciones con valores inconmensurables como incomparabilidad en las que, como explica Martínez Zorrilla, se produce una ausencia de (meta)criterios, mecanismos o procedimientos que determinen una ordenación prevalente o definitiva de los elementos en juego⁵⁵, lo cual comporta que no hay «respuesta correcta» y existe discrecionalidad a la hora de escoger entre las alternativas ya que, en estos casos, los tribunales no pueden, por razones conceptuales, ofrecer una justificación de la decisión tomada, puesto que existe otra/s igualmente (in)justificadas⁵⁶. Sin embargo, más allá de estas situaciones, Lariguet es partidario de una estrategia que caracteriza a los dilemas, aunque existan procedimientos, escalas o criterios para determinar la obligación, valor o principio a seguir en el caso, poniendo el énfasis en la cuestión de sacrificio o residuo⁵⁷.

La cuestión, desde esta perspectiva, no es que el conflicto no pueda tener una solución, sino, más bien, que, como afirma Bix, ésta es vista con «remordimiento»⁵⁸. En su caracterización de los dilemas morales, Searle afirma que su solución le supone «compunción» y crea un deber de compensar⁵⁹. El significado de compunción tiene que ver tanto con la idea de arrepentimiento y contrición como con el sentimiento que causa el dolor ajeno. Sin embargo, la propuesta de Lariguet distingue el componente psicológico de la *culpa*, *remordimiento* o *pesar* de la categoría de residuo, en un sentido normativo, que apunta a la ontología de las obligaciones que quedan pendientes y son recordatorios de que la decisión no ha sido aceptable o «del todo aceptable»⁶⁰.

Desde esta perspectiva, habría *dilemas de inconmensurabilidad* y *dilemas de empate* que supondrían un sacrificio no gradual y *dilemas de sacrificio* con un sacrificio que podría graduarse y que permiten algún tipo de comparabilidad entre las alternativas, lo que supone soluciones del tipo del *mal menor*⁶¹. Atienza afirma, como regla de decisión en los casos trágicos, que supone precisamente optar por el

⁵⁴ WILLIAMS, B., «Ethical consistency» en GOWANS, C. (ed.), *Moral dilemmas*, Oxford University Press, 1987, pp. (115-137) 129.

⁵⁵ MARTINEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 362-263.

⁵⁶ MARTINEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 369.

⁵⁷ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, op. cit., p. 386.

⁵⁸ BIX, B., «Dealing with inconmensurability for dessert and desert: Comments on Chapman and Katz», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, p. (1651-1670) 1653.

⁵⁹ SEARLE, J., «Prima facie obligations», en RAZ, J., *Practical reasoning*, Oxford University Press, 1978, p. (81-90) 83.

⁶⁰ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, op. cit., p. 184.

⁶¹ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, op. cit., pp. 123-129, 152.

*mal menor*⁶², a lo que Lariguet criticó que esto presupone la comparabilidad en algún ejercicio de balance o ponderación que un caso genuinamente trágico no permitiría⁶³. Sin embargo, la nueva categoría de *dilemas de sacrificio* sí que permitiría considerar criterios, procedimientos y valores que permiten calibrar la respuesta como mejor o peor, siempre que se contemple también la noción de sacrificio o residuo que se corresponde con la tesis del mal inevitable.

Existen casos en los que se produce un conflicto entre derechos fundamentales que pueden ser calificados de *dilemas constitucionales*, ya que sea cual sea la solución se producirá un residuo normativo que implica que la solución adoptada no es irreprochable debido a que se ha sacrificado algún elemento fundamental del conflicto. Este residuo normativo comporta, bajo determinadas circunstancias, un deber de compensación.

Es habitual concebir que los dilemas están relacionados con situaciones de empate e incommensurabilidad de las alternativas que usualmente comportan indeterminación. No obstante, la estrategia de Lariguet hace hincapié en los dilemas en relación con el sacrificio, aun cuando sea posible encontrar criterios para encontrar una solución.

Desde este punto de vista, en las siguientes líneas se analizará el mecanismo de ponderación desde la perspectiva de los *dilemas de sacrificio*.

2. SOBRE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS: LA METÁFORA DE LA BALANZA

La Justicia suele representarse con la imagen de una mujer con los ojos vendados, una balanza en una mano y una espada en la otra. Es interesante que la balanza componga un elemento de este imaginario porque es habitual la utilización de la metáfora de la ponderación, el peso y el balance de los principios y los derechos por parte de jueces y juristas. Para delimitar la metáfora deberíamos diferenciar dos actividades que tienen implicaciones diversas relacionadas con la balanza.

⁶² ATIENZA afirma que «El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podemos decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debemos –lo que un juez debe– hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el *mal menor*». ATIENZA M., «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *op. cit.*, p. 209.

⁶³ Lariguet afirma que «hablar de respuestas que son mejores que otras, o menos peores, supone que se ha activado el método del balance, o la ponderación. Pero precisamente la existencia de un caso genuinamente trágico trata de mostrar la imposibilidad o la banalidad de creer que se pueda activar el balance». LARIGUET, G., «Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica», *Isonomia*, núm. 24, 2006, pp. (93-113) 109-110.

La primera actividad –*weighing*– sería, como indica Mendonca, la imagen es la de un juzgador que pone los derechos en una balanza y determina la manera como ésta se inclina⁶⁴. Las implicaciones de esta visión es que los principios y los derechos son magnitudes comparables e incluso que se desarrollan en una sola dimensión, precisamente la de su peso. Cuestión no exenta de polémica, que algunos defienden como parte de una explicación metafórica de la actividad de los jueces y otros defienden. La segunda actividad –*balancing*–, como explica Mendonca, trata de la búsqueda de un equilibrio entre los derechos involucrados. En este caso, la imagen es la de un juzgador que consigue equilibrar la balanza con los derechos en conflicto, calibrándola prudentemente⁶⁵. En este caso, el resultado de la actividad de los jueces supone un intento de armonización de los derechos en conflicto, dadas las circunstancias. Las implicaciones de esta solución suponen un cumplimiento gradual de los derechos en juego según su peso relativo.

Para la resolución de los conflictos de derechos, se daría una primera actividad que se denominará *Sopesamiento* y que se denominará con la *Ley de la colisión*⁶⁶. Y una segunda actividad que se denominará *Balance* y que se vinculará a la *Ley de la ponderación*⁶⁷. El comportamiento de los principios en situaciones de conflicto es objeto de una intensa polémica doctrinal que va desde posiciones que niegan que el *sopesamiento* deba tener lugar, por considerarlo subjetivo o irracional, hasta posiciones que niegan el *balance* entre derechos, por considerar que el principio vencedor debe cumplirse plenamente.

El conflicto entre reglas se soluciona introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida una de las reglas⁶⁸. Según Dworkin, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas –*todo o nada*–. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión⁶⁹. En cambio, si dos principios entran en colisión, uno de los principios debe ceder ante otro. Esto no tiene que ver con la validez de los principios, ni con la necesidad de

⁶⁴ MENDONCA, D., *Los derechos en juego*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 59-60.

⁶⁵ MENDONCA, D., *Los derechos en juego*, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁶⁶ En estas líneas no se persigue reconstruir globalmente la teoría de ALEXY, ya que esto comportaría mayor desarrollo de sus postulados. Se centrará el análisis en las actividades de *sopesamiento* y *balance*. Para ampliar sobre este autor: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 94. ALEXY, R., «On balancing and subsumption. A structural comparison», *Ratio Iuris*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449. ALEXY, R., «On the structure of legal principles», *Ratio iuris*, vol. 13, núm. 3, 2000, pp. 294-304. ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, núm. 5, 1998, pp. 139-151.

⁶⁷ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 160-161.

⁶⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 75.

introducir cláusulas de excepción, sino más bien con que los principios tienen la dimensión de peso y, dadas las circunstancias de un caso concreto, un principio tiene prioridad sobre otro. Mientras que, dadas otras circunstancias, puede cambiar el sentido de la prioridad entre esos mismos principios. Como sostiene Alexy, entre reglas, se dirimiría los conflictos en la dimensión de validez y entre principios, los conflictos tendrían su solución según la dimensión de peso⁷⁰. En cambio, Raz diría que las diferencias entre reglas y principios, en casos de conflicto, no tienen que ver con sus diferencias lógicas sino que es un resultado de una política jurídica⁷¹.

La actividad de *sopesamiento* supone que para resolver un conflicto, según Dworkin, se debe tener en cuenta el peso relativo de cada principio⁷². Esto significa, para Alexy, que entre los principios se establece una relación de *precedencia condicionada*, dadas las circunstancias que concurren en el caso en cuestión. El juez debe determinar las condiciones que, en el caso concreto objeto de litigio, suponen que un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia entre los principios puede ser solucionada inversamente⁷³. Esta es una operación que consiste, siguiendo la metáfora, en comprobar qué principio tiene más *peso*. La función judicial supone un ejercicio en el que, dadas unas circunstancias concretas, se establece la prioridad de un principio para resolver un caso. Desde esta perspectiva, Alexy afirma en la *Ley de la colisión* que *las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*⁷⁴. Esta *Ley de colisión* supone que el resultado final de un conflicto de principios es una regla que permite resolver el caso. Como sostiene Alexy, como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscrita con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso⁷⁵. Esto puede parecer paradójico desde las posiciones que consideran que subsunción y ponderación son actividades antitéticas, en las que una tendría que ver con reglas y la otra, con principios. Frente a este punto de vista, Prieto Sanchís afirma la importancia de la subsunción

⁷⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 89.

⁷¹ RAZ, J., «Legal principles and the limits of Law», *Yale Law Journal*, 1971-1972, núm. 81, p. (823-854) 834.

⁷² «Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro, será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esa dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene» DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 77-78.

⁷³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 92.

⁷⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 94.

⁷⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 98.

antes –en la indentificación del caso– y después de ponderar –en la aplicación de la regla del resultado de la ponderación–⁷⁶. En este sentido, Atienza afirma que la ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas⁷⁷.

La *Ley de la colisión* supone convertir los principios en conflicto en una regla, describiendo una serie de propiedades relevantes en el caso. Según Moreso, la ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas⁷⁸. A la operación consistente en transformar los principios en reglas es a lo que Atienza y Ruiz Manero denominan *concreción*⁷⁹. Una vez explicitadas y concretadas las propiedades relevantes en un conflicto entre principios, se determinarán unos casos genéricos y sus soluciones normativas. La aplicación de los principios consistirá en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. En este sentido, Moreso concluye que si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales –entonces por razones conceptuales– no hay aplicación del Derecho sin subsunción⁸⁰.

Una forma distinta de entender la solución del conflicto entre principios la propone Guastini cuando afirma que la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto⁸¹. Esto supone, según Moreso, que la ponderación para Guastini sea el resultado de una actividad radicalmente subjetiva ya que la jerarquía axiológica entre principios es el resultado de un juicio de valor del intérprete, según su concepción escéptica de la interpretación⁸². Otra característica de la ponderación según Guastini es el particularismo jurídico⁸³. Esto supone que el conflicto no es resuelto

⁷⁶ Prieto Sanchís afirma «Pero si *antes* de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, *después* de ponderar creo que aparece de nuevo la exigencia de subsunción». PRIETO SANCHIS, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial» en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 145.

⁷⁷ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 170-171.

⁷⁸ MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL; Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. (99-122) 121.

⁷⁹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 31.

⁸⁰ MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, p. 121.

⁸¹ GUASTINI, Riccardo, «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales», *Palestra del Tribunal Constitucional*, núm. 8, 2007, pp. (631- 637) 636. También GUASTINI, R., *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, pp. 201-235.

⁸² MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, pp. 101-103. También MORESO, J. J., «Guastini sobre ponderación», *Isonomía*, núm. 17, 2002, pp. 227-249.

⁸³ MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, pp. 103-104.

definitivamente: cada solución vale sólo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura⁸⁴. Esto supone concebir que subsunción y ponderación son procedimientos contrapuestos y que no es posible construir casos genéricos a partir de las propiedades relevantes de los casos singulares, ya que no se pueden universalizar o generalizar las circunstancias especiales del caso en concreto.

Frente a estas posiciones, Habermas critica por irracional, la ponderación o sopesamiento de valores que se efectúa, «o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquía a los que se está acostumbrado»⁸⁵. En concreto, sobre Alexy, afirma que no es de mucha utilidad el tipo de ponderación que ha propuesto en términos de un modelo economicista de fundamentación, ya que los llamados bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables⁸⁶. Con esto se hace referencia a que Alexy ha propuesto un modelo de ponderación que incluye una *formula de peso* donde se incluyen valores numéricos que representan las diferentes intensidades de los elementos en cuestión⁸⁷. Esto supone que los principios comparten alguna dimensión en la que serían medibles, es decir, son commensurables y el resultado de la ponderación sería una especie de algoritmo⁸⁸. Sin embargo, como afirma Atienza, la clave no sería el cálculo en sí, sino la asignación de los valores numéricos, ya que se trataría de un uso metafórico del lenguaje matemático⁸⁹. Los límites de la racionalidad del mecanismo de ponderación, como reconoce Bernal Pulido, vendrían de que, en esas

⁸⁴ GUASTINI, Riccardo, «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, p. 637.

⁸⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2000, traducción de Manuel Jimenez Redondo, p. 332.

⁸⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 332. Nota a pide 33.

⁸⁷ ALEXY, R., «On balancing and subsumption. A structural comparison», *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. (433-449) 447.

⁸⁸ Alexy se separa de esta visión que califica de orden estricto «Los problemas de una jerarquía de valores jurídicamente relevantes se han discutido con frecuencia. Se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado –a tal orden habría que llamarlo “orden estricto”–. Un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición de peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que no es más que una ilustración de un resultado ya encontrado. El fracaso de los órdenes estrictos no significa sin embargo que sean imposibles teorías de los principios que sean más que un catálogo de topoi. Lo que es posible en un orden débil que consiste en tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad; 2) un sistema de estructuras de ponderación, y 3) un sistema de prioridades *prima facie*» ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Mexico, Fontamara, 1993, p. 16.

⁸⁹ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 173-174.

valoraciones, el intérprete pueda hacer valer su ideología en la determinación del peso abstracto de los principios⁹⁰.

Frente a la metáfora de la ponderación, Habermas considera que en la interpretación de los principios se debe aplicar aquel que sea adecuado en un conflicto, pero no se debe buscar el mejor equilibrio de bienes o la mejor relación de jerarquía entre valores. Según su punto de vista, todas las normas deberían articularse en un sistema concreto y coherente que, por su propia idea, sólo permita a cada caso una única solución correcta⁹¹.

La segunda actividad de la metáfora de la balanza es el *balance* de derechos. Supone que, una vez *sopesados* los principios, se debería llegar a un equilibrio entre los principios según su peso relativo. De esta forma, el resultado de los conflictos entre principios se resuelve con la aplicación gradual de los principios de que se trate. Alexy ha establecido la *Ley de la ponderación* que afirma que *cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*⁹². Según esta caracterización, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos⁹³.

Frente a esta actividad del *balance* de derechos, Habermas plantea que las normas aplicables, y aquellas que han sido candidatas a ello, deberían entenderse como normas que, sin perder la validez, son «adecuadas» o «inadecuadas», pero no como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso⁹⁴. Por su parte, Atienza y Ruiz Manero, sostienen que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto⁹⁵. Según esta visión, una vez establecida la regla de prevalencia entre principios, ésta exige un cumplimiento pleno. *Tertium non datur*⁹⁶. Desde su visión de la ponderación, Guastini considera que ésta no consiste en «poner de acuerdo» los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de «equilibrio» entre ellos, con un sacrificio parcial de ambos. Uno de ellos es aplicado, el otro es ciertamente acantonado⁹⁷.

⁹⁰ BERNAL PULIDO añade que también se da esa subjetividad en la graduación en la afectación de los principios, la certeza de las premisas empíricas y a la elección de la carga de argumentación PULIDO BERNAL, C., «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, núm. 26, 2003, p. (225-238) 238.

⁹¹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 334.

⁹² ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 160-161.

⁹³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁴ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 333-334.

⁹⁵ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁶ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁷ GUASTINI, R., «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, p. 637.

Frente a esta visión del triunfo de uno de los principios, se puede defender la idea de la aplicación gradual de los principios. Es el caso, que presenta Prieto Sanchís, de la STC 53/1985, sobre despenalización del aborto en determinados supuestos, donde se establece un conflicto entre principios. Por un lado, la vida humana como «valor superior del ordenamiento jurídico» y, por otra, el «valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona». Como resultado de su ponderación el Tribunal concluye con un compromiso de ambos principios, ya que el aborto resulta posible en determinados supuestos y es castigado en los demás, lo que supone su cumplimiento gradual y no la prioridad absoluta de uno de los principios implicados⁹⁸. Desde la perspectiva de Prieto Sanchis, el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, lo cual supone que los jueces deberían buscar una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno de los principios alegados, sino que procurase la más liviana lesión de ambos⁹⁹.

Frente a la idea del cumplimiento pleno del principio, en el caso de conflicto de principios en sentido estricto, Moreso expone el ejemplo de la doctrina *Sullivan* de la Corte Suprema norteamericana, donde se produce un compromiso entre la libertad de expresión y el derecho al honor en los supuestos en los que se permite la publicación de noticias equivocadas sobre personajes públicos, siempre que los informadores no lo hubieran hecho con *actual malice*¹⁰⁰, se exige –en la versión del Tribunal Constitucional español– que la información sea veraz (verdadera o, si resulta falsa, diligentemente contrastada), aunque sea en detrimento de la tutela de la reputación¹⁰¹.

En este contexto, explica la propuesta de Schauer, trata de conseguir que las personas públicas difamadas cobren una indemnización en todo caso de negligencia por parte del informador y no sólo en los de negligencia grave y mala fe, como estableció Sullivan. Y también busca quedarse con las ventajas que Sullivan ofrece a la libertad de

⁹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., «Dúplica a los profesores, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, p. (315-325) 323.

⁹⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, 2003, p. 192.

¹⁰⁰ Para ilustrar la doctrina Sullivan, se analizará los hechos de un caso similar. Es el caso *Ocala Starvan*, donde Leonard Damron, alcalde de Crystal River (Florida) se había presentado a las elecciones para un cargo en el condado. El 17 de abril de 1966, un periodista llamó por teléfono al diario *Star-Banner* y dijo que James Damron –hermano del alcalde– había sido arrestado y acusado de cometer falso testimonio. El redactor encargado de la sección correspondiente escribió la noticia pero confundió a James con Leonard. La publicación de la noticia arruinó las posibilidades de Leonard Damron de ganar las elecciones. La Corte Suprema aplicó la doctrina Sullivan y al tratarse de una figura pública y no haber *actual malice* desestimó la indemnización que debían pagar los editores que sí había decidido una instancia inferior. SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 68.

¹⁰¹ MORESO, J. J., «El encaje de Las piezas del Derecho», *Isonomía*, núm. 14, 2001, pp. (135-157) 151-152.

expresión, a fin de evitar autocensura. Como afirma Salvador Coderch, «el autor pretende alcanzar dos objetivos que, desde luego, son muy difíciles de compatibilizar»¹⁰². Para conseguirlo, Schauer propone en primer lugar, disociar la responsabilidad de las empresas de medios de comunicación de las responsabilidades que correspondan a sus redactores. En segundo lugar, considera la posibilidad de contratar un seguro de responsabilidad civil por difamación –que incluso pudiera estar subvencionado por el gobierno– y, en tercer lugar, que se cree un fondo estatal de compensación a las víctimas y que no sean los editores quienes paguen los costes de la difamación¹⁰³.

La visión de Schauer busca *desacoplar* la libertad de expresión, lo cual está relacionado con la idea de separar las funciones de disuasión y compensación y de eliminar el vínculo entre lo que el demandado paga y el demandante recibe¹⁰⁴. Es una propuesta original que ahora se analiza en el caso de conflicto de principios, donde Moreso ha argumentado que es un ejemplo de que no se da un cumplimiento pleno de ningún principio ya que ninguno consigue desplazar a otro completamente en el conflicto, sino que la mejor solución viene de una especie de *trade off* entre ellos¹⁰⁵.

En este contexto, si he entendido bien la propuesta de Schauer, ésta no busca cambiar la doctrina *Sullivan* en sede judicial donde es un precedente clásico. Los jueces resolverían el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, declarando la prioridad del primer principio y su cumplimiento pleno. Otra cuestión es que extrajudicialmente se estableciera, como propone Schauer, un sistema de seguros contra la difamación en los casos de negligencia periodística. Me parece que este es un caso paradigmático que puede servir para explicar los *dilemas de sacrificio* donde se provee una solución a un dilema como resultado de una ponderación, donde, como apunta Lariguet, la alternativa sacrificada queda como un «residuo» o «recordatorio» de que se hizo algo mal, según la tesis del *mal inevitable*¹⁰⁶. La cuestión que subyace es que una ponderación de principios que concluya con el cumplimiento pleno del principio priorizado supone un sacrificio no graduable de la alternativa y, en cambio, si la ponderación de principios comporta un equilibrio de los principios según su importancia en el caso, esto comportaría un sacrificio graduable del principio preterido.

El dilema de *Sullivan* es que se prioriza la libertad de expresión frente al derecho al honor, salvo en el caso de dolo o culpa grave¹⁰⁷; sin embargo,

¹⁰² SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., pp. 70-71.

¹⁰³ SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., pp. 70-71.

¹⁰⁴ SCHAUER, F., «Uncoupling free speech», *Columbia Law Review*, núm. 92, 1992, p. (1321-1357) 1325, nota 12.

¹⁰⁵ MORESO, J. J., «El encaje de Las piezas del Derecho», op. cit., pp. (135-157) 152.

¹⁰⁶ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, op. cit., pp. 151.

¹⁰⁷ Como explica Salvador Coderch citando la sentencia *Sullivan*, «enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, pero deben ser protegidos si hay que dejar aire para que puedan respirar y sobrevivir. La protección del público no sólo exige una mera discusión sino además información: Errores de hecho son inevitables y

como explica Salvador Coderch, lo que *Sullivan* jamás ha explicado, ni mucho menos justificado, es por qué las personas difamadas y sólo ellas deben pagar individualmente por unos beneficios que obtiene toda la sociedad¹⁰⁸. Es decir, se considera que la tutela de la libertad de expresión comporta mayores beneficios sociales que una estricta tutela de la verdad, para evitar la autocensura que provocaría hacer cargar al informador con los costes de su error¹⁰⁹. La propuesta de Schauer supone que, una vez dada la solución judicial al conflicto de principios, que primaría la libertad de expresión, exista un deber de compensación, solucionado extrajudicialmente, para los perjudicados, que asumiría la sociedad en su conjunto y no los autores de la información.

Una reconstrucción de la solución al conflicto de principios con un cumplimiento graduable podría darse en el conflicto de la libertad de expresión y el derecho al honor. En un esfuerzo de síntesis y de racionalidad práctica¹¹⁰ sobre los casos que ha resuelto el Tribunal Constitucional español, Atienza propone una serie de «reglas de prioridad», que no suponen una ordenación lexicográfica o jerarquización de principios. Desde esta perspectiva, afirma que: «Cuando existe una contraposición entre la libertad de información y el derecho al honor:

1. Hay una presunción *prima facie* a favor de la libertad de información.
2. Sin embargo, el derecho al honor puede prevalecer si:
 - 2.1 La información carece de relevancia pública.
 - Una información tiene relevancia pública si:
 - 1) Afecta a una personalidad pública, o
 - 2) A alguien que, sin serlo, desempeñe un cargo o profesión de interés público.
 - Una información no tiene nunca relevancia pública si:
 - 1) Contiene extremos que afectan al honor de las personas, y
 - 2) Son innecesarios.
 - 2.2 Es inveraz.
 - Una información es veraz si:
 - 1) es verdadera, o
 - 2) es falsa, pero se ha producido con la diligencia debida¹¹¹.

especialmente lo son en lo que se refiere a los estados y procesos mentales del hombre. Todo lo que se añade al campo del libelo, se quita del campo del debate libre». SALVADOR CODERCH, S., *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 259.

¹⁰⁸ SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., 68.

¹⁰⁹ SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., 67.

¹¹⁰ Mendonca afirma que «constituye un buen ejemplo de cómo puede operar la racionalidad práctica sin necesidad de partir de una previa jerarquización de los derechos, pero sin limitarse a un mero catálogo de máximas». MENDONCA, D., *Los derechos en juego*, op. cit., p. 73.

¹¹¹ ATIENZA, M., «Juridicar la bioética», *Isonomía*, 8, 1998, p. (75-99) 90.

La cuestión es que si se interpreta esta interesante propuesta en el sentido que se analiza el comportamiento de los principios, en sentido estricto, en caso de conflicto, se podría aportar que en España se regula un derecho de rectificación que, en cambio, no es reconocido en los EE.UU. Efectivamente, la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, faculta a cualquier persona natural o jurídica para ejercitar el «derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que se consideren inexactos, y de cuya divulgación pueda causarle perjuicio» (art. 1) ¹¹². Esto supone que en los casos de noticias falsas, aunque se haya seguido la diligencia profesional para obtenerlas, la ponderación de los principios hace prevalecer a la libertad de expresión, siguiendo la doctrina Sullivan, pero supone el cumplimiento gradual del principio del derecho al honor que comporta el ejercicio del derecho de rectificación. Es interesante, como apunta Salvador Coderch, que en Derecho español es una cuestión de hecho que pueden considerar los tribunales, si se tiene en cuenta la rectificación como elemento ponderador de los daños ¹¹³.

La reconstrucción que se analiza, Atienza la caracteriza como un conjunto de soluciones –de reglas– fragmentarias, incompletas, abiertas, que necesitarían desarrollo ulterior, a partir de circunstancias que no se han presentado, donde pueden presentarse nuevas distinciones relevantes. No obstante, añade, no estamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que obedecen a una idea de racionalidad que podría caracterizarse así: las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables, y (por supuesto) no contradicen ningún extremo constitucional ¹¹⁴. Cabe suponer que el modelo podría reformularse con la incorporación del derecho de rectificación sin mucha dificultad, pero lo interesante es que esto supondría algún compromiso con la idea de cumplimiento gradual de los principios en caso de conflicto.

Un argumento más a favor de esta visión se propone con la idea de que los derechos fundamentales tienen un *contenido esencial*. El artículo 53.1 de la Constitución española establece «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su

¹¹² Salvador Coderch afirma que «ello permite contrarrestar, al menos, en parte, los posibles efectos perjudiciales de cualquier falsedad difamatoria publicada por un medio de información. Tanto el uso de este derecho como su dejación voluntaria sin datos que el juzgador podrá tener en cuenta a la hora de valorar los perjuicios causados por la difamación. Lo anterior sugiere que la diferencia de régimen jurídico entre los casos de difamación de personajes públicos y los relativos a simples particulares podría ser, tal vez, menor en España que en EE.UU.: estos últimos tienen aquí un elemento que allí carecen» SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, op. cit., p. 275.

¹¹³ SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, op. cit., p. 282, nota 277.

¹¹⁴ ATIENZA, M., «Juridicar la bioética», op. cit., pp. 90-91.

ejercicio» de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II. La Ley Fundamental de Bonn, en el artículo 19, párrafo 2, establece que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial». En una interpretación del precepto, Alexy expone una teoría absoluta según la cual existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado¹¹⁵. Para Prieto Sanchís, esto serviría de contrapunto a los argumentos económicos o ponderativos; sería algo así como la traducción jurídico positiva de la secular vocación de los derechos humanos como derechos absolutos, al margen del regateo político y del cálculo de intereses sociales para decirlo en palabras de Rawls¹¹⁶. Desde esta perspectiva, el contenido esencial de los derechos podría ser contemplado como un caso de inconmensurabilidad en sentido débil y la forma de operar con esta institución estaría más cercana a los *triumfos* –Dworkin–, las *restricciones laterales* –Nozick– y el *orden lexicográfico* –Rawls–. Serían fundamentaciones deontológicas frente al utilitarismo del bienestar general y, este es un elemento importante, no admitirían compensaciones, transacciones o *trade off* entre la vulneración del contenido esencial de un derecho y la aplicación del otro derecho en conflicto.

Sin embargo, Alexy se desvincula de la teoría absoluta¹¹⁷ y defiende una teoría relativa donde el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación¹¹⁸. La garantía del contenido esencial no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales. Pero, afirma Alexy, como es equivalente a una parte del principio de proporcionalidad, es una razón más a favor del principio de proporcionalidad¹¹⁹. Este principio se vincula¹²⁰ con la *Ley de la ponderación*, que muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el

¹¹⁵ ALEXY sostiene que «las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. Como, de todas maneras, este vale, el artículo 19, párrafo 2 LF, tiene simplemente una importancia declaratoria» ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 288.

¹¹⁶ PRIETO SANCHIS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 60.

¹¹⁷ ALEXY afirma que «la convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas –y sólo estos son derechos absolutos genuinos–, puede que sea considerada autovinculante para un individuo que tiene libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, pero no puede valer desde el punto de vista del derecho constitucional.» ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 291.

¹¹⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 288.

¹¹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 291.

¹²⁰ ALEXY afirma que «el subprincipio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de la ponderación». ALEXY, R., *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, traducción de Carlos Bernal Pulido, p. 48.

primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro¹²¹. En este contexto, Prieto Sanchís considera que la cláusula del contenido esencial tiene una función fiduciaria que implica una exigencia de «mayor justificación» y un «especial escrutinio» en las razones que justifiquen una limitación de un derecho fundamental cuanto más se acerquen a su contenido esencial y, al propio tiempo, por la reserva de ley que prevee la Constitución española, debe impedir que «el derecho legal» deje de ser adscribible al tipo del «derecho constitucional»¹²².

Desde este punto de vista, la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales podría argumentarse como un valor relevante a tener en cuenta en la ponderación de los principios por parte de los jueces, que podría interpretarse en favor de que la solución de los casos debería comportar un cumplimiento gradual según las posibilidades fácticas y jurídicas. No sería un límite a la ponderación, sino un motivo cualificado en favor de un principio, sin el cual éste perdería la caracterización que lo haría reconocible. Lo cual supone que los jueces deberían realizar un ejercicio de *especial justificación* para alegar motivos que lo desvirtúen. Para Alexy, la garantía del contenido esencial se reduce a la aplicación del principio de proporcionalidad, aun cuando en un caso particular no dejen nada del derecho fundamental¹²³. Esto supondría, siguiendo la metáfora de la balanza, que del balance de los principios, todo el peso lo tendría una de las alternativas. No obstante, estas situaciones, que pueden darse en los casos fáciles, no caracterizarán las situaciones de *dilemas constitucionales*. Es en este contexto donde se da un papel preponderante al intérprete judicial para argumentar a favor y en contra, examinar los motivos y considerar como una de sus funciones garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, se puede defender la tesis de que más allá de la ponderación, como medición de pesos entre principios, el contenido esencial de los derechos fundamentales puede funcionar mejor desde la perspectiva de la noción de

¹²¹ ALEXY, R. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, traducción de Carlos Bernal Pulido, p. 49.

¹²² PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *op. cit.*, p. 61.

¹²³ ALEXY sostiene que «las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. Como, de todas maneras, este vale, el artículo 19, párrafo 2 LF, tiene simplemente una importancia declaratoria» ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 288.

inconmensurabilidad, en sentido débil. En este punto serían variables explicativas interesantes las aportaciones del *orden lexicográfico* –Rawls–, *trunfos* –Dworkin– y *restricciones laterales* –Nozick–.

Estas visiones de la inconmensurabilidad de los derechos implicarían, en palabras de Raz, que «su existencia contribuye a una actitud que es una barrera al intercambio»¹²⁴. Desde esta perspectiva, sería algo paradójico que la solución de los dilemas consistiera en una especie de compensación entre derechos. Sin embargo, los jueces, en ocasiones, llegan a soluciones de compromiso que suponen un *trade off* o transacciones que sacrifican una alternativa en términos de otra. Como expone Waldron, existen diferencias entre las compensaciones que comporta la teoría utilitarista y el tipo de compensación que puede adoptarse en la solución de los conflictos de derechos. La visión utilitarista supone que existe una conmensurabilidad cuantitativa de todos los valores¹²⁵. Frente a la visión de que todos los valores pueden ser ponderados en una dimensión de peso, la idea de los derechos fundamentales como inconmensurables en sentido débil, con especial referencia a su contenido esencial, ponen de relevancia que la función de los jueces comporta establecer «prioridades cualitativas»¹²⁶ que los garanticen. Desde esta visión, el sacrificio de una alternativa en los conflictos entre derechos fundamentales debería comportar un escrutinio estricto, por parte de los jueces, especialmente reforzado en su contenido esencial, en la tesitura de que la solución de los *dilemas constitucionales* permite comprobar a los individuos con qué derechos cuentan realmente.

Fecha de recepción: 30/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

¹²⁴ RAZ, J., *Morality of freedom*, *op. cit.*, p. 346.

¹²⁵ WALDRON, J., «Rights in conflict», *Ethics*, vol. 99, núm. 3, 1989, p. (503-519) 509.

¹²⁶ WALDRON, J., «Rights in conflict», *op. cit.*, p. 519.

Martin Buber. Dimensiones filosófico-políticas de un pensar dialógico

Por MIGUEL ÁNGEL TORNEL GÓMEZ

Università degli Studi di Genova

RESUMEN

El artículo expone la trayectoria política de Martin Buber, comenzado con un somero repaso a su posicionamiento respecto del sionismo para después referirse a las principales ideas de este autor acerca del nacionalismo, el individualismo, el colectivismo y el socialismo.

Palabras clave: *Buber, sionismo, nacionalismo, individualismo, colectivismo, comunidad, socialismo.*

ABSTRACT

In this article I report the Martin Buber's political path, beginning with a short resume about his position referring to the zionism. Later I talk about the most important ideas of this author about nationalisms, individualism, collectivism and socialism.

Key words: *Buber, zionism, nationalism, individualism, collectivism and socialism.*

SUMARIO: 1. LA GÉNESIS DEL HUMANISMO HEBREO DE BUBER.–2. CONCEPCIONES POLÍTICAS: 2.1 *El Nacionalismo.* 2.2 *Entre el Individualismo y el Colectivismo: La Comunidad.* 2.3 *El Socialismo.*

1. LA GÉNESIS DEL HUMANISMO HEBREO DE BUBER

Este artículo pretende profundizar sobre aspectos de la obra de Martin Buber que no encuentran suficiente repercusión en lengua castellana, a pesar de su gran interés y proyección. La obra de este maestro está estrechamente conectada conformando un pensamiento unitario y compacto difícil de descomponer. Si bien es cierto que el tratamiento de su filosofía dialógica ocupa la mayoría de trabajos dirigidos al estudio de Buber, no menos verdadero es que sus concepciones políticas tienen gran interés y han sido y son de actualidad. Así es que aún se habla de sionismo, nacionalismo, individualismo, colectivismo, comunidad y socialismo y las aportaciones de Buber no parecen caducas. Veamos a continuación cómo se origina y desarrolla el pensamiento de quien, en definitiva, puede considerarse un autor para la paz.

Martin Buber nació en 1878 en Viena, capital, por aquel entonces, del Imperio Austro-Húngaro. De ascendencia judía, sufrió el desgarramiento interior de los judíos a finales del siglo XIX, así como las matanzas de las que fueron víctimas durante el siglo XX. Es espectador de la esperanza de asimilación por parte de la comunidad; sin embargo, no termina de funcionar y los judíos continúan interrogándose sobre su identidad como pueblo o como religión. En un clima de inseguridad en Europa aparece la figura de Theodor Herzl. Aclamado por la mayoría, dirige el movimiento sionista que buscará la creación de un Estado Judío en Palestina. El cambio de siglo sorprende con la muerte de Herzl, pero no con los cimientos del movimiento que había conseguido crear. Éste no cesará en su empeño de materializar la vuelta del pueblo judío a Jerusalén. Congresos sionistas, desavenencias entre los propios dirigentes del movimiento, concesiones, exclusiones y declaraciones, tendrán que sucederse hasta que en 1948 se proclame el Estado de Israel. Ese mismo año estalla la guerra con la Liga Árabe (Egipto, Siria, Líbano, Irak y Transjordania). Desde la visión de los judíos se denomina a ésta «guerra por la independencia», mientras que los árabes la identifican con el nombre de «catástrofe». Buber se une durante su juventud al sionismo, en 1898. En esos años asiste a sus estudios universitarios en Viena, donde el sionismo se encuentra bastante desarrollado. «En el sionismo Buber encontró por primera vez un canal por el cual podía concentrar sus energías, como su abuelo, y mantenerse ocupado con un trabajo constante y útil»¹. En 1901, Herzl le ofrece el puesto de editor en el periódico *Die Welt (El Mundo)*, órgano de expresión del movimiento. «Buber respondió a esta invitación con la cordialidad que caracterizaba su joven carácter. “Su invitación ha traído alegría a mi corazón”, escribía, “porque supone una

¹ FRIEDMAN M., *Martin Buber's Life and Work*. Detroit, Wayne State University Press, 1988, pp. 41-42.

muestra de confianza y porque me ofrece una espléndida oportunidad de trabajo”»². Tal ocupación no le dura mucho debido al rechazo de Herzl a fomentar las actividades culturales entre los jóvenes judíos. Los primeros esfuerzos de Buber se centran en la lucha por el impulso cultural influenciado por Ahad Haam. No obstante, las barreras que se le ponen a sus actividades, por parte de quienes no entreveían valor al aspecto de la educación dentro de la formación de Israel, acaban por generar que abandone la Organización Sionista para dedicarse a ahondar en mayor medida dentro de la cultura judía. En 1904, ante la muerte de Herzl, abandona el movimiento y se dedica a la investigación del hasidismo, lo que le ocasiona algunas críticas. No obstante, no desiste de reflexionar sobre los acontecimientos importantes en el desarrollo del sionismo y volverá a participar activamente en el debate para la formación del Estado Judío. En 1909 pronuncia sus *Discursos sobre el judaísmo* dentro del círculo de universitarios *Bar Kochba*. En 1916 funda la Comisión rectora para la cultura judía y crea la revista *Der Jude*, donde opinará activamente sobre los acontecimientos relevantes del sionismo³. En 1921 participa en el XII Congreso Sionista, en el cual advierte sobre los peligros del nacionalismo y propone un Estado binacional en Palestina. Ese mismo año funda la Sociedad Judía para el entendimiento internacional. En 1925 participa en la constitución de la Alianza por la Paz (*Brit Shalom*). En octubre de 1929 pronuncia un discurso que más tarde transcribirá con el título «El hogar nacional y la política nacional en Eretz Israel» Igualmente, dentro de su deseo de renovar lazos entre el pueblo y la tradición escribe en los años treinta *Platón e Isaías* y *Cinco líderes Bíblicos*. Una vez en Jerusalén se une al grupo Ichud, que pretendía la convivencia judeo-árabe. También en este periodo escribe entre otros muchos los siguientes ensayos *El camino binacional hacia el sionismo* en 1947, *La misión de Israel* y *Sión* de 1957 e *Israel en el medio oriente y el mandato del espíritu* de 1958.

Hasta 1904, el sionismo de Buber está marcado con las manifestaciones de su maestro Ahad Haam. Será, tras el retiro en el estudio del hasidismo, cuando se desmarque y configure un concepto propio, en cuanto a la formación de Israel y las funciones de los sionistas. «Cuando en 1913 un grupo de amigos habló de fundar un colegio judío de estudios avanzados –proyecto que se frustró por la Primera Guerra Mundial–, el tomar conciencia de este hecho me llevó a definir al espíritu requerido para dirigir un programa de éste tipo como *humanismo hebreo*»⁴. Con el término «humanismo hebreo» Buber sustituye el concepto «renacimiento judío» que usaban los sionistas culturales, en un intento por resaltar la importancia de la humanidad en la

² *Ibid.*, p. 54.

³ *Ibid.*, p. 25

⁴ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad*. Buenos Aires, Ed. Porteñas, Departamento de Cultura de AMIA, 1978, p. 95.

idea de la renovación de la persona y de la comunidad. Pretende resaltar lo humano, la *humanitas*, en detrimento de lo inhumano, tan presente durante su época. «Los que pueden llamarse verdaderos seres humanos están en peligro de deslizarse una y otra vez hacia lo inhumano»⁵. El restablecer o renovar no se refiere a unas circunstancias externas, sino que ese retornar se dirige a recibir una forma de vida del pasado donde se hallaba presente el principio humano. Buber buscará captar la esencia o el espíritu del pueblo de Israel, la cual se encuentra difuminada. «Aquel espíritu que nos hizo tal como somos⁶», manifiesta. Por otro lado, las fuentes en las que debían buscar ese espíritu perdido son los textos bíblicos. De ahí el uso del término hebreo. Ante el advenimiento del régimen nazi, Buber añadió aún una palabra más a su concepto. Lo llamó *humanismo hebreo bíblico*. Pretendía resaltar la importancia de la Biblia. Así escribe: «La *humanitas* que emana desde este libro, hoy como lo ha hecho siempre, es la unidad de la vida humana»⁷. El humanismo hebreo requiere el cambio de la totalidad de la vida, la interior y la exterior, la de la comunidad y la del individuo. «El pensamiento sionista en su forma actual no ha podido compenetrarse con el principio que dice que la transformación de la vida debe emerger de la vuelta al origen de nuestra naturaleza. Es verdad que todo sionista que piensa se da cuenta de que nuestro carácter está distorsionado en muchas formas, que estamos fuera de foco y que esperamos que la nueva vida en nuestra propia tierra, la ligazón a la tierra y a nuestro trabajo nos restablezcan y nos integren de nuevo. Pero lo que muchos pasan por alto es que los poderes que se liberan a través de este renovado lazo con la tierra, no son suficientes para lograr una transformación real y completa»⁸. El *humanismo hebreo bíblico* tendrá como modelo ideal el hombre bíblico que es capaz de ver en el judaísmo su singularidad: la unión de un pueblo y una religión. A través de esta peculiaridad reconocer las responsabilidades que se sus traen de la misma. Ante los hechos que se suceden bajo el sionismo político, Buber afirma con nostalgia: «Queda para nuestro tiempo la separación del pueblo judío y de la comunidad religiosa que estaban fusionados desde los comienzos más remotos, para restablecer a cada uno como unidad independiente, una nación igual que otras, una religión igual que otras. Gracias al trabajo sin paralelo en Palestina, la nación está en franco ascenso. La religión, sin embargo, está en un empinado descenso, porque ya no es un poder que determina la totalidad de la vida»⁹. En virtud de la posición humanística que defiende Martin Buber, parece incuestionable que no está a favor de aquellos que ven la nación judía como la culminación del problema judío. Las

⁵ *Ibid.*, pp. 96-97.

⁶ *Ibid.*, p. 101.

⁷ *Ibid.*, p. 102.

⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁹ *Ibid.*, pp. 108-109.

divergencias con el sionismo político de Herzl aparecen en los primeros años de actividades sionistas. Pronto muestra su rechazo a un sionismo que sólo atiende a la idea de una nación como único fin, es decir, convierta el Estado Judío en un Estado entre el resto de Estados, obviando su singularidad. Para Buber el sionismo debe conllevar el resurgir de una espiritualidad perdida. Cuando este sentimiento se pierde ya no es sionismo lo que se encuentra, sino nacionalismo descarnado. «*Sión* es mucho más grande que un pedazo de tierra en el Cercano Oriente, o un estado judío en ese pedazo de tierra. *Sión* implica una memoria, una exigencia, una misión»¹⁰. Su sionismo, influenciado por el humanismo hebreo apela a una recuperación de los valores religiosos, no como un conjunto de rituales, sino como un factor indispensable en el renacer del judaísmo. Piensa que la negación de la tradición religiosa haría imposible la realización material del Estado de Israel, porque éste no es sólo un pueblo; es también una religión. Ambos constituyen al judío verdadero; es un miembro de un pueblo y de una religión, aun cuando no practique ritos y siga una vida religiosa.

2. CONCEPCIONES POLÍTICAS EN BUBER

Su formación universitaria (estudió Filosofía, Germanística, Historia del Arte y Psicología) se desarrolló en Viena, Leipzig, Zürich y mayormente en Berlín. Él no era ciudadano alemán, sino austríaco. Después de la Primera Guerra Mundial, cuando cuenta ya con cierto prestigio internacional, consigue la nacionalidad alemana. Sus primeros acercamientos a la política fueron de la mano del sionismo, convertido en movimiento político a finales del siglo XIX. Habiéndose hecho ya referencia a su concepción de cómo debería realizarse el sionismo bajo el prisma del humanismo hebreo, en adelante se prestará atención a los escritos de Buber acerca del nacionalismo, el individualismo, el colectivismo, la comunidad y el socialismo.

2.1 El Nacionalismo

En los años en los que se afilia al movimiento sionista, Buber acepta la necesidad de la nación judía para realizarse personalmente, y consecuentemente traslada esa percepción suya al resto de los judíos. Tal como recoge Iehosúa Amir en su escrito *El ideario nacional de Martin Buber*, «Él necesitaba de su nacionalidad judía para la integridad de su alma»¹¹. Como hemos visto, se distancia del activismo político desde un primer momento, para consagrarse a acciones creativas,

¹⁰ *Ibid.*, p. 282.

¹¹ *Ibid.*, p. 14.

tales como el estudio de la mística judía, en concreto el hasidismo. Así lo apunta Samuel Hugo Bergman en su ensayo *Martín Buber. La vida como diálogo*: «[Buber] esperaba el renacimiento de la cultura judía más que el renacimiento político del pueblo judío, como la última meta del movimiento sionista»¹². En 1901 lo vemos dentro de la redacción del semanario sionista *El Mundo*, en 1902 entre los fundadores de la Editorial Judía en Berlín y en 1903 preparando la redacción de la publicación mensual *El Judío*¹³. De ahí su interés por la renovación cultural de su «pueblo», que bajo la figura de Ahad Haam preconizaba «el renacimiento judío», y más adelante su crítica al liberalismo nacional mediante el uso del concepto de «humanismo hebreo», apuntado anteriormente.

El paso por el hasidismo le marca profundamente. Desde 1904 a 1909 se dedica al estudio del fenómeno hasídico, abandonando las actividades dentro del movimiento sionista. Por un lado, siente la fuerza creadora de la mística judía y por otro la del nacionalismo. Trata, entonces, de incorporar el «sentimiento de diálogo con el mundo» del *hombre hasídico* en su búsqueda de alcanzar a Dios, a sus tesis acerca de la nación y del nacionalismo. La religión permite al pueblo judío ese diálogo, llevándole a afirmar que la nación sin religión no es nación, de igual forma que la religión sin nación no es religión. Esta conclusión no es baladí. Tenía mucha importancia en un contexto en el que una parte de la sociedad judía se afirmaba como pueblo único y reivindicaba su nacionalidad, mientras otro segmento ignoraba lo anterior, considerándose tan sólo una religión. Buber se muestra a favor de la creación de una estructura nacional, pero nunca alejada del centro de la religiosidad que le señale un destino y mantenga la cohesión de la comunidad en cuanto a unas convicciones. Tal como manifiesta Iehosúa Amir, «Buber vio en la unidad entre “pueblo” y “religión”, que no se conservó sino en el pueblo judío exclusivamente, no ya el residuo caduco de un pasado remoto, sino justamente lo peculiar judío, en virtud del cual tanto el concepto de pueblo como el de religión, tal como se los concibe en nuestro mundo, podrían adquirir un sentido más auténtico aún»¹⁴. En 1921, en el XII Congreso Sionista en California, Buber pronunció un discurso bajo el título de «El Nacionalismo», posteriormente recogido en sus escritos *El nacionalismo legítimo y sus formas espurias* y *Acerca de la idea nacional*¹⁵. En ellos se muestran sus reflexiones acerca del pueblo, la nación y el nacionalismo que se analizarán más adelante. En 1923 con la publicación de su obra más famosa *Yo y Tú*, Buber sintetiza sus concepciones acerca de las relaciones de las personas afirmando que «para el ser

¹² BUBER, M., *El Humanismo Hebreo y nuestro tiempo*, op. cit., p. 12.

¹³ DÍAZ, CARLOS, *Martín BUBER*, op. cit., pp. 22-23.

¹⁴ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad*, op. cit., pp. 18-19.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 37-71

humano el mundo es doble, según su propia actitud ante él»¹⁶. La diferenciación entre una relación donde se instrumentaliza lo que se aparece reduciéndose a objeto y la relación Yo-Tú se verá también en el ámbito de sus concepciones sobre el nacionalismo. Buber verá la formación del pueblo y de la nación a partir de un diálogo, a través del tiempo y del espacio, que mantiene a las partes dueñas de sí mismas, tal como se requiere en la relación Yo-Tú. No hay objetivación, en el sentido de que nadie domina ni utiliza al otro.

Antes de abordar el tema del nacionalismo, Buber se interroga previamente sobre la definición del pueblo y de la nación. Lo primordial en el pueblo no es el contenido, es decir, las personas que lo forman sino en función de qué, esos seres humanos se unen. El concepto del pueblo para Buber va ligado a la unidad de destino. «Siempre un pueblo se constituye a partir de una unidad de destino»¹⁷. Iehosúa Amir ve en el pueblo de Buber «el cuerpo social natural que ha sido templado no forzosamente por medio de la raza, pero sí forzosamente por medio del destino, en una unidad orgánica»¹⁸. El pueblo es una sustancia viva reunida en torno a una unidad de destino que modela a multitudes de seres humanos. Sobrevive mediante la propagación de la especie (factor físico) y por el recuerdo (factor espiritual). Se constituye un ente físico y espiritual que prolonga su existencia. La memoria orgánica colectiva se transmite de generación en generación, revelando una estructura de experiencias, de idioma, de formas de vida, de tradiciones, etc. Es una entidad biológica independiente de sus miembros que a la vez que incide en la formación de los mismos es influenciada por sus decisiones. En este sentido Buber manifiesta que «existe [el pueblo] biológicamente, sin que podamos captarlo como una categoría biológica. Aquí se unen la historia y la biología, de manera especial»¹⁹.

En la medida en que un pueblo toma conciencia sobre su singularidad (sus diferencias) y la acepta como fundamento de su existencia, se constituye en una nación. Su estar-en-el-mundo difiere del resto de naciones. «Para Buber, un pueblo, que se constituye por la vivencia de un destino común que le hace sentirse como perteneciente a una comunidad, pasa a ser una nación cuando es consciente de sus caracteres específicos en relación con los otros pueblos»²⁰. Nos muestra la evolución de pueblo a nación con la siguiente analogía: «El ser un pueblo puede compararse con tener buena vista; el ser nación, a tomar conciencia de lo qué es la visión y de cómo funciona»²¹. El carácter espe-

¹⁶ BUBER M.: *Yo y Tu*, op. cit., p. 11.

¹⁷ *Ibid.*, p. 40.

¹⁸ *Ibid.*, p. 31.

¹⁹ *Ibid.*, p. 41.

²⁰ LÓPEZ CAMBRONERO, M., *Nacionalismo y comunidad en Martin Buber. Una propuesta (olvidada) para la paz en Oriente Medio*: Diálogo filosófico, núm. 61, 2005, p. 58.

²¹ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad*, op. cit., p. 63.

cífico de la nacionalidad consiste en la conciencia de su propio destino resultando afectadas tanto sus relaciones internas como externas. ¿Qué es lo que genera que en un determinado momento se adquiriera tal conocimiento? Nuestro autor responde: «lo que determina y da forma a una nación es un cambio interno en el status adquirido, un cambio profundo en el modo como un pueblo se concibe a sí mismo»²². La alteración entre la relación de los miembros posibilita el entendimiento por parte de los mismos de la circunstancia que los conformó como pueblo. El concepto nación implica la cohesión interna fundamentada en una diferencia consciente y activa, es decir, comprendida y aceptada. «El pueblo percibe lo específico de su estructura poniéndolo en actividad y limitándose de este modo hacia lo exterior.»²³.

Ya se ha mencionado a lo largo del artículo la relación de Buber con el nacionalismo judío. No obstante en años posteriores sufrirá los efectos de otro nacionalismo. En 1933 Hitler toma el poder en Alemania y los judíos son expulsados de las escuelas. Ese mismo año es nombrado director de la Oficina Central para la Educación de Adultos Judíos. Pronto sufrirá dos hechos dramáticos: le prohíben la enseñanza y muere su padre. El giro político producido en Europa le lleva a plantearse emigrar a Palestina y en 1936 consigue una plaza como profesor de «Filosofía Social» en la Universidad Hebrea de Jerusalén, la cual ocupará en 1938. La «noche de los cristales rotos» le sorprende en Palestina. No volverá a Alemania hasta 1953. Antes de ser testigo del ascenso del nazismo, Buber ya advertía sobre los peligros que entrañaban cierto tipo de nacionalismos. En 1921 pronunciaba las siguientes palabras: «El pueblo es un fenómeno de vida, mientras la nación es un fenómeno de conciencia, y el nacionalismo es un fenómeno de conciencia exagerada»²⁴. La conciencia nacional llevada hasta extremos totalmente exagerados es lo que configura la esencia del nacionalismo. «El nacionalismo se origina cuando la vida de la nación no se desarrolla normalmente, algo no deseable pero bastante frecuente en la historia de los pueblos, lo mismo que existen tensiones entre centro y periferia y en cada ser humano»²⁵. Buber afirma que «el nacionalismo es, en el fondo, la conciencia de que algo falta, de una enfermedad, o dolencia»²⁶. El nacionalismo invoca un defecto en la conciencia nacional. No hay una relación adecuada entre el hecho que dio vida al pueblo y la idea que constituyó la nación. Como consecuencia de lo anterior se genera una sensación de ruptura que precisa de una reparación. Éste es el propósito del nacionalismo, «surge como un movimiento, como un programa que trata de curar la enfermedad»²⁷.

²² *Ibid.*, p. 41.

²³ *Ibid.*, p. 41.

²⁴ *Ibid.*, p. 42.

²⁵ DÍAZ, C., *El humanismo hebreo de Martin Buber*, op. cit., p. 33.

²⁶ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad*, op. cit., p. 62.

²⁷ DÍAZ, C., *El humanismo hebreo de Martin Buber*, op. cit., p. 33.

El nacionalismo que Buber define como conciencia exagerada es una reacción ante la presencia de una situación especial dentro de la configuración de la vida nacional normal que puede conducir a dos situaciones diferentes: «O bien se supera a través de una reacción saludable que viene a reparar la herida sangrante, o bien el nacionalismo se enquistaba en el alma del pueblo sustituyendo a la vida creativa de la nación por una creciente sensación de vivir una existencia en el seno de un destino injusto e impuesto»²⁸. Es así como distingue entre un nacionalismo ilegítimo, falso, arbitrario o espurio de aquél que es legítimo.

Bajo el concepto de nacionalismo ilegítimo identifica esa exageración de la conciencia que sustituye la vida espontánea de la nación para colocarse a sí misma como lo cotidiano. «El nacionalismo se coloca a sí mismo como principio determinante, es decir, se extiende más allá del límite de su función, se hace independiente y empuja y desplaza mediante su exagerada conciencia a todo lo que sea vida espontánea en el pueblo.»²⁹ Estamos ante un nacionalismo que se percibe como fin en vez de como medio. En consecuencia, al entenderse como un resultado o una finalidad cumplida tiende a prolongarse como la situación normal de la nación. Esto pone en peligro la vida de la nación y de aquellos que viven en ella. «De no extinguirse entonces acarreará una desgracia. Porque una sensibilidad desmedida ante un problema nacional, estando, como lo está, justificada en horas de crisis, reduce la conciencia de la nación afectada, y borra de ella toda humanidad»³⁰. Así junto a la característica primordial del nacionalismo ilegítimo de considerar la nación como absoluto que justifica todos los medios, vemos también una intención por su parte de constituirse por tiempo indefinido. Buber vaticina: «El nacionalismo moderno está en peligro constante de deslizarse hacia la *histeria de poder*, que desintegra la responsabilidad de discriminar líneas de demarcación»³¹. Otro rasgo del nacionalismo que Buber quiere prevenir, es su «voluntad de poder» enfrentada al poder creativo. «Este seudonacionalismo desea imponerse sobre otros grupos de pueblos, y entonces la humanidad toda está en peligro»³² porque «el nacionalismo que entusiasma al pueblo y lo conduce a la lucha por su liberación [...] se vuelve opresor de otros pueblos»³³. El nacionalismo surge por una serie de hechos negativos dentro de la vida nacional. Empero, ello no implica que el nacionalismo sea un error sino que su propósito es sanear la vida nacional a través de una exaltación de los valores singulares. A la hora de fijar la frontera, Buber afirma: «el patrón con el cual se determinan

²⁸ LÓPEZ CAMBRONERO, M., pp. 58-59.

²⁹ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad*, op. cit., pp. 42-43.

³⁰ IEHOSÚA AMIR: op. cit., p. 31.

³¹ BUBER, M.: *Sionismo y Universalidad*, op. cit., p. 60.

³² DIAZ, C., *El humanismo hebreo de Martin Buber*, op. cit., p. 33.

³³ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad*, op. cit., p. 43.

los límites, no puede el nacionalismo producirlo por sí mismo, extraerlo de su propio seno; no puede obtenerlo de otra fuente sino de la conciencia y la *responsabilidad supra-nacionales de la nación*»³⁴.

En una primera acepción tomar conciencia de los límites del nacionalismo es incompatible con la idea de una nación por encima de las demás, que no debe responder de sus acciones ante nadie. Buber manifiesta para diferenciar cuando un nacionalismo sobrepasa los límites exigidos, «quien considera a la patria como el principio supremo, como la realidad última, como el juez final, y no reconoce que más allá de todos los incontables y variados pueblos, hay una autoridad, nombrada o no, hacia la cual tanto las comunidades como los individuos deben rendir cuentas de sí mismos, no podrán saber como delimitar esta distinción, aunque lo intentaran»³⁵. Ante este texto, López Cambronero señala que las obligaciones que trascienden las naciones, es decir la responsabilidad supranacional, el límite que separa el nacionalismo legítimo del arbitrario, se identifica con Dios. «Más allá de la nación se encuentra Dios, que se sirve de los diferentes pueblos como ayuda a su labor, a través de las posibilidades que muestran sus diferentes destinos»³⁶. No obstante, Iehosúa Amir entiende que al referirse a «una autoridad, nombrada o no» (autoridad explícita o anónima) Buber no deja del todo claro si también un ideal humanista o un socialismo internacional podrían constituir esa responsabilidad supranacional. «Autoridad explícita o anónima dice Buber, dejando abierta una alternativa que reclama aliados incluso entre aquellos que no se adhieran a los fundamentos de su fe. Para Buber mismo la cuestión no puede quedar abierta, y por supuesto que tampoco puede consentir en que el nombre del Uno eterno sea heredado por un concepto cualquiera no absoluto. Pero en el momento en que solicita un lenguaje común se muestra dispuesto a dejar la cuestión abierta»³⁷. Frente a lo anterior, Buber dice: «Los pueblos pueden ser considerados: o como medios o como fines en sí mismos, y también pueden considerarse a sí mismos bajo esos dos aspectos»³⁸. Esta última posibilidad viene a significar que la parte orgánica del pueblo debe entenderse siempre como un elemento «material moldeable, con el cual se construye la humanidad y con ese mismo material se podrá construir una humanidad más unificada, más consolidada, más agradable»³⁹, mientras que el elemento espiritual de la nación debe comprenderse como finalidad. Por un lado, el nacionalismo debe aceptar que la nación está basada en una unidad de destino particular. Tiene una singular función dentro de la humanidad que debe ser preservada. Por otro lado, el nacionalismo

³⁴ *Ibid.*, p. 44.

³⁵ *Ibid.*, p. 65.

³⁶ LÓPEZ CAMBRONERO, M., *op. cit.*, pp. 58-59.

³⁷ IEHOSÚA AMIR., *op. cit.*, p. 33.

³⁸ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad, op. cit.*, p. 65

³⁹ *Ibid.*, p. 44.

está condicionado por lo meta nacional, por «una estructura superior»⁴⁰. En 1942, Buber escribe el ensayo *El pueblo y el líder*, en el cual analiza las figuras de Mussolini y Hitler, apuntando el peligro de un líder que no cuenta con un maestro. «Un liderazgo carente de ley y de escrúpulos ha triunfado y trata de destruir nuestro mundo, es decir, todo aquello que para nosotros constituye el ser humano, sus valores, todo aquello que hace que la vida merezca ser vivida.»⁴¹. En el respeto de un conjunto de normas que sobrepasan a la nación influye la relación de la misma con la tradición, a lo que Buber escribe: «Los movimientos nacionales pueden tener tres relaciones posibles con la tradición. La primera es positiva; los adherentes al movimiento abren sus corazones a la marea de elementos [...]. La segunda forma de relación es negativa; el impacto de la tradición antigua se evita. [...] Se podría llamar al tercer enfoque, el falso [...]. Por un lado, se vanaglorian de su tradición, por otro lado, no creen en ella. La enseñan en el colegio, pero no para integrarla seriamente dentro de la vida actual. Únicamente les parece necesario “poseerla”. Desgraciadamente, la relación de nuestro movimiento nacional con la tradición es principalmente una mezcla de la segunda de la segunda y la tercera»⁴². En este párrafo volvemos a constatar lo alejado que se encuentra el nacionalismo que ejemplifica el sionismo y el que propone Buber.

2.2 Entre el Individualismo y el Colectivismo: La Comunidad

Toda la obra de Buber se encuentra impregnada de su sistema dialógico expuesto principalmente en los libros *Yo y Tú (Ich und Du)*, de 1923; *En la educación (Über das Erziehische)* de 1926; *Diálogo. Tratado sobre la vida dialógica (Zwiesprache. Traktat vom dialogischen Leben)*, de 1929; *La Pregunta al genuino (Die Frage an den Einzelnen)* de 1936 *¿Qué es el hombre? (Das Problem des Menschen)*, de 1942, *Distancia y Relación (Urdistanz und Beziehung)*, de 1950 y *Elemento de lo interhumano (Elemente des Zwischenmenschlichen)*, de 1954. «Tal vez la mayor atención prestada al pensamiento y a la obra de Buber haya estado dirigida, hasta no hace mucho, principalmente a su vertiente existencialista, o sea, a su defensa del hombre singular y a su temática de la relación Yo-Tú»⁴³. En efecto, la aportación de Buber sobre el estudio del ser humano a través de la relación y no de la experiencia ha sido ampliamente tratada. Por ejemplo, el mismo Diego Sánchez Meca en su libro *Martin Buber: fundamento existencial de la comunicación*⁴⁴ o Julio de la Vega-Hazas Ramírez,

⁴⁰ *Ibid.*, p. 66.

⁴¹ *Ibid.*, p. 131.

⁴² *Ibid.*, pp. 125-126.

⁴³ SÁNCHEZ MECA, D., *Martin Buber (1878-1965)*, op. cit., 14.

⁴⁴ Cfr. SÁNCHEZ MECA, D., *Martin Buber: fundamento existencial de la comunicación*, Barcelona, Herder, 1984.

que plantea algunos puntos débiles en el sistema dialógico. «Una primera objeción que se puede formular a las ideas de Buber es que este esquema dialógico exige una cierta igualdad de condición entre los dialogantes. Ya Aristóteles había afirmado que la amistad sólo se puede dar entre semejantes. [...]. Pero no se trata sólo de que se afirme ese diálogo, sino que aquí se utiliza éste como la única vía de ascenso a Dios. Y este diálogo, de por sí postula una reciprocidad que coloca a Dios a la altura humana, lo cual significa, se quiera o no, una noción de Dios rebajada»⁴⁵.

Volviendo sobre el tema, hemos visto que en cierta forma las nociones de Buber respecto al nacionalismo están muy influenciadas por el rumbo del sionismo y también en parte por su filosofía del diálogo. La repercusión del sistema dialógico se hará notar más en sus análisis del individualismo y el colectivismo. El ascenso del totalitarismo nazi le afectará mucho y se mostrará en sus escritos la crítica a los movimientos colectivistas, lo que en un primer término le hará reflexionar acerca del individualismo y en último lugar encontrar un concepto que se adecue a su pensamiento de cómo debe organizarse la humanidad. En su obra *Yo y Tú*, se plantea las siguientes cuestiones: «¿la grandeza imaginativa del estadista dirigente y del economista dirigente no va precisamente unida a que no ve como portadores del Tú inexperimentable a los seres humanos con los que tiene que tratar, sino como centros operacionales y tendenciales que hay que evaluar y utilizar según sus particulares aptitudes? ¿No se derrumbaría su mundo sobre él si en vez de añadir Él+Él+Él en orden a un Ello, intentara hacer la suma de Tú y Tú y Tú, de donde nunca resulta algo que no sea de nuevo un Tú? ¿La evolución misma en la forma moderna del trabajo y en la forma moderna de la posesión no han borrado casi todo rastro de vida recíproca, de relación plena de sentido?»⁴⁶. Distingue entre la persona que se relaciona bajo los parámetros de la relación Yo-Tú y el individuo que va unido a la palabra primordial Yo-Ello. «Ningún ser humano es pura persona, ningún ser individual puro, ninguno completamente real, ninguno completamente irreal. Cada uno vive en un Yo doble. Pero hay seres humanos tan marcadamente personales, que podría denominárseles personas, y otros tan marcadamente individuales, que podría denominárseles seres individuales»⁴⁷. Los avances de la técnica generan en nuestro autor desconfianza en cuanto al futuro de la humanidad. «“El hombre está en un creciente determinismo sociológico”, escribe Buber. En las esferas de su existencia con la técnica, economía y política se encuentra “en las garras de incomprensibles poderes” que pisotean una y otra vez todos los propósitos humanos. El despropósito de la vida moderna se manifiesta

⁴⁵ DE LA VEGA-HAZAS, Julio, *Martin Buber: «Filosofía dialógica y teología natural»*. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, núm. 21, 2004, p. 68.

⁴⁶ BUBER M., *Yo y Tú*, op. cit., 47.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 59.

también en el culto a la libertad del propio bien. Esta enfermedad del hombre moderno se percibe con mayor claridad en el individualismo y el nacionalismo que hacen de sí mismos finalidad y poder»⁴⁸. No sólo las relaciones entre las personas se ven perjudicadas, sino que, también la relación de los seres humanos con el mundo que les rodea sufre una transformación. La técnica, la economía y la política que el ser humano ha inventado se le escapan de su comprensión y se sitúan por encima de la persona misma. «Podríamos calificar esta peculiaridad de la crisis contemporánea como el regazo del hombre tras sus obras. Es incapaz de dominar el mundo que ha creado»⁴⁹. Esta idea también la encontramos anunciada en *Yo y Tú*: «Y en ese instante mientras hablas puedes oír como yo que la maquinaria de la economía comienza a zumbar de forma insólita; los maestros de obra se ríen de ti deliberadamente, pero la muerte se asienta en sus corazones. Ellos te dicen que adaptarían la máquina a las circunstancias, pero tú observas que en adelante sólo podrán adaptarse a la maquinaria en la medida en que ella lo permita»⁵⁰. El individualismo fomenta la glorificación de la propia individualidad puesta en contraposición a las demás. Pero esto es tan sólo una ficción que se muestra inútil en la medida en que se produce el encuentro con el otro. El ser humano no puede ser definido como un objeto aislado. Su comprensión pasa por identificarlo como un sujeto relacional⁵¹, debe partirse de una persona humana que se relaciona con otras. Buber nos recuerda que: «El hecho fundamental de la existencia humana es el hombre con el hombre»⁵². E igualmente «A través de las relaciones entre los individuos se crean nuevos valores y hechos psíquicos que no son asequibles a los individuos aislados»⁵³. Las personas separadas las unas de las otras por barreras de prejuicios no pueden acceder a su verdadera naturaleza. «El individualismo no abarca más que una parte del hombre [...] El individualismo no ve al hombre más que como la relación consigo mismo»⁵⁴.

Los mismos sentimientos críticos tiene Buber hacia el colectivismo. En 1929 en su libro *Diálogo. Tratado sobre la vida dialógica*, escribe: «La colectividad no es vínculo, sino manójo: empaqueta individuo con individuo, conjuntamente aparejados, conjuntamente ajustados, y entonces de hombre a hombre sólo hay tanta vida como la que marca el paso de marcha»⁵⁵. Esto le conduce a discrepar de ambos conceptos tratándolos como un mismo fenómeno. «A pesar de la aparen-

⁴⁸ FRIEDMAN, Maurice, *Martin Buber: The life of dialogue*. Routledge, 2002, p. 17.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 77.

⁵⁰ BUBER, Martin, *Yo y Tú: op. cit.*, p. 47.

⁵¹ DIAZ, Carlos, *¿Qué es el personalismo?* Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2005, pp. 81-93.

⁵² BUBER, Martin, *¿Qué es el Hombre?* *op. cit.*, p. 146.

⁵³ FRIEDMAN, Maurice, *Martin Buber: Life and Work, op. cit.*, p. 234.

⁵⁴ BUBER, Martin, *¿Qué es el Hombre?*, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁵ BUBER, Martin, *Diálogo y otros ensayos*. Barcelona, Riepiedras, 1997, p. 56.

te oposición, el individualismo y el colectivismo son realmente similares en que ninguno conoce la verdadera totalidad de la persona o la verdadera responsabilidad. El individualista exterioriza la propia voluntad y, en consecuencia, está completamente definido y condicionado por las circunstancias. El colectivista se comporta conforme a la colectividad y por ello pierde la habilidad de percibir y responder desde las profundidades de su ser. Ninguno puede lograr una relación genuina con los otros, en el individualismo y en el colectivismo no puede existir una persona genuina, y únicamente se puede dar una relación genuina entre personas genuinas»⁵⁶. El rechazo de Buber hacia ambas formas de vida humana se recoge esquemáticamente en los libros *La pregunta al genuino* y *¿Qué es el hombre?* En ambos parte del individualismo existencialista de Sören Kierkegaard en el camino para encontrar a la persona genuina y en definitiva para contestar a la pregunta sobre la condición de la persona. El primero de los libros, escrito en Alemania bajo la presión del sistema nazi, supone una crítica al régimen hitleriano y a todos aquellos que defendían el colectivismo. «Contra la posición aquí bosquejada del genuino en su responsabilidad tenía que alzarse esa otra intuición pujante en nuestra época, para la cual últimamente sólo son reales los entes objetivos o, más precisamente los colectivos frente a los cuales a las personas se les atribuye significación en cuanto que meros engranajes o instrumentos suyos»⁵⁷. Y un poco más adelante aclara: «La persona está puesta en cuestión por haber sido colectivizada»⁵⁸. El colectivismo tratará de superar el sentimiento de carencia en la vida del ser humano mediante la confusión de las masas. La responsabilidad individual se difumina en la responsabilidad colectiva. «El colectivismo supone un gran peligro para el mundo moderno. Ya sea en forma de totalitarismo o de pertenencia a partidos políticos representa el deseo de esta generación de sustituir la espontánea exigencia de la responsabilidad personal, por la rígida protección como miembro de un grupo. La intoxicación de libertad de la última generación ha sido seguida de la locura por la esclavitud de la presente; la falsedad de la intoxicación ha sido precedida por la falsedad de la histeria»⁵⁹. La falta de libertad verdadera dentro de los colectivismos es patente. «Por todas partes vemos hoy a multitudes y multitudes de gentes que han caído bajo la esclavitud de colectivos, cada uno de los cuales constituye la instancia suprema para sus siervos; ya no existe por encima de los colectivos ninguna soberanía universal en la idea, en la fe, en el espíritu»⁶⁰. Las relaciones se suceden dentro del movimiento bajo la tutela de unos parámetros ya marcados. El grupo es un fin en sí. «A fin de que el ser humano

⁵⁶ FRIEDMAN M., *Martin Buber: Life and Work*, op. cit., pp. 146-147.

⁵⁷ BUBER, Martín, *El camino del ser humano y otros escritos*, op. cit., p. 107.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 115.

⁵⁹ FRIEDMAN M., *Martin Buber: the life of dialogue*: op. cit. p. 147.

⁶⁰ BUBER, Martín, *El camino del ser humano y otros escritos*, op. cit., p. 44.

no se pierda son necesarias personas que no estén colectivizadas y verdad que no esté politizada»⁶¹. Al colectivismo no le interesan personas con identidad propia sino individuos idénticos. Los seres humanos no son comprendidos como tales. Si ahora encontramos relaciones entre las personas lo que falta son que estas relaciones sean entre seres humanos genuinos, es decir, entre personas con diferencias.

«Buber rechaza firmemente las teorías sociales tanto del individualismo como del colectivismo. El individualismo yerra al suponer que el individuo puede ser el testimonio principal de la existencia humana: la sociedad no resulta de la simple adición de individuos aislados, no relacionados. El colectivismo yerra porque el individuo no es la simple abstracción de la colectividad [...] El dato fundamental de la existencia humana no es ni el individuo ni el grupo sino la relación de un hombre con otro u otros. “Al principio es la relación”. Toda vida real es diálogo, encuentro»⁶². Como antítesis destaca las virtudes de la comunidad: «La comunidad no es una asociación mecánica de individuos aislados en búsqueda de sí mismos; una auténtica comunidad, en oposición a la mera colectividad, es el lugar en el que se realiza lo divino en las relaciones vivientes de los hombres»⁶³. Para establecer la verdadera comunidad el hombre debe rebelarse contra la ilusión del colectivismo moderno: debe rescatar su personalidad de la dominación del colectivo. El primer paso será romper con la falsa alternativa de nuestra época –el individualismo y el colectivismo. En este punto, es necesaria la comprensión de que el hecho fundamental de la existencia humana es el hombre con el hombre. Este conocimiento solamente puede lograrse a través del compromiso personal de entrar con todo su ser en el diálogo. La cuestión central del destino de la humanidad, por tanto, es el renacimiento del diálogo. ¿Pero dónde se encuentra el diálogo y por tanto la comunidad genuina? Buber contesta: «Más allá de lo subjetivo, más acá de lo objetivo, en el “filo agudo” en el que el “yo” y el “tú” se encuentran»⁶⁴. La auténtica comunidad por la que aboga se encuentra en la esfera del «entre». En el estrecho desfilaro de los opuestos en el que vivía. Él mismo señala «Como mi manera de pensar sobre las cosas supremas había sufrido un giro radical durante la Primera Guerra Mundial, solía decirles a mis amigos, para darles a entender mi nueva situación, que me hallaba colocado sobre una «delgada arista». Quería decir con ello que no me paseaba sobre la ancha meseta de un sistema que comprende toda una serie de proposiciones sobre lo Absoluto, sino que me sostenía en una biselada escarpa que se erguía sobre el abismo, sin poseer seguridad alguna de un saber expresable en proposiciones pero sí teniendo la certeza del

⁶¹ *Ibid.*, p. 117.

⁶² BERGMAN, Samuel, «Martin Buber. La vida como diálogo», en BUBER Martin, *El Humanismo Hebreo y nuestro tiempo*, op. cit., p. 21.

⁶³ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁴ BUBER, M., *¿Qué es el hombre?*, op. cit., p. 149.

encuentro con lo permanente oculto»⁶⁵. En la lectura de sus escritos son comunes los contrarios: Yo-Tú o Yo-Ello, principio social o principio político, persona o individuo, relación o experiencia, etc. «Los opuestos a ambos lados de la delgada arista solían convertirse en simbólicos para Buber: suponían la evasión de la exigencia de la situación concreta a través de un tipo u otro de abstracción-psicologismo, historicismo, magia, gnosis, individualismo contra colectivismo, libertad contra disciplina»⁶⁶.

En las comunidades genuinas entre personas genuinas el elemento interhumano está vivo. Este concepto será desarrollado específicamente por Buber en *Elemento de lo interhumano* de 1954, aunque viene a sintetizar lo que ya había mantenido en otros escritos. «Lo interhumano no depende sino de que cada uno de los hombres experimente al Otro como otro determinado y de que cada uno de ellos se cuide del Otro, y justamente por ello se comporte ante él de tal modo que no lo considere ni trate como si fuese un objeto, sino como compañero en un acontecimiento vital, aunque sólo sea en un combate de boxeo. Esto es lo decisivo: el no ser objeto»⁶⁷. De esta forma, Buber reivindica la relación Yo-Tú sobre la que pueden resaltarse las siguientes peculiaridades, *ex* Pedro Laín Entralgo: A) La relación Yo-Ello se manifiesta primariamente como experiencia y posesión de algo, mientras que la relación Yo-Tú se manifiesta como encuentro. B) La palabra principio Yo-Ello hace referencia a un objeto dotado de cualidades específicas y confín, en oposición al Yo-Tú. C) La relación Yo-Tú es directa e inmediata. D) La relación Yo-Tú lleva consigo libertad y originalidad; la relación Yo-Ello, por el contrario implica necesidad y determinación. E) La relación Yo-Tú compromete todo el ser de quien la vive. F) El yo de la relación Yo-Tú es persona, subjetividad auténtica; el yo de la experiencia Yo-Ello es individuo singular⁶⁸. La nueva comunidad que quiere ensalzar solo tendrá lugar cuando haya relaciones espontáneas e inmediatas entre los miembros que conforman las mismas. «El Yo que interpela al Tú, le reconoce como otro y le responde en lugar de considerarlo como un objeto o como un número; es, en definitiva, la única realidad capaz, para Buber, de introducir la justicia en la sociedad sin detrimento de la libertad»⁶⁹. Los hombres deben prestar atención a la *humanitas* y en función a la misma actuar, desarrollando sus relaciones conforme a ella. «También el gorila es un individuo, también una termita es una colectividad, pero el “yo” y el “tú” sólo se dan en nuestro mundo, porque existe el hombre y el yo,

⁶⁵ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁶ FRIEDMAN, Maurice, *Martin Buber's Life and Work*, *op. cit.*, 109.

⁶⁷ BUBER M., «Elemento de lo interhumano» en *Diálogo y otros escritos*, *op. cit.*, 74.

⁶⁸ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Teoría y realidad del otro*. Madrid, Alianza, 1983, pp. 218-220.

⁶⁹ SANCHEZ MECA, Diego: «Martin Buber o la actualidad del judaísmo». *Logos: Anales del Seminario de Metafísica*, núm. 1, 1992, p. 439.

ciertamente a través de la relación con el tú»⁷⁰. La relación Yo-Tú prima en la comunidad humana compuesta por seres humanos como seres «en cuya dialógica, en cuyo “estar-dos-en-recíproca-presencia” se realiza y se reconoce cada vez el encuentro del “uno” con el “otro”⁷¹». El objeto principal de la comunidad no es el individuo ni el colectivo sino lo interhumano, el hombre con el hombre.

2.3 El Socialismo

Tal como se ha mencionado, desde joven se interesa por los problemas de la sociedad y de la política. «Ya durante sus días como estudiante, pertenecía a una organización llamada *La nueva Comunidad* (*Die neue Gemeinschaft*). Esta utópica/humanística organización estaba profundamente impregnada de la ideología de Goethe, y era muy frecuentada por el amigo de Buber, Gustav Landauer»⁷². En 1906 comienza a editar la serie *Die Gesellschaft* (*La Sociedad*), 40 monografías de psicología social. «La totalidad de la idea de *La Sociedad* contiene la semilla que más tarde florecería en la ontología de Buber sobre el “entre”»⁷³. En 1905 escribió una introducción a la colección donde aparece por primera vez el término de «lo interhumano». En 1916 se une al grupo Hapoël Hazaïr (El joven Guardián), de carácter socialista. En 1928 pronuncia un discurso ante la Asamblea de la Liga Pro Eretz Israel Trabajadora titulada *¿Por qué la construcción del Estado de Israel debe ser socialista?* Aquí Buber ya recoge los principios de su concepción sobre el socialismo. Pero donde reflejará sus ideas respecto al socialismo con mayor madurez será en 1950, en su libro publicado primero en hebreo, *Caminos de utopía* (*Netivot beutopia*). Buber ve en el socialismo una extensión de sus concepciones de las relaciones. Se identifica con un socialismo que anhela un orden social diferente que se rige por otros principios ajenos a la utilidad y la interdependencia. «Hay que luchar no contra la racionalización de la economía sino por la humanización de la racionalidad»⁷⁴. Exige que la razón sea humana.

En 1899 conoce a Gustav Landauer, el cual le influenciará profundamente. «Landauer, filósofo, crítico literario y erudito, fue también un apasionado socialista. Ocho años mayor que Buber, contaba ya con una reputación consolidada cuando conoció a Buber. Deseaba crear un socialismo que pudiera renovar el espíritu humano, una visión que

⁷⁰ BUBER, M., *¿Qué es el Hombre?*, op. cit., p. 150.

⁷¹ *Ibid.*, p. 151.

⁷² SCHMIDT GILYA Gerda, *Martin Buber's Formative Years: From German Culture to Jewish Renewal, 1897-1909*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1995, p. 11.

⁷³ *Ibid.*, p. 234.

⁷⁴ BUBER, M., *Sionismo y Universalidad*, op. cit., 158.

Buber acogió y adaptó a su propio trabajo dentro del sionismo»⁷⁵. Ya en estos años empieza a entrecruzarse el interés de Buber por la sociedad y por la mejora de ésta mediante un diferente modelo de relación. En 1901, en una charla dentro de la asociación, Buber diferencia entre la vieja comunidad que, inspirada por el principio de la utilidad, está basada en relaciones de necesidad frente a la nueva comunidad en la que la unión es voluntaria y la reciprocidad entre los individuos es sólida. «La vieja comunidad era útil para un grupo económico, entonces el propósito es este-mundo, o para un grupo religioso, entonces el propósito es otro-mundo»⁷⁶. La amistad con Landauer y su socialismo espiritual, que buscaba la renovación del ser humano, le impactó mucho. Ante la muerte de su amigo escribió las siguientes palabras: «En los tiempos en que Alemania se hallaba más alejada de Dios, hubo un hombre que como ningún otro marcó un punto de inflexión. En la búsqueda de una humanidad verdadera, la cual su alma anhelaba, luchó contra la inhumanidad en la que le tocó vivir»⁷⁷. En su libro *Caminos de Utopía*, Buber le dedica a Landauer un capítulo en el que muestra la afinidad con su propio pensamiento. Los dos parten del Estado actual como una forma bajo la cual las personas se organizan y que precisa de una transformación. «En la actualidad, los hombres conviven estatalmente, es decir, en una relación que requiere el orden coactivo del Estado, orden que la representa; por lo tanto, ese orden sólo puede superarse en la medida en que la presente relación entre los hombres sea sustituida por otra»⁷⁸. El cambio de las relaciones irá unido a un renacimiento del ser humano. Ambos rechazan la idea de una revolución estrictamente necesaria para el advenimiento del socialismo verdadero, tal como defendían los marxistas más cerrados. «Los comunistas consideran indigno ocultar sus ideas y propósitos. Proclaman abiertamente que sus objetivos sólo pueden ser alcanzados derrocando por la violencia todo el orden social existente. Las clases dominantes pueden temblar ante una Revolución Comunista»⁷⁹. El Estado no se transforma mediante una revolución sino mediante una renovación. Ninguno de los dos pensadores se muestra a favor del actual Estado, empero la manera de transformarlo no implica la violencia. Aunque una revolución conlleve siempre en sí misma una regeneración no es el medio adecuado para conseguir una comunidad socialista. «En el fuego, el arrebató, la fraternidad de esos movimientos agresivos –escribe Landauer en la obra *La Revolución*, que a instancia mía escribió en 1907– despierta siempre de nuevo la imagen y el sentimiento de la unión positiva por la cualidad unificadora, por el amor

⁷⁵ SCHMIDT GILYA, Gerda, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 12-13.

⁷⁷ FRIEDMAN Maurice, *Martin Buber: Life and Work*, *op. cit.*, p. 237.

⁷⁸ BUBER, M., *Caminos de Utopía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 67.

⁷⁹ MARX, Karl, *El manifiesto comunista*. Madrid, Turner, 2005, p. 187.

que es fuerza; y sin esa regeneración pasajera no podríamos seguir viviendo y tendríamos que sucumbir»⁸⁰. Otra idea importante del pensamiento de Landauer que Buber recogerá y ampliará en sus escritos es el espíritu comunitario. Para Landauer el socialismo «es el intento de llevar la convivencia de los hombres a la unión en libertad a base de un espíritu común, es decir, a la religión»⁸¹. Este espíritu común puede buscarse y encontrarse pero no es una cosa dada para siempre sino que cambia parejo a las circunstancias. Por eso el socialismo debe ser algo relativo. «El socialismo nunca será algo absoluto. El socialismo es la continua creación de comunidad dentro del género humano, en la medida y la forma que puedan querer y realizarse bajo las condiciones del momento»⁸².

El socialismo de Buber está marcado por la dicotomía entre el principio político y la centralización y el principio social y la descentralización. Se decanta por un socialismo compuesto por unidades orgánicas autónomas aunque interdependientes, es decir, que todas ellas puedan decidir sobre su destino y al mismo tiempo se relacionen con las demás en federaciones. No se sitúa en un lado o en el otro, sino que, como hemos visto a lo largo del presente estudio, se establece en una especie de punto intermedio en el que no están del todo claro los límites. Nos dice: «Centralización, sí, pero nunca más de lo que sea preciso según las condiciones de lugar y tiempo»⁸³. Lo que está claro es que reconoce los efectos que producen un régimen estrictamente político centralista en el ser humano. «El sistema centralista puede ser muy hermoso por su grandeza, simplicidad y desarrollo; sólo le falta una cosa en él, el hombre ya no se pertenece a sí mismo, en él no se siente, en él no se vive, en él no es tenido en cuenta»⁸⁴. Buber recogerá la idea sobre la importancia de crear nuevos vínculos entre las personas, no destruir los existentes sino convertirlos en auténticos; en generadores de confianza entre unos y otros. Los socialistas deben levantar ese Estado en el que las relaciones varían y éste no se interponga en la realización de las mismas. En el socialismo deben aparecer con claridad los límites del aparato estatal, es decir, hasta qué punto puede intervenir en la vida privada. Toda aquella parte del gobierno que resulte inútil dentro de la nueva regulación comunitaria tiene que dejar paso a otro tipo de control basado en la voluntariedad de las personas que deciden sus destinos juntos. El Estado fuerte y autoritario sólo tiene sentido en un régimen en el cual las relaciones entre los integrantes están marcadas por la obligatoriedad.

En los años veinte Buber conoce a Franz Rosenzweig y comienza con él una amistad. «Martín Buber ya era famoso en Alemania como

⁸⁰ BUBER, M., *Caminos de Utopía*, op. cit., p. 73.

⁸¹ *Ibid.*, p. 78-79.

⁸² *Ibid.*, p. 81.

⁸³ *Ibid.*, p. 200.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 50.

sionista, como recreador de las leyendas hasídicas y como autor de charlas sobre el judaísmo cuando conoció a Rosenzweig, ocho años menor que él»⁸⁵. Desde 1923 comparten trabajo en la Institución Docente Judía Libre como profesores. Ese mismo año Rosenzweig pedirá a Buber que le sustituya como profesor en la Universidad de Frankfurt. A partir de 1925 comienzan, a raíz de la petición del editor Lambert Schneider, la traducción de la Biblia. «Buber comunica la propuesta a Rosenzweig añadiendo que sólo responderá afirmativamente si colabora en la empresa. El amigo acepta iniciar un intento de traducción»⁸⁶. Tras la muerte de Rosenzweig en 1929 Buber proseguirá la tarea él sólo hasta su finalización en 1961. La primera edición es del año siguiente. De este trabajo se filtrarán las ideas de una comunidad bíblica donde las relaciones entre los miembros de la comunidad entre sí y entre un centro común Absoluto, se caracterizan por la inmediatez. «Buber no es un preconizador del regreso al ruralismo medieval, ni un ingenuo utopista que anatematiza el progreso. Lo que tiene a la vista es, también en esto, el modelo de la comunidad bíblica reactualizada en la comunidad hasídica»⁸⁷. El socialismo que proclama pretende el impulso de la comunidad frente a la acumulación del poder por parte de aparatos estatales centralizados. Las comunidades que ve nuestro autor están ampliamente impregnadas de la relación Yo-Tú. «Se había dado una convivencia viva y continuamente renovada, que sólo quería que fuese desarrollada en lo inmediato de todas las relaciones»⁸⁸. No quiere eso decir que no haya relaciones Yo-Ello, sino que la tarea primordial del socialismo comunitario será la de hacer que entre los miembros de las comunidades se desarrollen la mayor de la veces las relaciones conforme a la palabra primordial Yo-Tú. «Sin el Ello no puede vivir el ser humano. Pero quien solamente vive con el Ello no es un ser humano»⁸⁹.

«La jerárquica e instrumental naturaleza de los sistemas políticos y económicos modernos personifica el concepto de Buber de relación Yo-Ello, en el cual las personas son explotadas para que individuos y gobiernos puedan adquirir más poder. Contrariamente, la relación Yo-Tú, implica una crítica a las fuerzas inhumanas que operaron en el siglo xx y explícitamente apuntan a un cambio de actitud y de instituciones para crear condiciones que puedan dar más sentido a las interacciones sociales y personales»⁹⁰. La propuesta de Buber en este sentido es un socialismo comunitario. Éste supone la respuesta a la

⁸⁵ FRIEDMAN M., *Martin Buber's Life and Work*, op. cit., 283.

⁸⁶ NUNZIO BOMBACI, «El fecundo converger de dos caminos de pensamiento y de vida. Una nueva aproximación al carteo entre Martin Buber y Franz Rosenzweig (1925-1929)», *Revista agustiniana*, vol. 46, núm. 139, 2005, pp. 43-60, p. 53.

⁸⁷ SÁNCHEZ MECA, D., *Martin Buber (1878-1965)*, op. cit., p. 53.

⁸⁸ BUBER M., *Caminos de utopía*, op. cit., p. 198.

⁸⁹ BUBER M., *Yo y Tú*, op. cit., p. 35.

⁹⁰ FRIEDMAN M., *Martin Buber and the Sciences*, Albany, State University of New York Press, 1996, p. 249.

pregunta que el mismo se plantea: «¿Cómo será el socialismo en cuyo signo se logre la explotación en común por parte de la humanidad?»⁹¹. La mayoría de las notas del socialismo de Buber, se han ido dejando en los epígrafes anteriores. En primer lugar, como hemos visto no ha de ser centralizado pero tampoco totalmente descentralizado. Se trata de una «delgada arista» sobre la que no caben contextualizaciones absolutas. Esto nos lleva a la segunda característica. El socialismo debe ser relativo, tal como hemos apuntado al tratar la influencia de Landauer. Finalmente otro rasgo del socialismo comunitario de Buber es la reducción de la representación. En los regímenes democráticos, las personas ceden su responsabilidad a un representante y dejan de actuar en la vida de la nación. Sin embargo, Buber propone que esa representación no quite a los ciudadanos su capacidad de decisión sobre cuestiones que directamente les afectan. Por eso los representantes de grandes masas deberían ser suplantados por representantes de comunidades pequeñas. De esta manera, se limita el poder ejercido sobre un grupo reducido de personas y se otorga a las pequeñas unidades independientes la capacidad de incidir en la política. La idea de lo social por encima de lo político obedece a esta forma de representación. «En la estructura de sociedad que yo me imagino, deberá haber también un sistema de representación; pero no se traducirá, como los actuales, en pseudo representantes de masas amorfas de electores, sino en los representantes acreditados en el trabajo de las comunidades explotadoras»⁹². Las disertaciones respecto de un socialismo que debe aspirar a la realización de la comunidad genuina le valió el calificativo de anarquista. «Buber se muestra partidario de un socialismo de comunidades pequeñas constituidas sobre bases anárquico-personalistas»⁹³. Aunque él mismo al final de su libro *Caminos de utopía* confiesa: «Así como no creo en la incubación de la nueva estructura de Marx, tampoco creo en la partenogénesis de Bakunin desde el seno de la revolución. Pero creo en el encuentro de imagen y destino en la hora plástica»⁹⁴. Vemos como sus planteamientos se sitúan en la categoría del «entre» que tanto apego tendría durante su vida; «el angosto sendero entre abismos»⁹⁵.

Buber ve en los *kibutz* el germen de su nueva comunidad y eso le hará defender Israel como un campo de experimentos donde está germinando un nuevo tipo de ser humano capaz de vivir comunitariamente. «La gente veía ante sí una nueva forma de familia, más amplia; se veía a sí misma como la vanguardia del movimiento obrero, y hasta como realización directa del socialismo, cómo prototipo de la nueva sociedad, y se proponía la creación de un nuevo hombre y de un nuevo

⁹¹ BUBER M., *Caminos de utopía*, op. cit., p. 195.

⁹² *Ibid.*, p. 201.

⁹³ SÁNCHEZ MECA D., *Martin Buber (1878-1965)*, op. cit., p. 52.

⁹⁴ BUBER M., *Caminos de utopía*, op. cit., p. 201.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 190.

mundo»⁹⁶. Los *Kibutz* (en hebreo significa grupo) son comunas voluntarias que tuvieron una gran importancia en la colonización de Palestina por los judíos. La primera comunidad de este tipo fue formada en 1909 por judíos provenientes de Rusia muy influenciados por los ideales marxistas que defendían un nuevo tipo de sociedad. En un inicio eran la mayoría agrícolas hoy se han extendido en las actividades industriales y artesanales.

Así, entiende que la comunidad aldeana que se forma en Israel debe ser protegida y fomentada porque implica una nueva vinculación de las personas entre sí y con el medio ambiente. En definitiva, se identifica con el fin al que debe aspirar el socialismo comunitario, el sionismo socialista y en último término con la comunidad que describe Buber. «La apuesta buberiana por la potenciación de los *kibutz* en Israel quiere ser el modelo de comunidad bíblica reactualizado en la comunidad hasídica militante»⁹⁷. En los *kibutz* quiere contemplar la comunidad hasídica que en base a una nueva relación santifica lo cotidiano y se realiza a sí mismo y a lo absoluto. El *Kibutz*, de los primeros años de Palestina, es el cumplimiento de la comunidad personalista y comunitaria que persigue Buber con el socialismo comunitario. «Más que en cualquier otra parte del mundo existe en los *kibutz* de Israel un gran sentido realista [...] más que en cualquier otra parte del mundo, se advierte aquí la encarnación de una revolución social que no se manifiesta en entidades y organizaciones, sino en la relación de verdadera aproximación, existente entre el hombre y su semejante»⁹⁸. El nuevo tipo de hombre va ligado con el pionero. Se trata de un tipo de persona que quiere levantar el Estado junto con la Sociedad. No uno en detrimento de otro. «Este hombre quiere participar en el renacimiento de su pueblo, en el hogar de su pueblo, a través de su trabajo»⁹⁹. La persona que vive en el *Kibutz* es pionera de un socialismo comunitario el cual ve realizado el principio de lo político a su servicio y no viceversa. «La política ha de servirle a él, y no él a la política»¹⁰⁰. Durante el mandato inglés en Palestina el general Sir Arthur Wocop, se expresó acerca de los *kibutz* de la siguiente manera: «Las aldeas colectivas, tan maravillosamente exitosas son un ejemplo de colaboración de trabajo para todo el mundo y pueden incluso revestir una enorme importancia en la fundación de un nuevo orden social»¹⁰¹.

Fecha de recepción: 29/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 181.

⁹⁷ DÍAZ, C., *El humanismo hebreo de Martin Buber*, op. cit., pp. 73-74.

⁹⁸ BUBER M., *Sionismo y universalidad*, op. cit., p. 196.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 122.

¹⁰⁰ DÍAZ, C., *El humanismo hebreo de Martin Buber*, op. cit., p. 75.

¹⁰¹ BUBER M., *Sionismo y universalidad*, op. cit., p. 191.

III

DEBATES

PRIMER DEBATE

La tarea de la teoría del derecho. Comentarios
a *Una metateoría del positivismo jurídico*,
de R.M. Jiménez Cano

JOSÉ JUAN MORESO
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

I

El libro de Roberto M. Jiménez Cano (Jiménez Cano, 2008), que se origina en la lectura de una tesis doctoral en la Universidad Carlos III en enero de 2008 –en la que tuve la fortuna de formar parte del Tribunal que la juzgó–, es un ejemplar excelente de su género. En primer lugar, en palabras del prólogo de Gregorio Peces-Barba (Peces-Barba, 2008: 11) «es un muy interesante trabajo para indagar y esclarecer los fundamentos intelectuales del positivismo jurídico»; es decir, es una tesis bien articulada sobre una cuestión relevante de la filosofía del derecho del presente. En segundo lugar, el panorama que nos presenta no rehúye enfrentarse con las teorías más importantes, filosóficas y filosófico-jurídicas de las últimas décadas. Y en tercer lugar, y tal vez más importante, la madurez del autor se muestra claramente en su capacidad de articular un punto de vista propio y original sobre la cuestión, en la medida en la que la originalidad es posible en filosofía. Un punto de vista que desarrolla lo que ya nos había anunciado previamente el director de la tesis, Rafael Escudero, en algunos trabajos (especialmente en Escudero, 2004).

Dicho esto, creo que puedo considerarme exento (algo de ello ya lo hice, como es de rigor, en la lectura de la tesis) de entrar en las *quisiones* –un libro que se echa de menos en la bibliografía, un argumento

que no es concluyente, por ejemplo—. El libro defiende una tesis importante y merece que lo tomemos en serio.

La tesis central del libro es la siguiente: la única concepción del derecho descriptivamente plausible y filosóficamente convincente es la vindicada por el denominado positivismo jurídico excluyente¹. Y ello por dos razones combinadas: 1) porque es la única concepción capaz de permitir la construcción de una teoría *descriptiva y general* del derecho, que es lo que desde los orígenes promete el positivismo jurídico y 2) porque encaja con el proyecto de *naturalización* de la filosofía, que pone de manifiesto las limitaciones del enfoque analítico.

Voy a discutir, a continuación, ambas razones; con la convicción de que un análisis detallado de ellas muestra que, en aquello que tienen de plausible, no sirven para fundar la tesis del libro y que sólo pueden hacerlo si se las toma aceptando algunas distorsiones implausibles.

II

Hay, como es obvio, muy diversas caracterizaciones de las teorías del derecho, aunque la más conocida es la que distingue entre teorías iusnaturalistas y teorías iuspositivistas. No obstante, la división entre estas concepciones no siempre se traza con el mismo alcance. Mientras para algunas formas de entender el iusnaturalismo y el positivismo jurídico estamos frente a concepciones del derecho mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas², para otras, aunque mutuamente excluyentes, no son conjuntamente exhaustivas³, o incluso que no son mutuamente excluyentes⁴. Esto pone claramente de manifiesto que no estamos de acuerdo en cuáles son las tesis definitorias de estas

¹ Al introducir las expresiones del inglés «inclusive» y «exclusive» como adjetivos de «legal positivism», yo las traduje como «inclusivo» y «exclusivo». En la literatura en castellano se ha impuesto la terminología «incluyente» y «excluyente» —que también usa Jiménez Cano— y habrá que aceptarlo porque en cuestión de nombres el uso manda; ahora bien la razón de mi elección guardaba relación con la teoría de Raz y sus traducciones al castellano: un término fundamental en la obra raziana, «exclusionary reason», ha sido traducido unánimemente como «razón excluyente»; pues bien, para distinguir claramente una cosa de otra era por lo que «exclusive positivism», que también es un *term of art* de la obra raziana, lo traducía por «positivismo exclusivo».

² Así sucede si la tesis definitoria del iusnaturalismo es que la validez moral de las normas es condición necesaria de su validez jurídica y la tesis definitoria del positivismo jurídico es su negación. Una idea que inspira el conocido trabajo de H.L.A.Hart (HART, 1958).

³ Así podría entenderse la sugerencia de John Mackie de acuerdo con la cual la concepción de Dworkin constituye una tercera teoría del derecho: MACKIE, 1977.

⁴ Esta es la sugerencia de David Brink al calificar ambas concepciones con dos tesis, una acerca de la naturaleza del derecho y otra acerca de las obligaciones de los jueces, permitiendo y recomendando una combinación de iuspositivismo para la primera y iusnaturalismo para la segunda: BRINK, 1985.

diversas posiciones y, por lo tanto, es mejor que discutamos directamente de las tesis y nos olvidemos de las etiquetas.

En la discusión contemporánea en la que se halla embarcado el libro que comento, voy a tomar, como tesis que permite distinguir entre las diversas concepciones, lo que denominaré la tesis de la identificación del derecho⁵:

[1] La determinación de lo que es el derecho no depende de criterios o argumentos morales.

Esta tesis es la negación de la tesis de la conexión necesaria que puede ser atribuida al iunsaturalismo, y que puede establecerse del siguiente modo:

[2] La determinación de lo que es el derecho necesariamente depende de criterios o argumentos morales.

Sea \diamond : «posible», y \square : «necesario», y valga el predicado J por «jurídico» y M por «identificado mediante criterios morales». Entonces la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral puede expresarse así (se trata de [2] en lenguaje formal, digamos para distinguirlo [ii]):

[ii] $\forall x \square (Jx \rightarrow Mx)$,

Hay, al menos, tres modos de comprender la negación de dicha tesis⁶. Según la primera versión, la expresión «no depende» en [1] debe interpretarse como «no puede depender», es decir,

[1a] Es necesariamente el caso que la determinación del derecho no depende de criterios morales.

Según la segunda versión, en [1] «no depende» ha de leerse como «no necesita depender», esto es,

[1b] No es necesariamente el caso que la determinación del derecho dependa de criterios morales.

La tercera versión de la tesis exige leer en [1] «no depende» como «no debe depender»; de este modo [1] tiene una lectura prescriptiva, recomienda una forma de identificar el derecho, una forma que presupone que el derecho puede ser de tal manera que sea posible identificarlo sin recurrir a la moralidad:

[1c] Debe ser el caso que la identificación del derecho no dependa de criterios morales.

⁵ Esta formulación se halla en DYZENAHUS, 2000: 706. Y así fue presentada la tesis, la clasificación posterior y el argumento que la soporta en MORESO, 2005 y adaptados en Moreso manuscrito.

⁶ Los tres presentados y analizados por Matthew H. Kramer, KRAMER, 2001: 679-680.

Las dos primeras versiones de [1] responden a dos modos de interpretar la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral (una tesis considerada definitoria del positivismo jurídico). En palabras de J. Coleman⁷:

Las dos interpretaciones más plausibles de la tesis de la separabilidad pueden ser expresadas en términos de la diferencia que, en lógica modal, se conoce como la negación interna y la negación externa. Según la formulación de la negación interna, la tesis de la separabilidad es la afirmación de que en todos los sistemas jurídicos es necesariamente el caso que la legalidad de una norma no depende de su moralidad o de sus méritos sustantivos. Según la formulación de la negación externa, la tesis de la separabilidad es la afirmación de que no es necesariamente el caso que en algún sistema jurídico la legalidad de una norma dependa de sus méritos sustantivos.

Dado que [ii] es, por la fórmula de Barcan⁸, equivalente a

$$[ii'] \Box \forall x (Lx \rightarrow Mx),$$

Y, su negación interna,

$$[ia] \Box \forall x (Lx \rightarrow \neg Mx),$$

que equivale a la primera versión de [1], es decir, que no puede ser el caso que la identificación del derecho dependa de argumentos morales o, desde el punto de vista moral, que la relación entre el derecho y la moral es conceptualmente *imposible*. Por el contrario, la negación externa será:

$$[ib] \neg \Box \forall x (Lx \rightarrow Mx),$$

Una expresión lógicamente equivalente a:

$$[ib'] \Diamond \exists x (Lx \wedge \neg Mx),$$

es decir, es posible que la identificación del derecho no dependa de argumentos morales. Por otra parte, la segunda versión de [1], esto es [1b], implícitamente presupone que también es posible que la identificación del derecho dependa de criterios morales:

$$[ib''] \Diamond \exists x (Lx \wedge Mx),$$

y la conjunción de las dos últimas expresiones lógicas, [ib'] y [ib''], equivalen a la afirmación de que la relación entre el derecho y la moral es *contingente* y, por lo tanto, es compatible con sistemas jurídicos que recurren a la moralidad y con sistemas jurídicos que no recurren a ella.

⁷ COLEMAN, 1998a: 265.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, HUGHES-CRESSWELL, 1996: 244.

Los defensores del positivismo jurídico excluyente defienden la primera versión⁹, y los autores que vindican el positivismo jurídico incluyente se adhieren a la segunda versión¹⁰.

La tercera versión es el llamado positivismo ético o normativo¹¹. Puede decirse que esta versión conceptualmente acepta la segunda forma de negar [1], pero normativamente recomienda algo como la primera forma de la negación, [1a].

III

El libro sostiene, en este paisaje intelectual, que sólo la versión del positivismo jurídico excluyente es capaz de proporcionarnos una teoría jurídica descriptiva y general. Además, lo hace con una estrategia más bien indirecta, tratando de poner de manifiesto las insuficiencias de los otros modos de positivismo: el positivismo ético (al que dedica unas pocas páginas del cap. IV de la primera parte) y, sobre todo, el positivismo incluyente (al que dedica casi toda la segunda parte).

La razón por la que se descarta el positivismo ético o normativo es algo sorprendente (Jiménez Cano, 2008: 93). Dado que, se argumenta, precisamos una concepción del derecho que permita conocerlo mediante una teoría general y descriptiva, entonces, puesto que el positivismo normativo es una concepción no descriptiva, queda incapacitado para tal fin. Pero lo que el positivismo jurídico normativo sostiene es, dicho en palabras de Bobbio (1967: 71): «No puedo ignorar que el *approach* científico característico del positivismo jurídico estaba vinculado a la primacía del valor de la certeza». Bobbio, cuya adhesión al positivismo jurídico como enfoque era –como bien sabemos– consecuencia de una determinada posición epistemológica¹², no dejaba de reconocer que tras el edificio científico del positivismo jurídico, anidaba este compromiso normativo con el valor de la certeza. Es decir, que el positivismo jurídico como teoría tenía también este condicionamiento histórico: nacía unido al ideal ilustrado de certeza. Haber comprendido mejor este punto habría llevado al autor, tal vez, a una discusión sobre los méritos normativos de esta posición.

Lo que quiero decir es lo siguiente: que alguien defendiera, por ejemplo, la astronomía galileana con argumentos normativos (permitía una concepción menos elitista de la ciencia, por decir algo), no hace a la astronomía de Galileo menos científica o descriptiva. Del

⁹ Principalmente, RAZ, 1979: cap. 3, 1994: cap. 9, 2004. Vid. También SHAPIRO, 1998a y 1998b: 33-64.

¹⁰ Véase WALUCHOW, 1994, COLEMAN, 2001 y mi propio punto de vista en MORESO, 2001.

¹¹ Aunque desconocido por la literatura anglosajona de los últimos años, la primera versión de esta concepción se halla de forma muy articulada en SCARPELLI, 1965. Más recientemente ha sido defendida por, por ejemplo, CAMPBELL, 1996, GOLDSWORTHY, 1999, y WALDRON, 2001.

¹² Vid., por ejemplo, BOBBIO, 1965.

mismo modo, que el positivismo jurídico sea defendible por razones normativas, no hace a la teoría del derecho menos descriptiva.

En resumen, puesto que el positivismo ético es una doctrina normativa, sólo puede ser desacreditada mediante argumentos normativos¹³. Por otro lado, el positivismo ético como doctrina normativa es compatible con una teoría del derecho plenamente descriptiva y general.

Tal vez para este segundo punto de vista sea conveniente distinguir dos cuestiones que, aunque tienen muchos vínculos entre sí, son conceptualmente distintas. Una es la cuestión de si las instituciones sociales, como el derecho, pueden ser comprendidas en términos neutrales desde el punto de vista evaluativo. Otra cuestión es la de si el derecho, en algunas ocasiones, puede ser identificado sin recurrir a criterios morales (véase Raz, 2004: 1). El positivismo ético sostiene que el derecho *debe ser* identificado sin recurrir a la moralidad. Sin embargo, sobre el primer punto de vista no necesita comprometerse con ninguna posición predeterminada. Es más, uno de los más prominentes defensores del positivismo ético sostiene que no podemos conocer un fenómeno como el derecho en términos plenamente no evaluativos¹⁴.

Una crítica semejante emplea el autor contra el *neoconstitucionalismo* (se ocupa sobre todo de Ferrajoli, *vid.* ahora Ferrajoli, 2007) y contra el denominado *positivismo corregido* (la posición de Peces-Barba, por ejemplo Peces-Barba, 1995, 1997). En mi opinión, estas dos posiciones son mejor comprendidas si se consideran especies del género positivismo incluyente, al que ahora me referiré.

IV

En la segunda parte del libro hay varios argumentos que tratan de mostrar la superioridad del positivismo excluyente frente al incluyente como concepciones del derecho. Destacaré los tres que considero más relevantes y procederé a discutirlos. Son los siguientes: *a)* aquel que señala que el debate entre ambas formas de positivismo es un falso debate, si se toman en cuenta dos sentidos de la expresión «validez jurídica», la validez como pertenencia y la validez como aplicabilidad; *b)* la incompatibilidad entre el convencionalismo y la incorporación de pautas morales, y *c)* la definitividad jurídica de las decisiones de las autoridades finales.

¹³ Puede, es claro, ser también descartada con argumentos globalmente escépticos acerca de lo normativo. Tal vez este sea el punto de vista del autor, pero no es completamente explícito en el libro.

¹⁴ Vid. WALDRON, 2005: 193. Vid. también un argumento general contra una teoría jurídica valorativamente neutral en PERRY, 1995: cap. 3 y GREENBERG, 2004. He defendido, recientemente, que se trata de dos cuestiones distintas y he argumentado a favor de una teoría del derecho no neutral desde el punto de vista valorativo y del derecho incorporando pautas morales en MORESO, 2009. Por otra parte, en MORESO, 2005 argumenté en contra del positivismo ético con argumentos normativos.

V

Veamos, en primer lugar, el argumento según el cual el debate entre el positivismo incluyente y excluyente es un falso debate, puesto que la supuesta incorporación de estándares morales en el derecho es una aparente incorporación. En palabras de Jiménez Cano (2008: 199-200), siguiendo a Raz, 2004: «Se distingue así, entre normas que son parte del derecho de un país y normas que son obligatorias de acuerdo con el derecho de ese país, pero que no forman parte del sistema jurídico».

Por esta razón, tal vez, algunas veces se ha sugerido que la controversia entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente es una cuestión de palabras: de la definición de validez jurídica. En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso¹⁵. En el contexto de discusión entre ambos tipos de positivismo, J. L. Coleman plantea así la cuestión¹⁶:

Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz subraya entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubes sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del derecho de la comunidad «huésped». Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.

¹⁵ Puede verse la distinción en estos términos en BULYGIN 1982, MORESO-NAVARRO 1996, MORESO, 1997: cap. 3.

¹⁶ COLEMAN, 1998b: 404-405. El origen de la distinción en estos términos en RAZ, 1979: 101-102, 119-120. *Vid.*, también WALUCHOW, 1994: 157; COLEMAN, 1998a: 260-261, nota 19; 263, nota 22; SHAPIRO, 1998a: 506 y KRAMER, 2000: 103-107. *Vid.* también MORESO, 2001: 41-43.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un positivista excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces.

Sin embargo, según como la tesis de la identificación sea presentada sí representa una diferencia en relación con los deberes de los jueces. En los casos estándar, los jueces tienen el deber jurídico de aplicar las normas que identifican mediante la tesis de las fuentes. Según la tesis del positivismo excluyente, que se deriva de la tesis fuerte de las fuentes sociales, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción. Raz ha expresado esta posición claramente¹⁷:

Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Cualquier contrato particular puede ser juzgado válido si se conforma con las condiciones de validez valorativamente neutrales establecidas por el derecho. La proposición «Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido» no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad no determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho de que con arreglo a la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.

Si el positivismo excluyente implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de RAZ sostiene), entonces hay buenas RAZONES para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la siguiente pena (*poena cullei*) para el parricidio: el condenado será introducido en un saco de piel con un gallo, un perro, una serpiente y un mono y arrojado a las aguas del mar. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque «cruel» es, sin duda, un término moral, «cruel» se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no

¹⁷ RAZ, 1979: 75. Véase un lúcido análisis de esta tesis Raziana en ENDICOTT, 2003.

hay aquí espacio para la discreción. Esto no significa, como es obvio, que no quede lugar para la discrepancia en otros casos de aplicación del concepto de crueldad, la más importante la que guarda relación con la crueldad de la pena de muerte. Es decir, remisión a la moralidad no implica necesariamente discreción judicial.

Parece más razonable sostener, como hace el positivismo incluyente, que cuando el derecho incorpora conceptos morales, entonces es necesario usar dichos conceptos para identificar lo que es requerido por el derecho. De este modo, contrariamente a lo sostenido por Raz, el razonamiento jurídico en dichos casos no sólo es un razonamiento moral cuando es un razonamiento conforme al derecho, sino también cuando es un razonamiento acerca del derecho. Lo cual es compatible, como ha de resultar obvio, con el hecho de que en algunos casos marginales de aplicación de este tipo de conceptos, los jueces tengan discreción.

En este sentido lleva razón el autor (Jiménez Cano, 2008: 201, nota 38) cuando afirma que mi posición personal ha cambiado al respecto, pero no porque en Moreso (1997) fuese positivista excluyente y ahora incluyente, sino porque en Moreso (1997) pensaba que la polémica era de palabras, sin ninguna otra consecuencia teórica y, al menos desde Moreso (2001), pienso que las dos posiciones tienen consecuencias importantes en su concepción de la aplicación del derecho.

VI

Mientras la incorporación de pautas morales parece un rasgo indiscutible de las democracias constitucionales contemporáneas, la insistencia en que el derecho puede identificarse sin recurrir a la moralidad parece alejarlo de la posibilidad de explicar la función del derecho en las sociedades contemporáneas. A veces se conoce este argumento con el nombre de «argumento del contraste con la práctica»¹⁸. Ahora bien, por otra parte, si en algunos casos los jueces deben acudir a la moralidad para decidir los casos, ¿cómo puede trazarse una separación entre aquellos casos en que el derecho ha de aplicarse siendo transparente a la moralidad y aquellos casos en que el derecho ha de ser considerado opaco a la moralidad?

Pongamos un ejemplo: todos comprendemos que el Tribunal Constitucional hace lo correcto cuando se pregunta, y usa argumentos morales, si determinada sanción penitenciaria es o no un trato degradante, prohibido por el artículo 15 de nuestra Constitución. Ahora bien, también todos aceptamos que la demanda de una persona a la que se le venció el plazo para presentar su solicitud para un concurso-oposición ha de ser rechazada a pesar de sus méritos para ocupar la plaza objeto del concurso y, muy probablemente, incluso con inde-

¹⁸ Vid. JIMÉNEZ CANO, 2008: 225, con referencia BAYÓN, 2002: 59.

pendencia de las razones de su omisión. ¿Por qué en el primer caso se activan las razones morales y, en el segundo caso, permanecen desactivadas? ¿O es que siempre pueden activarse las razones morales? Porque si siempre pueden activarse, entonces el carácter convencional del derecho se desdibuja.

Me parece que es obvio que el derecho no siempre permite el recurso directo a las razones subyacentes, a las razones morales¹⁹. A mí también me parece obvio que algunas veces el derecho lo permite, así funcionan las causas de justificación en derecho penal, los vicios del consentimiento en derecho privado, los derechos fundamentales en general. Ahora bien, es cierto que la plausibilidad del positivismo incluyente depende de la capacidad de distinguir cuando el derecho admite el recurso a la moralidad y cuando lo veda.

No considero, no obstante, importante otra objeción vinculada a la anterior (y también presente en el autor, Jiménez Cano, 2008: 229-232) y que aparece claramente en Hart (1994: 254), según la cual la teoría del derecho ha de ser neutral acerca de la posibilidad del conocimiento objetivo en la moralidad. Si tenemos, como creo que es el caso (Moreso, 2003) buenas razones para vindicar el objetivismo moral, no veo por qué la teoría del derecho ha de ser neutral en este punto.

VII

Veamos, ahora, el argumento de la definitividad de las decisiones de las autoridades finales. El argumento de Jiménez Cano (2008: 236-237) es el siguiente: las autoridades finales (y lo son todos los jueces y tribunales cuando sus decisiones devienen firmes) toman decisiones jurídicamente definitivas. Por otra parte, las autoridades finales pueden equivocarse acerca de los juicios moralmente correctos. Entonces, en los casos en los que se hallan incorporadas consideraciones morales en el derecho, la moral objetiva no determina la validez de dichas decisiones definitivas. El autor añade: «La moral objetiva no condiciona la validez del derecho porque no es posible demostrar empíricamente que las decisiones de tales autoridades se conforman con dicha moral objetiva». De acuerdo con ello, el derecho es aquello que deciden las autoridades finales²⁰.

Hay, creo, dos respuestas a este poderoso argumento que, combinadas, lo debilitan considerablemente. La primera consiste en señalar que este argumento no sólo es un ataque a la incorporación de la moral por parte del derecho, sino que es un argumento en contra de la distinción entre identificar el derecho y aplicar el derecho. Como han querido y quieren algunos representantes del realismo jurídico, éste es un

¹⁹ Porque junto a las razones sustantivas hay en el derecho razones institucionales. *Vid.*, por ejemplo, ATIENZA-RUIZ MANERO, 2001.

²⁰ Este es un argumento que puede hallarse también en HIMMA, 2003, 2005.

argumento profundamente escéptico acerca del derecho, incorpore o no argumentos morales. Que el autor de estas líneas sea mayor de edad o no lo sea, depende de lo que pueda decir un juez en una sentencia firme. Esta es una posición muy extraña, que no tiene en cuenta lo que en otro lugar he denominado la doctrina Julia Roberts y que consiste en la segunda respuesta²¹. En realidad, los tribunales mismos parecen aceptar esta doctrina, por ejemplo en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*²², el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*²³, y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: «*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled». Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: «Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?», y la estudiante contesta: «Because, they are wrong». La moraleja es la siguiente: debemos distinguir entre *definitividad e infalibilidad* de las decisiones judiciales (Hart, 1961: 138-141), y podemos denominar dicha distinción como la *doctrina Julia Roberts*. Ha de ser claro, no obstante, que no estoy argumentando que *Lawrence* es un caso no controvertido, de hecho no lo es; sólo estoy tratando de mostrar que los tribunales mismos consideran que ellos pueden equivocarse. Por lo tanto, una cosa es decir que las decisiones finales de los jueces son definitivas y otra, muy distinta, que lo que el derecho establece es lo que deciden las autoridades finales.

Ahora bien, es cierto que las reglas que establecen cuáles son las decisiones definitivas y el contenido de dichas decisiones ha de ser identificado sin recurrir a la moralidad. Para ello, precisamos de algo como un conjunto de reglas de reconocimiento no incorporacionistas. De no ser así, el derecho no garantizaría el mínimo de estabilidad que les es propio.

²¹ Vid. MORESO 2008.

²² 539 U.S. 558 (2003).

²³ 478 U.S. 186 (1986).

VIII

Descartado el positivismo incluyente, el positivismo excluyente es preferido por el autor también por razones filosóficas. Dicho muy brevemente, porque está más de acuerdo con una concepción empirista y pragmatista de la filosofía que el autor se esfuerza en la primera parte del libro de mostrarnos atractiva y convincente.

Guarda, como es obvio, una gran deuda con el proyecto de naturalización de la filosofía tal y como aparece en la obra de uno de los mejores filósofos del siglo xx. W. v. O. Quine (*vid.*, por ejemplo, Quine, 1969). Recientemente este impulso ha sido aplicado a la teoría jurídica, para defender una forma de pragmatismo jurídico seguidor del realismo jurídico americano, por B. Leiter (Leiter, 2007). Éste no es el lugar de discutir los méritos del proyecto de naturalización de la filosofía y su aplicación al derecho. Es indiscutible que mayor conocimiento de empírico de nuestras prácticas jurídicas nos ayudaría tanto a comprender mejor el derecho de nuestras sociedades cuanto a nuestros propósitos para cambiarlo.

Ahora bien, el trabajo parece presuponer que el conocimiento empírico de nuestras prácticas jurídicas es todo el conocimiento acerca el derecho que podemos y necesitamos obtener. Lo demás es ideología no científica. Creo que hay una exageración en esta posición. Quiero sólo argumentar aquí que una posición naturalista en filosofía no tiene por qué desacreditar la reflexión filosófica.

Por ejemplo, atendamos a las siguientes reflexiones de P. Pettit (1996: 354-355) en las que nos recuerda que el fisicalismo extremo que vindica, el *microfisicalismo*, es consistente con un enfoque comprensivo de los asuntos humanos. Pettit escribe:

El microfisicalismo antes introducido comporta la creencia de que si conociéramos todo lo que hay que conocer acerca de la distribución de las partículas microfísicas y acerca de las leyes microfísicas que gobiernan estas partículas, entonces comprenderíamos todo lo que hay que comprender. ¿Cómo puede entonces el modo de comprensión *Verstehen* disfrutar de la primacía que le confiero, dado que una comprensión microfísica completa pareciera derrotarla? ¿Cómo puede la dimensión conversacional conservar su interés una vez la dimensión microfísica es accesible?

Consistente con la verdad del microfisicalismo, un modo de comprensión o de conocimiento no-microfísico puede ser canónico en un importante sentido [...]. Consideremos el modo de saber que algo es rojo que consiste en verlo como rojo y comparémoslo con el modo de saber que es rojo –el único accesible a un ciego, por ejemplo–, que consiste en reconocer que tiene una propiedad que causa a sus portadores aparecer como rojo a observadores normales en condiciones normales. El primer modo de saber es canónico en el sentido de que el hecho que existe [...] es la principal razón por la que la propiedad en cuestión solicita nuestro interés y atención. Y, sin embargo, el segundo modo de saber es mucho más cercano al modo de saber que la perspectiva microfísica nos ofrece.

Esto es, el mejor modo de comprender las sociedades humanas es aquel que tiene en cuenta que están formadas por agentes *intencionales* capaces de atribuir valor y disvalor a sus acciones. Ahora bien, este modo de comprensión es compatible con una concepción naturalista del mundo, estándar para la mayoría de nosotros.

En este sentido, podemos alcanzar mayor conocimiento de cómo y por qué nuestros jueces y tribunales deciden del modo en que lo hacen, pero este conocimiento no agota la pregunta de si tal decisión del Tribunal Constitucional, por ejemplo, está o no de acuerdo con la Constitución. Esta tarea de *justificación* debe ser comprendida de un modo distinto al modo de conocer empírico. Es más, en el caso de la práctica del derecho, me temo, este modo de conocer goza de primacía, es canónico en el sentido de Pettit. Quiero decir que cuando hablamos de conocimiento del derecho no nos referimos, primordialmente, a los estudios sociológicos que predicen, con mayor o menor fiabilidad, que hará nuestro tribunal Constitucional, sino que nos referimos a aquello que nuestro Tribunal debe hacer de acuerdo con la Constitución.

IX

Creo que los argumentos que he ido desgranando están en condiciones de cumplir los dos propósitos que están implícitos en estas líneas: por una parte, rendir homenaje a la profundidad y elegancia filosófica del libro y por otra, presentar algunas dudas sobre las tesis principales del autor. El lector de estas páginas ya habrá adivinado que, en mi opinión, el positivismo incluyente puede superar las objeciones que se le plantean y presentarse como la teoría jurídica más adecuada, tanto por razones conceptuales cuanto por razones normativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, 2001, pp. 115-130.
- BAYÓN, Juan Carlos, «Derecho, convencionalismo y controversia» en Navarro-Redondo, 2002, pp. 57-92.
- BIX, Brian (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Ed. di Comunità, 1965.
- «Intervento di Norberto Bobbio», *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* (Pavia, a maggio 1966). *Quaderni della Rivista Il Politico*, (Milano, Giuffrè), 1967, pp. 69-75.
- BRINK, David, «Legal Positivism and Natural Law Reconsidered», *The Monist*, 68, 1985, pp. 364-387.
- BULYGIN, Eugenio, «Time and Validity», 1982 en *Martino*, 1992, pp. 65-82.

- CAMPBELL, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth, 1996.
- CHIASSONI, Pierluigi (ed.), *The Legal Ought*. Torino, Giappichelli, 2001.
- COLEMAN, Jules, «Second Thoughts and Other First Impressions», en *Bix*, 1998a.
- «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4, 1998b, pp. 381-426.
- *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli, 1996.
- DYZENHAUS, David, «Positivism's Stagnant Research Programme», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, pp. 703-722.
- ENDICOTT, Timothy, «Raz on Gaps – The Surprising Part», en MEYER-PAULSON-POGGE, 2003, pp. 99-118.
- ESCUADERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid, Civitas, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho e della democrazia*, 3 vols. Roma-Bari, Laterza, 2007.
- GREENBERG, Mark, «How Facts Make Law», *Legal Theory*, 10, pp. 2004, pp. 157-198.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», ahora en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 21-48.
- «Postscript», en H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.^a ed. P. BULLOCH y Joseph RAZ (eds.). Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HIMMA, Kenneth Einar, «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law and Society*, 42, 2003, pp. 149-218.
- «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24, 2005, pp. 1-45.
- HUGHES, G. E.; CRESSWELL, M. J., *A New Introduction to Modal Logic*. London, Routledge, 1996.
- JACKSON, Frank; SMITH, Michael (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2008.
- KRAMER, Matthew H., «How Moral Principles Can Enter into the Law» , *Legal Theory*, 6, 2000, pp. 83-108.
- «Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 21, 2001, pp. 673-701.
- LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MACKIE, J. L., «The Third Theory of Law», *Philosophy and Public Affairs*, 7, 1997, pp. 3-16.
- MARMOR, Andrei (ed.), *Law and Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 1995.

- MARTINO, A.A. (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. Amsterdam, North Holland, 1982.
- MEYER, L. H.; PAULSON, S. L.; POGGE, T. W. (eds.), *Rights, Culture and Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en CHIASSONI, 2001, pp. 37-63.
- «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Análisis filosófico*, 23, 2003, pp. 117-150.
- «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35, 2005, pp. 225-244.
- «La objetividad del derecho y la objetividad de la moral» en *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Teoría y metodología del derecho. Vol. II*. Madrid, Dykinson, 2008, pp. 819-831.
- *La Constitución/modelo para armar*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- «Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality» manuscrito.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E., «Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche» en COMANDUCCI-GUASTINI (eds.), 1996, pp. 15-36.
- NAVARRO, Pablo E., REDONDO, M. Cristina, *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 1997, pp. 531-544.
- «Prólogo. Una metateoría rigurosa», en JIMÉNEZ CANO, 2008, pp. 11-14.
- PERRY, Stephen, «Intepretation and Methodology and Legal Theory», en MARMOR, 1995, pp. cap. 3.
- PETTIT, Philip, «Postscript: A Common Mind in Three Senses», en Ph. PETTIT, *The Common Mind. An Essay on Psychology, Society, and Politics*, segunda ed. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- QUINE, Willard van Orman, *Ontological Relativity and Other Essays*. New York, Columbia University Press, 1969.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1979.
- *Ethics in the Public Domain*. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10, 2004, pp. 1-17, 2.
- SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano, Edizione di Comunità, 1965.
- SHAPIRO, Scott J., «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4, 1998a, pp. 469-508.
- «The Difference That Rules Make», in *Bix*, 1998.
- WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Oxford University Press, 1994.
- WALDRON, Jeremy, «Normative (or Ethical) Positivism», en COLEMAN (ed.), 2001, cap. 12.
- «Law», en JACKSON, Smith (eds.), 2005, pp. 181-207.

Fecha de recepción: 28/02/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

El carácter de la teoría y de la identificación del Derecho. Respuesta a José Juan Moreso*

Por ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid

Antes de comenzar estas páginas, quiero agradecer al profesor José Juan Moreso que haya accedido a elaborar un comentario a mi libro *Una metateoría del positivismo jurídico*, ofreciéndome así la posibilidad de discutir con él su contenido. Un agradecimiento que quiero extender a la atención que siempre ha prestado a mi trabajo académico, como puso de manifiesto al hacer un hueco en su apretada agenda de rector para formar parte del tribunal que juzgó en su día mi tesis doctoral.

1. INTRODUCCIÓN

En el libro que aquí se discute se mantiene que el positivismo jurídico excluyente es la versión apropiada de positivismo jurídico (Jiménez Cano, 271-283). Esta pretensión se sostiene sobre la base de dos argumentos. El primero de ellos radica en aparecer como la única teoría jurídica que satisface los presupuestos metodológicos que persigue el iuspositivismo: describir el Derecho en general y no un concreto Derecho nacional o particular (Jiménez Cano, 2008a, 38-40). El segundo, por su parte, defiende su capacidad para soportar una adecuada naturalización metodológica que sirva para reforzar tanto el control racional como los criterios de éxito de la teoría (Jiménez Cano, 2008a, 137-140).

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, «El tiempo de los derechos» CSD2008-00007.

El trabajo de José Juan Moreso que antecede a estas líneas critica ambos argumentos y, por ende, la conclusión final que mantengo. Por un lado, pone en duda que el positivismo jurídico pueda ser considerado exclusivamente como una teoría descriptiva del Derecho o, al menos, que la labor descriptiva pueda entenderse de la manera en que propongo. Por otro, niega la superioridad del positivismo jurídico excluyente frente al positivismo jurídico incluyente. Y, por último, considera que el naturalismo puede llegar a desacreditar la reflexión filosófica propia de la teoría del Derecho.

En los siguientes apartados contestaré estas tres críticas. Así, en el §2 abordaré las razones que me han llevado a dejar fuera del positivismo jurídico a ciertas teorías que reclaman para sí ese rótulo. En el §3 afrontaré los motivos por los cuales considero que los esfuerzos del positivismo incluyente por alcanzar una mejor descripción del Derecho son tanto infructuosos como incoherentes con el propio objetivo iuspositivista. El §4 quedará reservado para explicar *el qué* y el *para qué* de la naturalización de la teoría del Derecho. Para finalizar, en el §5, realizaré algunas conclusiones que pueden extraerse de mis propuestas.

2. SOBRE EL SER Y EL DEBER EN EL POSITIVISMO JURÍDICO

Como se ha señalado más arriba, considero que el positivismo jurídico excluyente es la única versión de positivismo metodológicamente coherente con los objetivos de generalidad y de descripción. En este sentido, he descartado el positivismo ético o normativo como teoría (iuspositivista) capaz de lograr una tarea descriptiva porque su propia configuración metodológica lo impide. Este descarte, a juicio de Moreso, es sorprendente puesto que, como afirma en su comentario, «el positivismo jurídico sea defendible por razones normativas, no hace a la teoría del derecho menos descriptiva». Apoya su argumento tanto en la vinculación que Bobbio traza entre el positivismo metodológico y el valor de la certeza como en la idea según la cual son diferentes estas dos cuestiones: por un lado, la de si el Derecho puede ser comprendido en términos valorativamente neutrales y, por otro, la de si el Derecho puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales. Señala Moreso que el positivismo ético o normativo necesariamente sólo se pronuncia sobre la segunda cuestión, de modo que el Derecho *debe ser* identificado sin recurrir a la moral.

Como se podrá apreciar, hay varios y muy diferentes temas a tratar. En primer lugar, la clarificación de lo que sea y pretenda el positivismo ético. En segundo lugar, su vinculación con el positivismo metodológico. Y, en tercer y último lugar, los argumentos a favor o en contra para afirmarlo o descartarlo como una auténtica forma de positivismo jurídico.

Conceptualizar el positivismo ético no es sencillo. En ocasiones, parece ser una simple teoría (legalista) de la justicia identificada con lo que Bobbio llama formalismo ético. Esta ética del Derecho afirmaría que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas (Bobbio, 1954: 105, 1962: 75). En otras, se acerca más a una teoría política que defiende la idea y los valores del Estado de Derecho (Bobbio, 1961a: 63; Scarpelli, 1965: 113 y 166; Atria, 2004, 125-126; Ruiz Miguel, 2006: 463). Sin duda alguna ambos aspectos están muy relacionados, puesto que la consecución de un auténtico Estado de Derecho quizá debería llevar a la obediencia moral del Derecho de él emanado. Ahora bien, la afirmación de que todo Derecho positivo por el mero hecho de ser positivo es justo o sirve para la obtención de ciertos fines o valores deseables (Bobbio, 1961a: 47) es muy diferente de la defensa de un conjunto de valores éticos que el Derecho debe realizar. Mientras que la obediencia, en el primer caso, es a todo Derecho, en el segundo sólo se debería llevar a cabo en el supuesto de que el Derecho satisfaga los valores del Estado de Derecho. Por este motivo, prefiero denominar «positivismo ideológico» al formalismo ético e «ideología positivista» al positivismo ético o normativo que reclama «un conjunto de postulados éticos que el Derecho debe realizar y, por tanto, y por no necesariamente immanentes a todo Derecho» (Ruiz Miguel, 2006: 462-463, Jiménez Cano, 2008a: 86).

Así las cosas, el positivismo ético o normativo no es una teoría descriptivo-explicativa sobre el mejor modo de entender el Derecho, sino una teoría de la justicia sobre el ejercicio del poder político que tiene como fin prescribir un determinado modelo de Derecho, determinar lo que, en cuanto a la forma, debe ser el Derecho (Campbell, 1996, 1-2, 1998, 303; Hierro, 2002; 287-290; Atria, 2004, 131; Marmor, 2006; 690)¹. Por esta razón, el positivismo ético es una ideología más que una teoría del Derecho². Será el propio Bobbio el que calificará al positivismo ético de ideología y no de teoría. En efecto, una teoría está formada por un conjunto de juicios de hecho que tienen como función la de informar sobre la realidad. Una ideología, por su parte, es «la expresión de una actitud valorativa que el hombre adopta frente a la realidad y que consiste en un conjunto de juicios de valor sobre ella, que se basan en el sistema de valores de quien los formula y que tienen la pretensión de influir sobre dicha realidad». Bobbio, no obstante, reconoce que aunque el proyecto del iuspositi-

¹ Aun así, el positivismo ético puede presuponer un acercamiento descriptivo al derecho o, incluso, compartirlo, pero será ésa una pretensión secundaria, pues la principal no es otra que la de recomendar sistemas jurídicos en los que el Derecho se identifique y se aplique (deba ser identificado y aplicado) sin recurrir a la moral (CAMPBELL, 1998, pp. 303-308).

² El positivismo normativo, a juicio de Alfonso García Figuerola, sería incoherente puesto que «viola una regla que rige la actividad del teórico del Derecho positivista: describir el Derecho tal como es sin atender a consideraciones normativas» (GARCÍA FIGUEROA, 2008, p. 88).

vismo es estudiar el Derecho tal y como es, manteniendo una posición neutral ante la realidad jurídica, no ha podido desarrollar fielmente dicho proyecto puesto que también ha entrañado una pretensión sobre cómo debe ser el Derecho (Bobbio, 1961b, 227)³. Ahora bien, que el positivismo jurídico decimonónico estuviera cargado de ideología (Jiménez Cano, 2008a, 33-37) y hubiera una vinculación histórica entre la práctica del positivismo metodológico y la defensa de cierto valores, entre ellos los de la certeza jurídica, sencillamente quiere decir que tal conexión es, en efecto, histórica pero no lógica, necesaria o esencial (Bobbio, 1961a, 48-49; 1961b, 238).

La formulación y defensa de una ideología, desde luego, no hace a la teoría del Derecho menos descriptiva; sencillamente reafirma que si el positivismo jurídico pretende ser una teoría del Derecho (y abogo para que lo sea) –y no una ideología o una filosofía política– no puede entenderse como positivismo ético. Tampoco hace menos descriptivo al positivismo jurídico el sostenerlo por razones normativas o éticas (Hierro, 2002, 298-299). Pero una cosa es el carácter de la teoría y otro los argumentos en defensa de la misma. Creo que el control racional y los criterios de éxito para determinar qué teoría es explicativamente mejor o más correcta deben radicar en razones científicas o evidencias sensibles y no en argumentos políticos o morales (Bix, 2007, 4-5), mas eso no quita para que cuanto más correcta sea la teoría, descriptivamente hablando, mejor sirva para fundamentar la crítica moral o política.

Insistir en que una cosa es describir y otra prescribir, al igual que reiterar que una cosa es el Derecho que *es* y otra el Derecho que *debe ser* «nos será útil para orillar estos dos peligros: el peligro de que el Derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del Derecho que debe ser, y el peligro de que el Derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica» (Hart, 1958, 10). Tener clara esta dicotomía evitará «perpetuar la confusión, siempre atractiva en las disciplinas morales, entre el momento de la investigación y el de la crítica ético-política» (Bobbio, 1961a, 64). Por estas razones, una teoría descriptiva puede ser defendida sobre la base de argumentos explicativos, pero también valorativos sin que el uso de juicios con este último carácter haga menos descriptiva a la teoría misma.

Estas apreciaciones son las que me llevaron a calificar tanto al iuspositivismo crítico de Luigi Ferrajoli como al positivismo corregido de Gregorio Peces-Barba de ideologías (Jiménez Cano, 2008a, 85) o, si se

³ En este punto, insiste Bobbio al afirmar que «puesto que la ciencia o es avaluativa o no es ciencia, el método positivista es pura y simplemente el método científico y, por tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho: si no es ése el objetivo no se hará ciencia, sino filosofía o ideología del Derecho» (BOBBIO, 1961b, p. 241). Por mi parte he defendido la neutralidad de la teoría jurídica respecto de valores morales o políticos, pero no la de los denominados valores epistémicos (JIMÉNEZ CANO, 2008a, pp. 115-116; 2010).

prefiere, de filosofías políticas, pero no de teorías positivistas incluyentes del Derecho, como considera Moreso en su comentario. Es cierto que dichas filosofías mantienen tesis muy próximas al positivismo incluyente, pero, al menos en el caso del positivismo crítico, les apartan sus respectivas pretensiones metodológicas. Estas últimas son, a mi juicio, las primeras lindes entre una teoría iuspositivista y otra que no lo es.

En efecto, baste comparar la pretensión teórica fundamental del positivismo jurídico incluyente, según la cual la moral puede, en ocasiones, determinar la validez del Derecho (Coleman, 1998, 126; Himma, 1999, 415; 2005, 1), con las tesis del «iuspositivismo crítico» y del positivismo corregido para comprobar su cercanía. De acuerdo con el primero, los principios sustanciales y los derechos fundamentales positivados en las constituciones condicionan la validez de las normas jurídicas (Ferrajoli, 2002, 10-13). Según el segundo, la definición de lo jurídico en la actualidad no puede mantenerse únicamente desde los criterios formales del órgano competente y del procedimiento establecido, sino que a esta definición se incorporan las dimensiones de moralidad que conforman la ética pública (Peces-Barba, 1997, 533)⁴.

Sin embargo, los objetivos metodológicos del positivismo incluyente y del positivismo crítico parecen muy diferentes. Por un lado, Will Waluchow y Jules Coleman han considerado que el positivismo jurídico incluyente o incorporacionismo responde a las pretensiones del positivismo jurídico como una teoría general y descriptivo-explicativa del Derecho, mostrando que este tipo de positivismo no debe identificarse como una tesis acerca de los valores que el Derecho debe seguir (Waluchow, 1994, 84 y 230; Coleman, 1998, 145). Por otro, y de acuerdo con el positivismo crítico, el teórico del Derecho no debe limitarse a describir el orden jurídico bajo la primacía de la constitución, sino que además tiene una función crítica o normativa, que es a la vez científica y política, a través de la cual debe realizar propuestas tanto de resolución de lagunas y antinomias como de nuevas garantías o formas de corrección que tienen como fin último imponer deberes al legislador y al juez (Ferrajoli, 2002, 11; 2003, 18-19). Este tipo de positivismo implicaría, aún más, una teoría política que conllevaría la sustitución de la visión meramente procedimental de la democracia por una perspectiva sustancial que situaría los derechos por encima del principio de la mayoría (Ferrajoli, 2002, 17-18).

En el caso del positivismo corregido, su objetivo prescriptivo y compromiso axiológico con una determinada idea de justicia o de ética pública me parecen hoy menos evidentes. La afirmación de que el positivismo corregido se diferencia del positivismo clásico por la relevancia que otorga a la ética pública, a la que sitúa como componente *necesario*

⁴ La ética pública conforma el conjunto de valores, principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de la sociedad democrática debe realizar; la ética pública porta el conjunto de fines que debe realizar el poder político a través del Derecho (PECES-BARBA, 1997, p. 536).

de la identificación del Derecho válido (Peces-Barba, 1999, 88 y 123), junto con mi percepción de que la ética pública no es más que un entramado moral únicamente compatible con ciertos valores –en alguna medida objetivos– propios de los Estados constitucionales actuales, me llevan a sostener que más que una teoría jurídica positivista se trata bien de una dogmática jurídica comprometida con un particular sistema jurídico-político, bien de una teoría prescriptiva que pretende la incorporación de dicha ética concreta en todos los sistemas jurídicos (Jiménez Cano, 2008a, 102-104)⁵. No obstante, Gregorio Peces-Barba actualmente entiende por ética pública no unos concretos contenidos de moralidad, sino cualquier contenido de moralidad legalizada aunque ésta siga siendo necesaria para identificar la validez del Derecho (Peces-Barba, 2008, 13). Así entendido, el positivismo corregido puede mantener sus pretensiones explicativas generales, aunque su tesis acerca de la validez jurídica condicionada por la moral positivada (la que sea) sigue produciendo serias dudas sobre su corrección explicativa que lo hacen partícipe de muchas de las críticas vertidas contra el positivismo jurídico incluyente.

3. EL CASO DEL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

En la segunda parte de su comentario, Moreso considera que el positivismo jurídico excluyente no es una concepción del Derecho más acertada que el positivismo jurídico incluyente basándose, principalmente, en tres argumentos. En primer lugar, entiende que la *incorporación* de estándares morales en las normas jurídicas no supone una remisión del sistema jurídico a otro sistema normativo distinto, sino una auténtica incorporación de la moral al Derecho de tal manera que aquélla condicionaría la validez de éste. En segundo lugar, considera que la *incorporación* de conceptos morales en los sistemas jurídicos no desdibuja el carácter convencional del Derecho. En tercer y último lugar, estima que la tesis de la irrelevancia de la moral objetiva en el momento de juzgar la validez jurídica por parte de las autoridades finales es contraria a la distinción entre identificación y aplicación del Derecho, a la vez que desvanece la diferencia entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales.

⁵ Esta opinión parecía respaldada por las palabras de Francisco Javier Ansuátegui, quien duda de que el positivismo corregido sea realmente positivismo, pues no ofrece una definición neutral del Derecho a no ser que se entienda no como un discurso de teoría del Derecho, sino de dogmática jurídica referido a un concreto sistema jurídico (ANSUÁTEGUI, 2007, 124).

3.1 Por qué la moral es irrelevante para la validez jurídica

Respecto al primer argumento, Moreso considera que las referencias a la moral contenidas en las normas jurídicas no constituyen una simple remisión a conceptos extrajurídicos, sino que se trataría de una auténtica incorporación de la moral al Derecho, de manera que aquella llegaría a formar parte del sistema jurídico que la *incorporase* (Moreso y Vilajosana, 2004, 199). La diferencia ente Moreso y algunos autores excluyentes radica aquí en la idea de aplicabilidad y de pertenencia. Los excluyentes, desde luego, no niegan la inclusión de conceptos morales en las normas jurídicas siempre que las haya, tampoco niegan que las normas jurídicas puedan estar motivadas por principios o valores morales, ni siquiera niegan que los operadores jurídicos estén obligados a aplicar su contenido cuando estén referidos en normas jurídicas o que recurran a argumentos valorativos en sus tareas de decisión jurídica (Kelsen, 1959, 101; Bulygin, 2006, 109; Escudero, 2007, 47; Jiménez Cano, 2008a, 198). Lo que rechazan es que el contenido de dichos conceptos pertenezca al sistema jurídico que los incluya. De esta manera, se trataría de una *incorporación* meramente *aparente* y, en realidad, se estaría ante un supuesto de reenvío similar a la técnica del Derecho internacional privado, dando cierto efecto jurídico a estándares normativos que no forman parte del Derecho de un país (Marmor, 2001, 50-51; Raz, 2004, 30-36; Bulygin, 2006, 103; Escudero, 2007, 52; Jiménez Cano, 2008a, 199-200).

Diferenciar entre pertenencia y aplicabilidad es importante, ya que si no se pudiera distinguir entre aquello que forma parte o pertenece al Derecho y aquello que, sin pertenecer al mismo, es aplicado o produce ciertos efectos jurídicos gran parte de la realidad pertenecería al Derecho. Piénsese en normas jurídicas que hacen referencia a conceptos tales como «fisión nuclear» pero que no los definen. El contenido de este concepto debe ser aplicado por los jueces sin pertenecer al Derecho mismo (¿o acaso se pretende que cualquier palabra o concepto incluido y no definido en una norma jurídica forme parte del Derecho en el que se enmarca dicha norma?)⁶. La pregunta pertinente, entonces, sería ¿quién y cómo determina ese contenido? Téngase en cuenta que se está haciendo referencia a conceptos no definidos en una disposición normativa

⁶ El artículo 2 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, define los *combustibles nucleares* como «las sustancias que pueden producir energía mediante un proceso automantenido de fisión nuclear». Ahora imagínese que un juez tuviera que aplicar el artículo 31 de dicha Ley, según el cual «los materiales radiactivos y los combustibles nucleares no podrán ser almacenados ni utilizados dentro del territorio nacional por personas o entidades que no estén autorizadas expresamente para ello por el Ministerio de Industria, previo el preceptivo informe de la Junta de Energía Nuclear». Dicho juez podría encontrar en la ley la definición de «combustibles nucleares», pero no el de «fisión nuclear». Aun así, el juez deberá aplicar el concepto «fisión nuclear», que no será parte del Derecho español, para determinar el concepto legal de «combustibles nucleares».

(ley, sentencia, etc.), ya que de lo contrario la respuesta sería sencilla: el contenido sería determinado por cada operador jurídico de acuerdo con las fuentes sociales del propio sistema jurídico. La cuestión, entonces, no es otra que considerar lo siguiente: ¿qué ocurre en el caso de los conceptos no definidos por fuentes sociales del sistema jurídico?

Piénsese en la inexistencia de una disposición legal, administrativa o judicial que determine el contenido de «trato cruel» más allá de la indicación del artículo 15 de la Constitución Española (CE). La pregunta es la misma: ¿quién y a qué recurre o cómo se determina ese contenido jurídico? La respuesta del positivismo jurídico excluyente es la siguiente: se fija por el operador jurídico en el caso concreto acudiendo a su discrecionalidad. Moreso arguye en su comentario que si el positivismo jurídico excluyente entiende que siempre que las normas jurídicas incluyan consideraciones morales los jueces tienen discrecionalidad; entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Sus buenas razones envuelven dos ejemplos. De acuerdo con el primero, «si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso». Según el segundo, «si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la siguiente pena (*poena cullei*) para el parricidio: el condenado será introducido en un saco de piel con un gallo, un perro, una serpiente y un mono y arrojado a las aguas del mar. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional» (Moreso, 2004, 53-54; y 2008b, 275). La respuesta incluyente, por ende, revela que el operador jurídico, en estos supuestos, no tiene discrecionalidad alguna.

Pero si no hay discrecionalidad, ¿a qué o adónde recurre el operador jurídico? La respuesta parece sencilla: a la moral. Ahora bien, muchas veces se trata a la moral como un concepto unívoco, mas es conocida la diversidad de tipos de moral (la subjetiva, la social, la objetiva...). Entonces, de qué tipo de moral se está hablando. Dejando al margen que, en el primer ejemplo señalado, el contrato entre A y B tendría al menos una apariencia de validez⁷ y que ésta persistiría hasta que un juez declare su nulidad (Lasarte 2007: 489)⁸, lo relevante de

⁷ Pues de acuerdo con el artículo 1254 del Código Civil, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

⁸ La cuestión de que un contrato es válido en tanto en cuanto no sea anulado por un tribunal puede verse en KELSEN, 1960, 276 y RAZ, 1979, p. 101.

los ejemplos que plantea Moreso es que no queda lo suficientemente claro si el contrato entre A y B es inmoral y la *poena cullei* cruel porque lo son *per se*, o porque «todos» (los juristas o los individuos en general) pensamos que lo son. Considérense ahora los versos 178 y 179 del capítulo 2 del Corán, que rezan: «¡Creyentes! Se os ha prescrito la ley del talión en casos de homicidio: libre por libre, esclavo por esclavo, hembra por hembra. Pero, si a alguien le rebaja su hermano la pena, que la demanda sea conforme al uso y la indemnización apropiada. Esto es un alivio por parte de vuestro Señor, una misericordia. Quien, después de esto, viole la ley, tendrá un castigo doloroso. ¡En la ley del talión tenéis vida, hombres de intelecto! Quizás, así, temáis a Alá. Y si uno renuncia a ello, le servirá de expiación. Quienes no decidan según lo que Alá ha revelado, éstos son los impíos»⁹. Seguro que Moreso, como yo mismo, entiende la pena del talión como cruel, pero no es menos seguro que muchas personas considerarán que tal pena es reflejo de equidad y moralidad. No todos, por tanto, pensamos lo mismo acerca de la moralidad o inmoralidad de la misma pena. Ahora bien, si dicha moralidad fuera independiente de nuestros pensamientos no hay mayor forma de comprobación en esta verdad coránica revelada que en la verdad acerca de la crueldad objetiva de la *poena cullei*. Parece que Moreso (2003, 117-150; 2008a, 826-828; Moreso y Vilajosana, 2004, 199-200) y otros autores incluyentes (Coleman, 1998a, 253; Himma, 2002, 250; y Kramer, 2004, 73, nota 18) se decantan por afirmar que el tipo de moral al que aluden no es otra que la moral objetiva.

El quid del debate es, pues, no tanto la cuestión de la discrecionalidad cuanto el del tipo de moral a la que se recurre para determinar conceptos morales, aunque desde luego son cuestiones íntimamente relacionadas. Por supuesto, ni es lugar ni es propio de la teoría del Derecho entrar a discutir la existencia de hechos morales objetivos, aunque la trascendencia de al menos mis habilidades o capacidades que supone el conocimiento de tales realidades (Okasha, 2001, 372), su resistencia a un método de conocimiento generalmente aceptado (Waldron, 1999, 211-212; Comanducci, 2003, 20; y Bulygin, 2006, 112-120, y Jiménez Cano, 2008a, 73-80) y su dudosa relevancia para la práctica jurídica (Himma, 2005, 15-16, y Jiménez Cano, 2008a, 236-238) conducen a pensar que si las normas jurídicas, con la inclusión de conceptos morales, no pretenden excluir a la moral en las decisiones jurídicas, entonces el significado de tales conceptos se habría de buscar en lo más accesible al ser humano, esto es, a la moral social o a la moral subjetiva¹⁰. En ambos casos, se estaría ante hechos

⁹ O el verso 45 del capítulo 5: «Les hemos prescrito en ella [*se refiere a la Tora*]: “Vida por vida, ojo por ojo, nariz por nariz, oreja por oreja, diente por diente y la ley del talión por las heridas”».

¹⁰ Es notorio que los más altos tribunales suelen entender que las remisiones morales de las normas jurídicas se dirigen a la moral social (véase, por ejemplo, la

sociales, no fuentes jurídicas directas, sino hechos sociales extrajurídicos que determinan normas jurídicas y el positivismo jurídico excluyente llevaría razón.

Es cierto, sin embargo, que de ser correcta la tesis de la discrecionalidad excluyente las frecuentes referencias a la moral en los sistemas constitucionales contemporáneos concederían un amplio margen de discrecionalidad a los jueces (Moreso, 2001, 95; Vilajosana, 2007, 78). Mas si esto se considera un problema, lo es de los propios sistemas jurídicos constitucionales y no de la teoría.

3.2. Por qué la moral es relevante para negar el convencionalismo

La mayoría, si no la totalidad, de los autores incluyentes son partidarios de la tesis convencionalista (Jiménez Cano, 2008a, 206-214). Según ésta, la existencia del Derecho descansa, en última instancia, en una clase específica de hecho social, en concreto, en una práctica social. El convencionalismo jurídico es, pues, un desarrollo de la regla de reconocimiento como práctica social concordante (Hart, 1961, 137, 1980, 5) o más concretamente como una práctica social convencional (Hart, 1994, 33).

De acuerdo con los autores incluyentes, el fundamento del Derecho reside en una convención social que determina los criterios de validez jurídica. Estos criterios, a su vez, pueden tener un carácter convencional (pueden ser hechos sociales) o no tenerlo (pueden ser estándares morales objetivos)¹¹. Las críticas a esta posibilidad son bien conocidas. Si los estándares morales son controvertidos y entre los operadores jurídicos existen discrepancias sustanciales acerca de su contenido, entonces es incompatible que haya una convención¹² acerca de tales criterios morales de validez (Dworkin, 1977, 116-118; 2006, 207-213; Bayón, 2002, 74-75). No pretendo retomar este debate (Jiménez Cano, 2008a, 250-256), así que me detendré en una cuestión diferente, aunque conectada,

STS 371/1993, Sala de lo Civil, de 19 de abril o la STC 62/1982, de 15 de octubre). A mi juicio, las dificultades de precisar la moral de un grupo social en la actualidad (RODRÍGUEZ MOLINERO, 1988, 126; ANSUÁTEGUI, 2007, 142; COMANDUCCI, 2002, 111-112; 2003, 21-23) inclinan la balanza en favor de la moral subjetiva, a pesar del repudio que la utilización de ésta por parte de los tribunales pueda producir.

¹¹ En este sentido, la tesis convencionalista en su versión incluyente sería una concreción de la versión débil de la tesis de las fuentes que sostiene que la existencia y contenido del derecho no tienen por qué estar únicamente determinados por fuentes sociales, sino que en ocasiones dicha existencia y contenido pueden venir establecidos por principios morales (RAZ, 1979, 66; WALUCHOW, 1994, 127-128; COLEMAN, 1998, 126, 2000, 182, 2001, 75 y 107-108; Himma, 1999, 415; 2005, 1).

¹² No obstante, no todos los autores entienden que una convención implica un acuerdo. A juicio de Andrei Marmor, en las convenciones no hay un acuerdo ni tácito ni implícito, sino más bien todo lo contrario: las convenciones sociales tienden a surgir con precisión en aquellos casos donde un acuerdo es difícil de alcanzar (MARMOR, 2001, 6).

apuntada por Moreso como es la de determinar cuándo procede recurrir a argumentos morales en las decisiones jurídicas.

Para algunos incorporacionistas, la moral objetiva puede ser condición de juridicidad en dos sentidos diferentes, bien como condición suficiente, bien como condición necesaria. Como condición suficiente, en algunos sistemas jurídicos puede ser suficiente que una norma reproduzca o sea consistente con el contenido de un principio moral para que ésta sea jurídicamente válida. Esto permite que una norma no recogida en fuentes sociales sea Derecho en virtud de su contenido moral. Por ejemplo, «todo lo que es justo es derecho». Como condición necesaria, en algunos sistemas jurídicos podría ser necesario que una norma recogida en fuentes sociales tuviera que ser moralmente correcta para poder ser considerada Derecho, actuando, de esta manera, la moral como una precondition de juridicidad. Por ejemplo, «toda sentencia judicial que sea justa es Derecho» (Shapiro, 1998, 182-185; Coleman, 2000, 178-182, 2001, 126; Himma, 2002, 136-137; Kramer, 2004, 2). Si todos los autores incluyentes consideraran que la moral puede entrar en juego como condición suficiente se enfrentarían al escenario extremo, en el cual la práctica convencional de los operadores jurídicos consistiría en decidir todas las disputas con referencia al Derecho natural (Leiter, 2007, 126)¹³. Caben, no obstante, muchos escenarios intermedios antes de este supuesto extremo, pero se necesitaría explicar cómo podría detenerse la vertiginosa *estrategia de abstracción* apuntada por Ronald Dworkin y seguir manteniendo la tesis convencionalista¹⁴.

¹³ En todo caso, parece que la posibilidad de tal regla de reconocimiento no sólo estaba en la mente de algún incorporacionista, sino que en alguna ocasión llegó a plantearse expresamente. En este sentido escribe Coleman, manifestando claramente tal pretensión, que «nosotros debemos defender la posibilidad de “cláusulas de suficiencia” en la regla de reconocimiento» (COLEMAN, 2001, p. 127).

¹⁴ Imagínese una regla de reconocimiento que determinase como criterio de validez «las sentencias judiciales justas son Derecho». Los autores incluyentes, de acuerdo con Dworkin, podrían considerar, siguiendo una estrategia de abstracción, que existe una convención siempre que los participantes estén de acuerdo en lo más abstracto de la misma (DWORKIN, 2006, pp. 209-213). En el caso ahora analizado, existiría una convención siempre que los jueces estuvieran de acuerdo sobre el término «justicia» en abstracto y se trataría de algo similar a un mero acuerdo de rótulos. Por ejemplo, habría una convención siempre que los jueces estuvieran de acuerdo en que el criterio de validez jurídica es la justicia en abstracto. Para la existencia de tal convención sería indiferente lo que significara en concreto la justicia para cada uno de los jueces intervinientes en la práctica. En el caso de que cada concreto significado fuera diferente no habría un desacuerdo en la convención, sino, a lo sumo, en la aplicación del contenido del concepto abstracto de la convención, es decir, sobre cuándo una norma es justa. Ahora bien, como ha apuntado Marmor, resulta imposible diferenciar entre los contenidos (o criterios) de la convención y la aplicación de la misma, ya que las convenciones lo son porque existe una práctica social de aplicar la regla a ciertos casos. Por esta razón es la aplicación de la regla lo que constituye su misma existencia y si la aplicación de una convención a una materia no está clara, entonces no existe ninguna convención al respecto (MARMOR, 2001, p. 58).

Esta versión de lo suficiente, no obstante, no les parece plausible a muchos positivistas incluyentes¹⁵ y sostienen que la moral únicamente podría llegar a ser una condición necesaria de validez jurídica¹⁶. Aunque, a mi juicio, el carácter convencionalista del Derecho se pondría igualmente en tela de juicio y por las mismas razones antes expresadas, presupóngase, no obstante, que el hecho de que la moral objetiva se incorpore en normas jurídicas positivas a efectos de la existencia y el contenido del Derecho válido permitiera seguir manteniendo la tesis convencionalista y diferenciar todavía el Derecho de la moral objetiva. En este caso, los incluyentes tendrían que, por un lado, aclarar cómo pueden aceptar que desde el compromiso con la moral objetiva ésta entra en juego únicamente en el caso de que las propias normas jurídicas incorporen estándares morales y, por otro, explicar cómo se puede seguir manteniendo el carácter convencional del Derecho, la diferenciación entre éste y la moral, así como no caer en la idea de la superfluidad del Derecho, dado el efecto irradiación de los derechos fundamentales¹⁷. Si las normas constitucionales de derechos fundamentales –estando éstas en el nivel más alto de la jerarquía normativa y pudiendo entonces ser causa de invalidez de cualquier norma jurídica– incorporan al sistema jurídico la moral objetiva, entonces ésta se irradiaría sobre todo el ordenamiento y la lectura moral de todo el Derecho se hace inevitable (Dworkin, 1996, 1-38; Himma, 2003, 184), reabriéndose el extremo escenario antes descrito.

Parece, pues, que el compromiso con la moral objetiva que despliega el positivismo jurídico incluyente le conduce a serios proble-

¹⁵ Así, por ejemplo, Waluchow llega a aducir que «un sistema jurídico que nos dijera simplemente que actuásemos de acuerdo con los principios de la moral no introduciría de hecho ninguna diferencia significativa respecto a una sociedad sin Derecho» (WALUCHOW, 2000, pp. 79-80). En un sentido similar puede verse MORESO, 2001, p. 109.

¹⁶ Sería ésta la original tesis suave de Hart al declarar que «de acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del Derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del Derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el Derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho» (HART, 1994, p. 51).

¹⁷ De acuerdo con el Tribunal Constitucional Alemán, en sentencia de 15 de enero de 1958, «la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del derecho, como decisión constitucional fundamental: la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso». El Tribunal Constitucional Español, por su parte, señala en su sentencia 9/1981, de 31 de marzo, que la Constitución es una norma «cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico». A su vez, la STC 25/1981, de 14 de julio, considera en su fundamento jurídico quinto que los derechos constituyen un orden objetivo de valores que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento jurídico.

mas teóricos, pero también metodológicos, enfrentándose a la neutralidad valorativa propia de la teoría del Derecho positivista (Hart, 1994, 30; Escudero, 2004, 251, y Marmor, 2006). Si el objetivismo moral fuera cierto, el positivismo jurídico excluyente tendría que reformular su teoría a la luz de las pruebas¹⁸, mas no se aducen pruebas en defensa del objetivismo moral, sino, a lo sumo, «buenas razones» (Moreso, 2003). Ahora bien, considero que no hay más buenas razones a la hora de justificar una creencia que los procedimientos fiables.

3.3. El Derecho es lo que dicen los jueces, pero no sólo

Uno de los argumentos más poderosos contra la tesis de que la moral objetiva determina la existencia y el contenido del Derecho (desarrollado en Jiménez Cano, 2008a, 236-237, sobre la base de Himma, 2005, 15-16) reside en el hecho de que si las autoridades finales¹⁹ pueden equivocarse a la hora de concretar la corrección (moral) de las normas que contienen referencias a la moralidad, entonces dicha corrección es irrelevante a la hora de juzgar la validez jurídica de tales normas. Moreso, no obstante, entiende en su comentario que dicho argumento desdibuja tanto la distinción entre identificación y aplicación del Derecho como la de definitividad e infalibilidad de las decisiones jurídicas.

La respuesta a ambas críticas necesitaría de una toma de posición en la teoría de la interpretación y aplicación jurídica—cosa que merecería desde luego un espacio aparte al de estas líneas—. Ahora bien, cuando se considera que la afirmación de que el Derecho es aquello que deciden las autoridades finales difumina la distinción entre identificación y aplicación jurídica (en el sentido de que lo que sea el Derecho equivale a lo que los jueces apliquen en sus procesos de decisión), no se tiene en cuenta que no todo lo identificado como Derecho se reviste de decisión judicial. Por ejemplo, el artículo 57.5 CE, al señalar que «las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una Ley orgánica» es Derecho, pero ni ha sido desarrollado por el legislador orgánico ni aplicado por los jueces. Creo, por tanto, que la diferencia entre lo que sea la totalidad del Derecho y lo que decidan o apliquen las autoridades finales puede mantenerse.

Por otro lado, por muy definitiva que sea la decisión de una autoridad final respecto de la cuestión de la validez jurídica de una norma

¹⁸ Pues si el positivismo jurídico excluyente es apto para una naturalización (JIMÉNEZ CANO, 2008a, p. 278), es necesario estar dispuesto a revisar o rechazar la teoría, y no sólo la tesis de la neutralidad axiológica, a la luz de los hechos o, mejor, de las pruebas empíricas (POST, 1995, p. 695; ALLEN Y LEITER, 2001, p. 1496).

¹⁹ Una autoridad es una autoridad última o final si y sólo si no hay ninguna otra persona o institución con autoridad para revisar o anular la decisión de aquélla (DWORKIN, 1977, p. 84; HIMMA, 2005, p. 4).

dicha decisión no es necesariamente correcta desde el punto de vista moral. Podrá serlo o no y esto dependerá de la óptica del tipo de moral con la que se enjuicie (Jiménez Cano, 2008a, 240). Ahora bien, la corrección de la que habla Hart (1961, 176-183) es de índole jurídica o, con mayor precisión, de carácter interpretativo. Para valorar este tipo de corrección se necesita, en primer lugar, adherirse a la teoría interpretativa hartiana, de acuerdo con la cual los jueces meramente aplican el Derecho, y por ende no tienen discrecionalidad, cuando el núcleo de certeza semántica de la regla es claro, mientras que tienen discrecionalidad y crean Derecho si existe una penumbra en el significado de la misma (Hart, 1961, 157-160). No he pretendido suscribir ninguna teoría de la interpretación, ni siquiera una teoría escéptica (Guastini 1999: 15-16), pero si se admite que la textura abierta de los conceptos morales es mayor que la de otros conceptos, o que aquéllos son más abiertos a la indeterminación –de ahí la posibilidad de error–, entonces en esa zona de penumbra hasta Hart acogería de buen grado el escepticismo (Hart, 1961, 191). Cualquier interpretación sería aquí jurídicamente correcta y definitiva, salvo que se entendiera que la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) no sólo vincula al legislador ordinario, sino que se extiende también a la autoridad final. Ahora bien, no debe olvidarse que tal contenido esencial únicamente lo determina una autoridad final, como el Tribunal Constitucional²⁰. En este caso, si la decisión fuera contraria al contenido esencial del concepto, podría entenderse que aquélla fue definitiva pero incorrecta. Por consiguiente, la definitividad de una decisión no conlleva necesariamente su infalibilidad jurídica o moral.

4. EL PROYECTO NATURALIZADOR DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La propuesta naturalizadora que Biran Leiter (2007) ha llevado a cabo para la teoría del Derecho, y la idea de que el positivismo jurídico excluyente es más apto para su recepción (Jiménez Cano, 2008a, 271-284),

²⁰ Dicho Tribunal ha considerado que tal «contenido esencial» ha de ser fijado a través de dos vías complementarias. En primer lugar, acudir a su naturaleza jurídica, estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y «las generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho [...] Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». En segundo lugar, «tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (STC, 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico octavo).

reacciona principalmente contra el análisis conceptual basado en intuiciones (Jackson, 1998, 31-38; Himma, 2007, 153-154) y sienta las bases para un control racional basado en hechos verificables. En efecto, si ya existen problemas serios sobre el valor epistemológico de las verdades analíticas (Quine, 1951, 20-43; Harman, 1999, 140), el valor de las intuiciones como método filosófico de conocimiento o de construcción conceptual, entendidas éstas como simples «pareceres» de las personas sobre las cosas o los conceptos, queda al nivel de la mera opinión, además de que la inseguridad cognoscitiva parece de un grado muy superior (Bealer, 1998, 271; Cummins, 1998, 125; Hintikka, 1999, 143). Como ha señalado Jerry Fodor, «algún argumento es necesario acerca de qué hace a tales intuiciones verdaderas (o falsas) y, hasta donde yo puedo alcanzar, los únicos candidatos son hechos sobre conceptos» (Fodor, 2004, 19).

Desde el prisma naturalista se trata de evitar que la filosofía sea únicamente una disciplina conceptual o *a priori* permitiendo un acercamiento más empírico o científico, de manera que se consiga una continuidad o una estrecha conexión entre la filosofía y las ciencias naturales o sociales (Kornblith, 1999, 164; Allen y Leiter, 2001, 1494-1497; Feldman, 2006, Bix, 2006, 20-42). En concreto, se exige que las teorías filosóficas bien se apoyen o justifiquen en resultados científicos exitosos (continuidad con los resultados), bien emulen los métodos y las explicaciones de las investigaciones científicas (continuidad con los métodos) (Quine, 1969, 93; Leiter, 2007, 33-39).

Ahora bien, aunque es cierto que existen versiones del naturalismo que pretenden reemplazar el análisis conceptual entero por aproximaciones únicamente empíricas, la propuesta más plausible es la de un naturalismo cooperativo (Jiménez Cano, 2008a, 137). Este naturalismo, cooperativo o modesto, únicamente niega que ciertos aspectos importantes de la teoría del Derecho puedan ser fructíferamente estudiados por un análisis *a priori* y que, si bien no rechaza completamente una teoría jurídica de corte analítico, sí le ofrece a ésta una mayor colaboración con los resultados o los métodos de la ciencia. Desde este prisma, el naturalismo cooperativo puede ser visto como una manera de control racional de la teoría jurídica o, en su caso, de los análisis conceptuales sobre el Derecho, coadyuvando, en primer lugar, a una mejor explicación de la realidad jurídica y, en segundo término, justificando los análisis conceptuales, permitiendo elegir de entre ellos el mejor. Esto no quiere decir que por «el mejor» se entienda el más correcto desde un punto de vista moral o político, sino el más acorde con una descripción de la realidad jurídica. En efecto, los resultados y los métodos empíricos pueden permitir a los teóricos del derecho abandonar o modificar sus análisis, conduciendo así al progreso de la teoría jurídica. Además, esta continuidad con la ciencia favorece la utilidad y la claridad de la teoría permitiendo, de esta manera, una base más propicia para la interpretación y la crítica del Derecho (Feldman, 1999, 174-180).

El naturalismo cooperativo, por consiguiente, sería compatible con un análisis conceptual modesto o no-ambicioso dispuesto a recabar el auxilio de elementos e investigaciones empíricas. Así, el proyecto naturalizador de la teoría del Derecho y, en concreto, del positivismo jurídico puede ser posible una vez que cierto trabajo conceptual preparatorio ha sido realizado (Coleman, 2001, 213, 2002, 347; Rodríguez-Blanco, 2003, 99-101; Himma, 2007, 155-158). Con un auxilio de las ciencias empíricas no sólo parece posible un mayor progreso en la teoría del Derecho, sino un mayor control racional, pues lo determinante para preferir un concreto análisis conceptual descriptivo sobre otro se debe a que gana su lugar a través de una confirmación *a posteriori* (Leiter, 2007, 136).

Si el naturalismo, al menos el cooperativo, no representa la superación de todo análisis filosófico tampoco significa abrazar necesariamente el fisicalismo o el materialismo más duro, de acuerdo con el cual cuanto existe u ocurre está constituido por entidades o procesos físicos (Shoemaker, 1985, 426). El naturalismo biológico de John Searle (1992, 2000, 2007), al ofrecer una explicación naturalista de la conciencia (y la intencionalidad es un rasgo de la conciencia²¹) con una doble ontología²², es un buen ejemplo de este tipo de acercamiento que no podría, al menos sin reservas, ser etiquetado de fisicalista o materialista.

5. CONCLUSIONES

En los últimos tiempos se ha leído, y oído, que las etiquetas no importan, pero siempre he pensado que las etiquetas no son meros eslóganes, sino que son la forma más apta para poder transmitir de forma rápida y clara un cuerpo de ideas sobre algún asunto. El rótulo «positivismo jurídico», sin duda, no ha sido capaz de satisfacer totalmente esta pretensión y parece haber quedado reducido, a su vez, a un difuso eslogan («no existe una conexión necesaria entre Derecho y moral») que ha comprendido las más variopintas tesis, todas ellas vinculadas a la negación de casi la totalidad de las teorías iusnaturalistas (Kramer, 2004, 225). Consciente de la imposibilidad de ofrecer un concepto unitario de iuspositivismo sobre la base de todas estas tesis, mi objetivo consiste en enfocar tal concepto desde el plano metodológico, como el conjunto de teorías que comparten unos mismos

²¹ La relevancia de la intencionalidad en la explicación de instituciones sociales como el Derecho ha sido puesta de manifiesto en JIMÉNEZ CANO, 2008b, 683-701.

²² Ontología que incluye un modo de existencia objetivo, que comprende la conciencia como estado mental caudado por procesos neurobiológicos realizados en las estructuras cerebrales, y otro objetivo, en el sentido de que la conciencia sólo existe si es experimentada por algún agente humano o animal y que la hace irreductible a meros sucesos neurobiológicos.

objetivos e instrumentos metodológicos, a saber: describir el fenómeno jurídico en general a través de herramientas analíticas y empíricas. Estos objetivos no serían diferentes a los perseguidos por la teoría jurídica.

Son estos objetivos los que permiten reducir el número de teorías que se autoproclaman iuspositivistas y que contribuyen a que el rol comunicativo del rótulo «positivismo jurídico» haya sido infructuoso. Creo que la labor descriptiva puede separarse de la tarea valorativa (moral) y que sólo las teorías que emplean aquella labor pueden calificarse de iuspositivistas. No serán, sin embargo, sus objetivos, sino su incoherencia metodológica y epistemológica –por abordar estados de cosas no verificables, por el recurso a las intuiciones o el compromiso axiológico– la que dejará fuera del «rótulo» al positivismo jurídico incluyente.

La sujeción a hechos verificables y su coherencia metodológica harán del positivismo jurídico excluyente no sólo el más complaciente con los parámetros metodológicos del positivismo jurídico (general y descriptivo), sino el más capaz para abordar una seria reformulación de las herramientas y procedimientos que se continúen con los métodos y/o los resultados de las ciencias empíricas. Una naturalización de la teoría del Derecho y, en concreto, del positivismo jurídico se hace precisa si se quiere explicar realmente el fenómeno jurídico. Esto no significa reemplazar todo análisis iusfilosófico, especialmente en la teoría justificativa acerca de cómo deben decidir los tribunales o deben comportarse los ciudadanos de acuerdo con el Derecho, pero comprender esta labor dentro de la teoría jurídica haría recomendable un cambio de rótulo para ésta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEN, R. J. y LEITER, B., «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», *Virginia Law Review*, 87 (8), 2001, pp. 1491-1550.
- ANSUÁTEGUI, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ATRIA, F., «La ironía del positivismo jurídico», *Doxa*, 27, 2004, pp. 81-139.
- BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en NAVARRO, P. E., y REDONDO, M. C. (comps.), *La relevancia del Derecho. Estudios de Filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 57-92.
- BEALER, G., «A Theory of Concepts and Concept Possession», *Philosophical Issues*, 9, 1998, p. 261-301.
- BIX, B. (2006): *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid, Marcial Pons, 2006.
- «Joseph Raz and Conceptual Analysis», *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, 6 (2), 2007, pp. 1-7.

- BOBBIO, N., «Formalismo giuridico e formalismo etico», *Rivista di filosofia*, XLV, 3, 1954, pp. 235-270. Citado por la traducción castellana de RUIZ MIGUEL, A., «Formalismo jurídico y formalismo ético», en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 105-117.
- «Sul positivismo giuridico», *Rivista di filosofia*, LII, 1961a, pp. 14-34. Citado por la traducción castellana de GARZÓN VALDÉS, E.: «Positivismo jurídico», en BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2004, pp. 37-66.
- *Il positivismo giuridico*. Torino, Editrice Cooperativa Universitaria, 1961, Citado por la traducción castellana de Asís, R. DE, y GREPPI, A.: *El positivismo jurídico*. Madrid, Debate, 1993.
- «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», *Rivista de Diritto civile*, VIII, 1962, pp. 503-515. Citado por la traducción castellana de GARZÓN VALDÉS, E.: «Jusnaturalismo y positivismo jurídico», en BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*. México, 2006, Fontamara, 2004, pp. 67-90.
- BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2006.
- CAMPBELL, T. D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth, 1996.
- «The Point of Legal Positivism», *King's College Law Journal*, 9, 1998, pp. 63-81. Citado por la traducción castellana de RÓDENAS, A.: «El sentido del positivismo jurídico», *Doxa*, 25, 2004, pp. 303-331.
- COLEMAN, J., «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4: pp. 381-425. Citado por la version de Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 99-147.
- «Constraints on the Criteria of Legality», *Legal Theory*, 6, pp. 171-183.
- *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», trad. M. Carbonell, *Isonomía*, 16, 2002, pp. 89-112.
- «Las conexiones entre el Derecho y la moral», *Derechos y Libertades*, 12, 2003, pp. 15-26.
- CUMMINS, R., «Reflection on Reflective Equilibrium», en DEPAUL, M., y RAMSEY, W. (eds.), *Rethinking Intuition*. Oxford, Rowman & Little-field, 1998, pp. 113-127.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1977, Citado por la traducción castellana de GUSTAVINO, M.: *Los derechos en serio*, 2.^a ed. Barcelona, Ariel, 1989.
- *Freedom's Law*. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- *Justice in Robes*. Cambridge, Harvard University Press, 1996, Citado por la traducción castellana de IGLESIAS, M., y ORTIZ, I.: *La justicia con toga*. Madrid, 2007.
- ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid, Civitas, 2004.
- «Arguments against Inclusive Legal Positivism», en MORESO, J. J. (ed.), *Legal Theory / Teoría del Derecho*, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, 2007, pp. 43-52.

- FELDMAN, R., «Methodological Naturalism in Epistemology», en GRECO, J., y SOSA, E. (eds.): *The Blackwell Guide to Epistemology*. Oxford, Blackwell, 1999, pp. 170-186.
- «Naturalized Epistemology», en ZALTA, E. N. (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2006, <http://plato.stanford.edu>.
- FERRAJOLI, L., «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», trad. L. Córdova y P. Salazar, *Isonomía*, 16, 2002, pp. 7-20.
- «Pasado y futuro del Estado de Derecho», trad. P. Allegue, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29.
- FODOR, J., «Water's water everywhere», *London Review of Books*, 26, 20, pp. 17-19.
- GARCÍA FIGUEROA, A., «Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico», en DIMOULIS, D. y DUARTE, E. O. (coords.), *Teoria do Direito neocostitucional*. São Paulo, Editora Método, 2008, pp. 79-101.
- GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 1999. Citado por la 3.^a ed. de Carbonell, M. México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- HARMAN, G., *Reasoning, Meaning, and Mind*. Oxford, Clarendon, 1999.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon, 1961. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R.: *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. L. Hierro, F. J. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, 36, 1980, pp. 3-18.
- «Postscript» to *The Concept of Law*, 2.^a ed. Oxford, Clarendon, 1994. Citado por la traducción castellana de Tamayo, R.: *Post Scriptum al concepto de Derecho*, ed. por P. A. BULLOCH y J. RAZ. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- HIERRO, L., «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, 25, 2002, pp. 263-302.
- HIMMA, K. E., «Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms», *Legal Theory*, 5, 1999, pp. 415-434.
- «Inclusive Legal Positivism», en COLEMAN, J., y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 125-165.
- «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law in Society*, 4 (2), 2003, pp. 149-218.
- «Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24, 21005, pp. 1-45.
- «Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy», en MORESO, J. J. (ed.): *Legal Theory / Teoría del Derecho*, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, 2007, pp. 151-158.
- HINTIKKA, J., «The Emperor's New Intuitions», *Journal of Philosophy*, 96, 1999, pp. 127-147.
- JACKSON, F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2008.
- «El Derecho como institución social: Searle y Hart», en AA.VV.: *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje a Gregorio Peces-Barba, tomo II*. Madrid, Dykinson, 2008, pp. 683-701.

- KELSEN, H., «Justice et droit naturel», *Annales de philosophie politique: le droit naturel*, tome 3, Paris, Presses Universitaires de France, 1959, pp. 1-123. Citado por la trad. cast. «Justicia y derecho natural», trad. E. Díaz, en AA.VV. *Crítica del derecho natural*. Madrid, Taurus, 1966, pp. 29-163.
- *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed. Wien, Franz Deuticke, 1960. Citado por la traducción castellana de VERNENGO, R. J.: *Teoría pura del Derecho*, 12.^a ed. México, Porrúa, 2002.
- KORNBLITH, H., «In Defense of a Naturalized Epistemology», en GRECO, J., y SOSA, E. (eds.): *The Blackwell Guide to Epistemology*. Oxford, Blackwell, 1999, pp. 158-169.
- KRAMER, M. H., *Where Law and Morality Meet*. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo I, 13.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.
- LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- «Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (4), 2006, pp. 683-704.
- MORESO, J. J., «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en CHIASSONI, P. (ed.), *The Legal Ought*. Torino, Giappichelli, 2001, pp. 37-64. Citado por la traducción castellana del mismo autor: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en NAVARRO, P. E., y REDONDO, M. C. (comps.): *La relevancia del Derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93-116.
- «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Análisis filosófico*, XXIII (2), 2003, pp. 117-150.
- «El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho», *Doxa*, 27, 2004, pp. 45-62.
- «La objetividad del Derecho y la objetividad de la moral», en AA.VV.: *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje a Gregorio Peces-Barba*, tomo II, Madrid, 2008, Dykinson, pp. 819-832.
- «El positivismo jurídico, la aplicación del Derecho y la interpretación de la Constitución», en DIMOULIS, D. y DUARTE, E. O. (coords.), *Teoria do Direito neocostitucional*. São Paulo, Editora Método, 2008, pp. 267-284.
- MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- OKASHA, S., «Verificationism, Realism and Scepticism», *Erkenntnis*, 55, 2001, pp. 371-385.
- PECES-BARBA, G., «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 531-544.
- *Derechos sociales y positivismo jurídico (Estudios de Filosofía jurídica y política)*. Madrid, Dykinson, 1999.
- «Una metateoría rigurosa», prólogo a JIMÉNEZ CANO, R. M.: *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 11-14.
- POST, J. F., «Naturalism», en AUDI, R. (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge, University Press, 1995. Citado por la traducción castellana de Marraud, H. y Alonso, E.: «Naturalismo», en

- AUDI, R. (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*. Madrid, Akal, 2004, pp. 695-696.
- QUINE, W. V. O., «Two Dogmas of Empiricism», *The Philosophical Review*, 60, 1951, pp. 20-43.
- «Epistemology Naturalized», en *Ontological Relativity and Other Essays*. New York, Columbia University Press, Citado por la traducción castellana de GARRIDO, M., y BLASCO, J. L.: «Naturalización de la epistemología», en *La relatividad ontológica y otros ensayos*. Madrid, Tecnos, 1974, pp. 93-119.
- RAZ, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Contributors. Oxford, Oxford University Press, 1979; citado por la traducción castellana de Tamayo, R.: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, 2.ª ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.
- «Incorporation By Law», *Legal Theory*, 10, 2004, pp. 1-17. Citado por la traducción castellana de Ruiz, R., y Jiménez Cano, R. M.: «La incorporación por el Derecho», *Derechos y Libertades*, 16, pp. 17-40.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, V., «A Defence of Hart's Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis», *Legal Theory*, 9, 2003, pp. 99-124.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., «La Moral en el Derecho vigente», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988, pp. 117-130.
- RUIZ MIGUEL, A., «Positivismo ideológico e ideología positivista», en RAMOS PASCUA, J. A., y RODILLA, M. A. (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 457-479.
- SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano, Edizioni di Comunità, 1965. Citado por la traducción castellana de Hennequin, J.: *¿Qué es el positivismo jurídico?* Puebla, 1965, Cajica, 2001.
- SEARLE, J. R., *The Rediscovery of the Mind*. Cambridge, MIT Press, 1992.
- «Consciousness», *Annual Review of Neuroscience*, 23, 2000, pp. 557-578
- «Biological Naturalism», en VELMAS, M. y SCHNEIDER, S. (eds.): *The Blackwell Companion to Consciousness*. Oxford, BLACKWELL, 2007, pp. 325-334.
- SHAPIRO, S. J., «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507. Citado por «On Hart's Way Out», en COLEMAN, J. (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 149-191.
- SHOEMAKER, S., «Physicalism», en AUDI, R. (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge, 1985. Cambridge University Press, Citado por la traducción castellana de Marraud, H. y Alonso, E.: «Fisicalismo», en AUDI, R. (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*. Madrid, Akal, 2004, p. 426.
- VILAJOSANA, J. M., *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- WALDRON, J., *Law and Disagreement*. Oxford-New York, Oxford University Press, 1999. Citado por la traducción castellana de Martí, J. L., y Quiroga, A.: *Derecho y desacuerdos*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*. Oxford-New York, Oxford University Press, 1994.
- «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, 6, 2000, pp. 45-81.

Fecha de recepción: 25/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

SEGUNDO DEBATE

Sobre el libro de Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 199 pp.

Por RAFAEL RAMIS BARCELÓ
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

En España, por consabidas razones históricas, no ha existido hasta hace poco un debate serio sobre cuestiones religiosas. Mientras hubo una creencia mayoritaria, el clero culto seguía con una teología revelada acrítica o con una teología racional tan alambicada, que proporcionaba poco espacio para el debate. Mientras los países centroeuropeos se dedicaron, desde el siglo XVIII, a la «Filosofía de la religión», en el mundo del Derecho posrevolucionario, se empezaron a dibujar las líneas básicas de un «Derecho eclesiástico del Estado», que intentó articular las relaciones del Estado con las Iglesias, imponiendo límites a las injerencias eclesiásticas en un Estado que postulaba progresivamente una mayor aconfesionalidad.

Desgraciadamente, la experiencia de la «Filosofía de la religión» (esto es, pensar la religión sin necesidad de la teología) y del «Derecho eclesiástico del Estado» (a saber, la normativa de carácter estatal que regula las relaciones con las Iglesias) tienen, en España, apenas treinta años. Pensar la cuestión religiosa desde un punto de vista serio y sereno es, todavía hoy, una cuestión difícil. Es por ello que debemos celebrar la aparición del libro que reseñamos, fruto de un debate elegante y agudo entre dos juristas: Alfonso Ruiz Miguel, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, y Rafael Navarro-Valls, catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense.

La postura de los dos profesores es bastante diferente, pero ambos dejan traslucir un importante avance en el orden intelectual: hoy ya puede pensarse libremente y debatir –sin mayores problemas– la

cuestión religiosa y los problemas que ésta puede provocar en su articulación con la sociedad civil. El debate se produce exclusivamente en términos jurídicos, pero conviene recalcar que si esto es posible es porque comparten una premisa básica en el orden del pensamiento: se puede discutir sobre las implicaciones prácticas del tema religioso desde un prisma no teológico-político.

El libro recoge las ponencias que ambos autores dictaron en la *Fundación Coloquio Jurídico Europeo* de Madrid el día 17 de enero de 2008, así como sus réplicas, precedidas de un estudio preliminar debido a la profesora María Isabel de la Iglesia. La ponencia del profesor Ruiz Miguel es muy rica: articulando un interesante tránsito desde el Derecho Constitucional a la Filosofía del Derecho, se tratan cuestiones muy relevantes para una lectura laica de la Constitución. Ruiz Miguel considera, a partir de varios ejemplos prácticos, que el Tribunal Constitucional se extralimita en la protección de los derechos, pues parece que protege más a las colectividades que a los sujetos individuales. Con mucha razón, Ruiz Miguel considera que esta interpretación es comunitarista, pues otorga una relevancia mucho mayor a los derechos de los colectivos que a los individuales. Ligado a esta cuestión, el ponente considera que existen numerosos casos en los que los criterios de decisión de normas de rango constitucional acaban siendo violentados por una práctica incorrecta. De este modo, muchas veces la interpretación del Tribunal Constitucional acaba fundamentándose en criterios que se encuentran en normas infralegales, que contradicen los criterios que emanan de la propia Constitución. Esto sería, según el ponente, una interpretación «sobreconstitucionalizada».

Aplicando esta concepción al derecho eclesiástico, según Ruiz Miguel, podemos entender el concepto de libertad religiosa «sobreconstitucionalizado» de dos maneras diferentes: la primera, si las confesiones religiosas son las depositarias de la libertad, en detrimento de los individuos; en segundo lugar, si se consideran más importantes, en cuanto a la libertad religiosa, aquellas confesiones con mayor implantación social.

Para solucionar el problema, Ruiz Miguel propone limitar el alcance del artículo 16.3 de la Constitución, de manera que su interpretación no se fundamente en derechos adquiridos, sino en una revisión de la Constitución. De este modo, se podría fijar adecuadamente las relaciones con las diferentes confesiones, establecidas mediante los límites de la propia Constitución.

Navarro Valls se declara –desde un primer momento– un firme partidario del «Estado laico». La diferencia, es que este ponente define «Estado laico» como aquél en el que todas las personas tienen libertad para configurar su plan de vida. Navarro-Valls, en vez de referirse a las injerencias de la Iglesia en el ámbito civil, se preocupa del Estado «propagandista», que impone modelos de vida a los ciudadanos. En este sentido, Navarro Valls aboga por la laicidad «positiva», que se contrapone al «laicismo». La «laicidad positiva» implica que la

relación entre el Estado y las Iglesias no sea la de la oposición, sino que pueda existir una cooperación, abierta –incluso– a la aceptación de algunos valores religiosos. Navarro Valls indica, como argumento de autoridad, que algunos Tribunales Europeos ya han construido jurisprudencia en este sentido.

Hemos empezado expresando las diferencias entre buena parte de Europa y España, en la que el proceso de secularización se ha llevado a cabo, tarde y mal, esto es, irreflexivamente, y a remolque de las oleadas que llegaban de otros países europeos que habían pasado ya algunas fases de «laicismo». Lo que resulta curioso es que la idea de Navarro-Valls, llevada directamente a la práctica, es una medida liberal, en el más genuino sentido de la palabra. Resulta, pues, que los dos ponentes parecen criticar el comunitarismo del Constitucional, pero de una forma muy distinta. La diferencia se encuentra en que para Ruiz Miguel debería evitarse la cooperación, y que la aconfesionalidad debería entenderse como neutralidad, mientras que los mismos preceptos constitucionales son entendidos por Navarro-Valls como una necesidad de cooperación del Estado con las Iglesias, huyendo de extremismos.

Las posturas quedan más claras, si cabe, en la segunda intervención de cada uno de los ponentes. Ruiz Miguel aboga por una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad de los poderes públicos. El profesor Navarro-Valls, en cambio, considera que la laicidad más estricta no permite el desarrollo de las libertades individuales y colectivas. Ciertamente, la diferencia entre ambos ponentes se encuentra en la manera en que el Estado y la Iglesia deben relacionarse. Para Ruiz Miguel, que el Estado y la Iglesia «cooperen», le parece inadecuado, pues cree que la cooperación es unidireccional. Navarro-Valls tiene una opinión positiva de la cooperación del Estado con las Iglesias, pues para él, la religión en sí es algo que tiene interés para el Estado. En «The end», la segunda intervención de Navarro-Valls, el catedrático de Derecho Eclesiástico deja clara de nuevo su postura, comentando algunos errores reconocidos por Ruiz Miguel, y vertiendo algunos grumos de sal al debate.

Lo mejor de estos coloquios es, precisamente, percibir cuáles son las diferencias entre dos modelos articulados por profesores rigurosos como son Navarro-Valls y Ruiz Miguel. Uno representa la plasmación jurídica del optimismo religioso, partidario de que el Estado pueda garantizar la cooperación con las Iglesias, pues entiende que están haciendo un bien y que el individuo puede libremente planificar su vida aceptando –si uno quiere– los criterios que dan las diferentes confesiones, o rechazándolos; mientras que el otro entiende precisamente la libertad como neutralidad, es decir, en un sentido absolutamente pasivo, en el que el Estado y las Iglesias deben estar completamente separados. En realidad, las dos posturas son las dos caras de una misma moneda: en buena parte de Europa, donde la cuestión religiosa no tiene tantos ecos de un pasado de confesionalidad a macha-

martillo como en España, el laicismo se ha podido convertir en laicidad positiva, pues las Iglesias tienen claramente delimitado su papel en la sociedad por la Constitución y por las leyes que la van desarrollando. Ejemplos, sin ir más lejos, como los de Gianni Vattimo o Claudio Magris, que reflexionan sobre la laicidad tolerante y lúcida, que saben dar «al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios», son una muestra de buen tino en un país eminentemente clerical como Italia. Será cuestión de años que en España se genere una cultura democrática en la que las cuestiones religiosas puedan ser debatidas sin excesos ni descalificaciones.

Que se haya producido el debate, y que se haya editado este libro es una invitación al optimismo. El rigor, la elegancia –no reñida con la ironía– y la defensa razonada de los planteamientos son un buen modelo con el que los ponentes obsequian al público. Ojalá su ejemplo continúe en los años venideros.

Fecha de recepción: 26/02/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

Del laicismo al irenismo: precisiones cordiales

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

Cuando alguien se toma la molestia de recensionar un libro, y lo hace tan mesurada y aprobatoriamente, lo menos que puede hacer su autor, en este caso coautor, es poner por delante su agradecimiento. Rafael Ramis Barceló ha escrito un comentario a la vez ponderado y distanciado que da cuenta del debate entre Rafael Navarro-Valls y yo mismo a propósito de la interpretación constitucional de la laicidad. Como el debate recibió luego una réplica mía a la contestación de Navarro-Valls y una dúplica final de mi contradictor, sería del todo impropio que yo aprovechara esta ocasión para continuar con una contradúplica o como pueda llamarse semejante forma de porfía. Asumo, pues, el compromiso de limitarme a responder sólo a la crítica de Ramis, sin volver a replicar los varios argumentos de Navarro-Valls de los que todavía discrepo como no sea estrictamente indispensable y por vía indirecta para mi propósito, que no es otro que comentar un par de malentendidos en la interpretación de mis posiciones en la polémica.

Como mi propósito incluye no desanimar a un joven y prometedor investigador, quiero poner de manifiesto la facilidad con la que brotan malentendidos y errores en esta profesión nuestra, volviendo a recordar, como Ramis lo hace en su crítica, que en mis escritos había dos errores, por más que sólo uno de ellos coincidiera con los que Navarro-Valls en su dúplica me agradece haber rectificado. Tratando de ser breve, y para que lo coteje el eventual lector interesado, tiene toda la razón Navarro-Valls en que la trinca no era, como yo afirmé en mi réplica, un ejercicio de las oposiciones a cátedra durante el franquismo sino una mera opción dentro de uno de los ejercicios (*cf.* pp. 148 y 190 del libro comentado). En cambio, no puede contar como un error, y menos reconocido, la presunción de Navarro-Valls de que yo

me haya desdicho en momento alguno de la optimización a la alemana para transitar a una hipotética optimización americana de estirpe dworkiniana (p. 191): si en mi primer escrito cité las *policies* de Dworkin y los mandatos de optimización de Alexy para apoyar mi interpretación «intermedia» o limitada del deber de cooperación (pp. 89-91), en mi réplica no creo en absoluto haberme desdicho de ello, aunque volviera a mostrar mi preferencia por la interpretación «ideal» o más exigente, en la línea de la integridad dworkiniana (pp. 152-154). Mi segundo error, en el que en cambio Navarro-Valls no insistió, fue afirmar inicialmente que las subvenciones a la Iglesia católica eran «en buena parte» contrarias a la neutralidad (p. 81), lo que rectifiqué cuando caí en la cuenta de que al menos dos tercios de tales subvenciones se dirigen a la actividad neutral de financiar la educación concertada en los colegios religiosos (p. 184): salvados los principios, quede la calificación de la cuantía en una «parte no despreciable».

Pasemos a los que considero malentendidos de Ramis, tal vez alentados por su implícita inclinación a suavizar irénicamente la disputa, sobre lo que volveré al final. El primer malentendido gira sobre la idea de sobreconstitucionalización. Ramis da a entender que tal figura consiste, según mi criterio, en que el Tribunal Constitucional ha elevado a interpretación de la Constitución lo que serían meros criterios *infralegales* que, en particular, se extralimitarían en la protección de los derechos al preferir la libertad de las colectividades religiosas a la libertad religiosa individual, una extralimitación que yo propondría resolver mediante una «revisión de la Constitución».

Tengo que hacer tres precisiones a esta interpretación. Ante todo, lo que yo afirmé es que la sobreconstitucionalización se produce por la elevación de criterios *infraconstitucionales*, sean legales (como la Ley Orgánica de Libertad Religiosa), procedentes de acuerdos internacionales (como los firmados con la Santa Sede) o de normas de rango inferior al legal (como los acuerdos con las comunidades musulmana o judía en materia educativa) (pp. 51-52; aunque quizá el error de Ramis provenga de la utilización por Navarro-Valls de una versión previa de mi ponencia que en este punto había sido desafortunadamente ambigua: cf. pp. 109-112 y 157-159).

Junto a lo anterior, mi segunda precisión es que en ningún momento de mis dos escritos propongo revisar la Constitución en esta materia. Es cierto que una supresión de la mención expresa a la Iglesia católica contenida en el artículo 16.3 contaría con mi aplauso, pero el planteamiento que adopté en mis escritos fue declarada y meramente interpretativo. Bajo el punto de vista interno de buscar la mejor interpretación posible de la Constitución –y, alternativamente, al menos la interpretación de momento más viable para iniciar un cambio gradual hacia esa interpretación ideal–, lo que propuse en todo momento es entender el principio de aconfesionalidad del Estado como un criterio de neutralidad de éste ante las creencias en materia religiosa. Las razones básicas de ello están en el principio de no discriminación por

razón de religión y en el derecho a la libertad religiosa como libertad que incluye las posiciones laicistas, ateas, agnósticas, etc., ambos expresamente reconocidos, pero no siempre bien aplicados, por la jurisprudencia de nuestro TC.

La tercera precisión, a modo de ampliación, es que no me limité a denunciar lo que Ramis denomina «extralimitación» en la protección de los derechos de las comunidades religiosas. Junto a mis observaciones críticas a la perspectiva comunitarista que subyace a la sobreconstitucionalización antes mencionada, en lo que puse mayores insistencias y argumentos fue en objetar la idea de la «laicidad positiva», un oxímoron por el que se ha introducido subrepticamente el favorecimiento estatal de algunas creencias en materia religiosa en particular. En efecto, lo que la noción de laicidad positiva afirma es que la aconfesionalidad o neutralidad estatal en materia religiosa es compatible con una consideración favorable de ciertas confesiones que *se debe* traducir en formas de ayudas promocionales y prestacionales a distintos colectivos que las incluyen o las representan. A mi modo de ver, esta forma de garantizar a algunas confesiones una libertad religiosa fuerte, a través de especiales subvenciones estatales, contradice el criterio de neutralidad porque trata discriminatoriamente a las personas por razón de sus creencias en materia de religión.

Lo anterior me permite comentar más brevemente el segundo malentendido de Ramis, que me atribuye la idea de que considero inadecuado «que el Estado y la Iglesia “cooperen”». Sin embargo, en ningún momento me opuse, sino todo lo contrario, a una verdadera cooperación con unas u otras confesiones en asuntos de interés mutuo y de contenido no específicamente religioso, como en materia educativa, sanitaria o de conservación del patrimonio. Esa es la cooperación que en perfecta compatibilidad con la neutralidad indiferente hacia todo lo que afecta a la religión (incluidas las posiciones no religiosas) se encuentra en el espacio intermedio entre la beligerancia estatal hacia lo religioso y la laicidad positiva. A mi modo de ver, la defensa de Navarro-Valls, y ahora de Ramis, de la cooperación activa propia de la libertad positiva como antídoto y superación del supuestamente reprochable laicismo hace de éste un espantapájaros fácil de derribar en el consabido *aut aut* y no puede interpretarse, según dice Ramis, como «una medida liberal, en el más genuino sentido de la palabra». Como Navarro-Valls no respondió en ningún momento a mi interpretación crítica de su propia propuesta en favor del «mercado libre de las ideas religiosas», que para mí exigiría que el Estado fuera un regulador neutral que no interfiere en la competencia entre ellas favoreciendo a unas sobre otras (pp. 76-77 y 163-164), yo había dado por resuelto el punto. No insistiré mucho más, salvo para recordar mi propuesta, tanto terminológica como normativa, de que si los individuos, en ejercicio de su libertad religiosa, pueden ser laicistas (en el sentido de beligerantes frente a las religiones), el Estado debe ser laico, esto es, neutral entre posiciones «laicistas» y religiosas. Y esa es la neutralidad incompatible

con la laicidad positiva y la cooperación prestacional y promocional de ciertas creencias en materia religiosa.

Concluyo ya. Tiendo a pensar que algunos de los malentendidos anteriores son producto de un cierto irenismo de la interpretación del comentador. Que mi debate con Navarro-Valls haya sido «serio y sereno», «elegante y agudo» y hasta riguroso y razonado, no convierte a las dos posturas en «las dos caras de una misma moneda», una moneda para Ramis ya hace tiempo de curso legal en el resto de Europa y gracias a la cual se habría superado la polémica entre «la confesionalidad a machamartillo» y el obsoleto laicismo mediante la pacificadora laicidad positiva. Más bien creo que, en España, la defensa a machamartillo de la religión católica por algunos obispos tiende a considerar como beligerante laicismo cualquier mínimo avance en la línea de la estricta neutralidad estatal hacia esa confesión. Pero «dar al César lo que es del César y a Dios lo que es Dios» exige hoy, en una sociedad plural, que el César no favorezca a ningún dios, ni siquiera a los dioses del Panteón.

Fecha de recepción: 23/04/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

Demasiado honor: sobre el irenismo de los aprendices

Por RAFAEL RAMIS BARCELÓ

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Tuve una enorme satisfacción al leer el escrito del profesor Alfonso Ruiz Miguel sobre mi recensión por dos motivos: porque no lo esperaba en absoluto, y porque me hacía partícipe en un debate que había seguido con interés y admiración. La «réplica» de Ruiz Miguel supone para mí un alto honor, al que no sé si sabré corresponder adecuadamente.

De hecho, la idea de escribir una recensión se debe al buen hacer de Ernesto Garzón Valdés, que me regaló el libro, que no tardé en devorar. Tal vez era un libro que no debería haber devorado, sino saboreado con más calma. Tiene razón Alfonso Ruiz Miguel al considerar que algunos errores de interpretación se deben más a una interpretación en conjunto de los debates con Navarro Valls, que a la literalidad del libro sobre el que escribí la recensión.

En todo caso, debo pedir disculpas a ambos «contendientes» por haber simplificado en exceso sus posturas, muy elaboradas jurídicamente, para llevar mi comentario a un terreno más filosófico o, mejor dicho, ideológico. De hecho, en mi recensión sólo quise exponer dos cuestiones que no versan ni sobre hermenéutica de la Constitución, ni sobre teoría política, que son, tal vez, los grandes temas del debate acerca de las relaciones entre la Constitución y las confesiones religiosas.

En mi recensión me limité a señalar dos cuestiones de perogrullo que, tal vez por ser demasiado obvias, hubieran podido pasar desapercibidas. La primera era poner de manifiesto que el debate sobre temas jurídico-religiosos es posible, por fin, en España, sin necesidad de lanzar anatemas ni amenazar a nadie. Por esa razón hice una analogía con la «filosofía de la religión», pues se trata de un ejemplo igualmente flagrante de la reciente secularización de los temas religiosos en España, que afortunadamente ya se pueden examinar sin necesidad de

pasar a los extremos decimonónicos que puedan representar en *La Regenta*, y con todas sus contradicciones, don Santos Barinaga y don Pompeyo Guimarán.

La segunda idea era remarcar que el trasfondo del problema no radica en una cuestión tan jurídica como ideológica. Quizás, precisamente por simplificar los argumentos jurídicos en pos de los planteamientos ideológicos, mi recensión peque de «irenista». Creo, sin embargo, que no se debe tanto al irenismo conciliador de los aprendices de buena ley, que procuran evitar los conflictos entre los grandes maestros, cuanto al haber transportado el corazón del debate al terreno de la ideología, de modo que las cuestiones más enconadas jurídicamente puedan quedar así algo difuminadas.

El problema de fondo, a mi entender, radica en la actitud que una persona tiene ideológicamente ante el fenómeno religioso y su institucionalización eclesiástica. El hecho de vestir esta actitud con ropajes jurídicos puede ser más o menos difícil, y puede llevar no pocos problemas, pero no deja de ser una cuestión accesoria a la principal.

Con ello quisiera remarcar que aquella persona que juzgue que las Iglesias son entes beneficiosos para la sociedad, querrá que el Estado tenga un papel activo en colaboración con ellas. Es la «apertura a la religión» que Aranguren quería para la ética, en analogía, en este caso, con la ideología política. El caso opuesto lo representa quien cree que las Iglesias desempeñan un papel negativo, y para ellas se busca el menor contacto posible, pues resultan «perniciosas» para el desarrollo de un Estado laico.

La laicidad positiva de Navarro Valls representa, por así decirlo, la «apertura hacia la religión», pues cree que la colaboración del Estado con las Iglesias debe ser fluida, pues hacen un bien a la sociedad. Ruiz Miguel cree que las Iglesias y el Estado deben cooperar, pero siempre en cuestiones –digamos– técnicas, nunca en los otros temas, pues en éstos no se admite colaboración alguna. Ya expuse esta idea en la recensión, que simplifica un poco las posturas jurídicas, pero creo que centra el debate en su verdadera raíz.

Cuando Ruiz Miguel dice que el Estado debe ser un regulador neutral, creo que acierta plenamente en la fórmula, pues debe acoger en su seno a los que están abiertos a la religión y a los que están –si es que así puede decirse– cerrados hacia ella. El problema está en que no parece que ninguno de los dos grupos acabe predominando tanto que permita anunciar el fin del otro. Por eso dije que son las dos caras de una misma moneda, pues ya son muchos los países europeos que han empezado a convivir en el frágil equilibrio del canto de la moneda.

Las diferentes confesiones cristianas, musulmanes, judíos... verán siempre con malos ojos que los respectivos Estados interpreten la laicidad y la neutralidad como la defensa de la increencia y que lo políticamente correcto sea lo antirreligioso, como ocurre en algunos casos, como réplica al confesionalismo obligatorio de antaño. Del mismo modo, los ateos y agnósticos jamás aprobarán las concesiones a las

diferentes religiones, pese a que las profesen millones de personas, pues opinan que el «mínimo común denominador» entre una persona religiosa y una que no lo es radica precisamente en la no-religiosidad. Frente a este dilema, tan tendente en sus extremos al perfeccionismo –y también al paternalismo–, poco pueden hacer los esquemas liberales de Dworkin, y no sé hasta qué punto los de Alexy.

Por eso en mi recensión acabé explicando la controversia en términos ideológicos, buscando una salida quizás «irenista» al conflicto. Pero mucho me temo que ambas posturas representan, como escribí, «dos caras de una misma moneda», en el sentido en que deben convivir juntas en el mismo Estado, y si una está de cara, la otra padecerá su cruz, y viceversa. Para que no haya ni caras ni cruces, quizás convenga fijarse en el ejemplo de algunos países europeos moderados, que llevan más años en un sistema democrático, y que han podido atemperar algo los dos extremos, de modo que la moneda no cae –al menos, exclusivamente– de un lado.

La grata impresión que me produjo el debate entre los profesores Navarro Valls y Ruiz Miguel me permitió atisbar cierto optimismo y afán en que la moneda no cayera exclusivamente de un lado, como pretenden algunos partidos políticos de diferente signo y también, como recuerda Ruiz Miguel, algunos obispos españoles.

Estoy completamente de acuerdo en todas las demás puntualizaciones que hace este autor sobre mi escrito. Quizás una recensión del libro –y no del debate– hubiera requerido una mayor finura en el examen de los argumentos jurídicos, y menos brochazos en aras de concretar los problemas ideológicos en los que me basé en su momento, y sobre los que he vuelto ahora. Le agradezco mucho al profesor Ruiz Miguel que se haya tomado la molestia en indicarme todos estos detalles.

Por último, con respecto al debate entre Navarro Valls y Ruiz Miguel, no quisiera que mi escrito procurara –por culpa de mi intemperante ardor juvenil– ningún tipo de malentendido en su controversia, ni que mi comentario sobre sus posturas se malinterpretase como una deformación o una distorsión. En este punto sí que soy irenista, e incluso el más pacífico de los feacios.

Fecha de recepción: 29/04/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

APARISI MIRALLES, Ángela, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Granada, Comares, 2007, 170 pp.

La obra objeto de esta recensión recibió, en junio de 2008, el Premio Excmo. Sr. Luis Portero, al mejor trabajo de Derechos Humanos, concedido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada. En este libro la autora pretende, como ella misma indica, analizar la actualidad del pensamiento de Francisco de Vitoria sobre la guerra y la paz.

El libro está dividido en tres capítulos. En el primero, titulado «Presupuestos filosófico-políticos de la teoría de la guerra justa», Aparisi analiza los presupuestos de la teoría de la guerra justa de Francisco de Vitoria. Parte de la idea de que actualmente, en la cultura occidental, predomina un concepto negativo de «paz», limitado a la exigencia de ausencia de violencia. Frente a esta visión se situarían aquellas teorías que, de una manera u otra, mantienen un concepto más amplio, no reducido a la ausencia de guerra. Como precedente de esta doctrina podría destacarse, entre otros, a Spinoza, para quien «... de los Estados cuyos súbditos tienen tanto miedo que no pueden levantarse en armas no se debería decir que la paz reina en él, sino solamente que no hay guerra. La paz, en realidad, no es sólo la ausencia de hostilidades...». En este segundo contexto se enmarca la teoría tradicional de la «guerra justa». Con palabras de la autora, «uno de los hilos conductores de esta doctrina es el entender que la paz no remite, exclusivamente, a la carencia de guerra, defendiendo la existencia de una cierta conexión entre paz y justicia» (pp. 3-4). Esta teoría no ignora la malignidad intrínseca de la guerra, pero defiende la necesidad de establecer cuáles son sus causas legítimas y cuáles no lo son y, fundamentalmente, de establecer las bases para conseguir una paz estable.

La conquista de América fue un hecho que influyó decisivamente en el pensamiento de Francisco de Vitoria. Partiendo de este dato histórico, el autor centró su atención en la legitimación moral y jurídica de la ocupación española de las Indias. Esta reflexión quedó plasmada, entre otros trabajos, en su obra *De iure belli*, en la que abordó el problema de la licitud de la guerra. El libro de la profesora Aparisi destaca algunas de las más valiosas aportaciones de Vitoria como, por ejemplo, el germen de aspectos tan actuales como la idea de comunidad internacional (el *totus orbis*), o la exigencia de la búsqueda del bien común transnacional, por encima de intereses particulares, al decidir el recurso a la violencia. En esta línea, la autora destaca el espíritu pionero de este pensador del siglo XVI, a quien podemos considerar un pre-

cursor de la creación de organismos internacionales imparciales como, por ejemplo, Naciones Unidas. Aparisi considera que las reflexiones de Francisco de Vitoria nos permiten sentar las bases de lo que actualmente podríamos denominar una «teoría de la paz justa». Vitoria abogaba por una paz asentada sobre el respeto a la *humanitas* universal y, por ello, no dispuesta a permitir, sin ningún tipo de reacción internacional, que los derechos más elementales de las personas fueran impunemente violados.

En el Capítulo II, titulado «El *Ius ad bellum*», la profesora Aparisi aborda el pensamiento de Vitoria en relación a las razones o causas que podrían justificar el recurso a la violencia. Ciertamente, Vitoria toma como punto de partida la necesidad de esclarecer la justicia, o injusticia, de la ocupación de las Indias por los españoles. No obstante, este autor consiguió extraer el problema de la «guerra justa» del marco concreto de las discusiones sobre la conquista de las Indias, otorgándole una proyección general y universal. En concreto, en su obra *De iure belli* plasma, por primera vez, una distinción elemental para la teoría jurídica y moral de la guerra: la existente entre el *ius ad bellum* (derecho a la guerra), y el *ius in bello* (derecho de guerra o en la guerra). Mientras que el *ius ad bellum* se cuestiona sobre las causas que pueden legitimar el recurso a la violencia (fundamentalmente, y exclusivamente, la legítima defensa), el *ius in bello* se pregunta por el modo de desarrollar la guerra. Además, Vitoria aporta otra distinción: la existente entre guerra defensiva y guerra ofensiva.

Como ya se ha indicado, la autora no se limita a exponer las reflexiones de Vitoria, sino que las traslada al contexto internacional actual. En este sentido se plantea, entre otras cosas, si en la noción de guerra defensiva de Vitoria cabría incluir el concepto de «guerra preventiva», tal y como se entiende a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre contra los EE.UU., y la posterior reacción política internacional. Llega a la conclusión de que, partiendo de los presupuestos y principios de Vitoria, «sólo cabría admitir una legítima defensa cuando el ataque fuera inminente, en consonancia con los parámetros de la legítima defensa privada. Por ello, únicamente podría incluirse en el concepto de guerra defensiva la acción consistente en recurrir a las armas para evitar una agresión real y perentoria, ya preparada e inevitable» (pp. 68-69).

En realidad, como demuestra la profesora Aparisi, la teoría de la «guerra justa» fue concebida como una reacción ante una injuria o violación del derecho, «como una defensa contra un agresor que ha inferido, previamente a otro Estado, una injusticia –ya fuera una agresión armada o la lesión de un derecho–» (p. 70). Para la autora, este criterio se encuentra vigente en la actualidad, ya que las únicas «guerras que podrían considerarse aún justas hoy son las guerras defensivas, a las que se refiere el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de Naciones Unidas. Este precepto requiere la existencia de un ataque armado actual, y no la presencia de simples amenazas o temores» (p. 70).

No obstante, como pone de relieve Aparisi, Francisco de Vitoria también defendió que la guerra defensiva no sólo conlleva la defensa en sí, sino que también remitiría a la adecuada satisfacción por la injuria recibida. En este caso, la guerra se entendería como acto de justicia punitiva, aspecto polémico en la teoría de la «guerra justa» de Vitoria, que Angela Aparisi aborda con profundidad.

En relación a las causas que no justifican el recurso a la violencia, Aparisi también demuestra la actualidad del pensamiento de Vitoria. Así, por ejemplo, este autor ya afirmó que la diferencia de religión nunca es causa lícita, como

tampoco lo es la voluntad de extender el territorio. En definitiva, para Vitoria la única razón y justa causa para declarar la guerra es la violación del derecho.

Un aspecto especialmente actual de la teoría de la guerra justa de Francisco de Vitoria es su tratamiento de las intervenciones bélicas por razones humanitarias. Como destaca Aparisi, la posibilidad de una intervención bélica en los Estados cuando se producen graves violaciones de derechos humanos ya fue un tema vislumbrado por Vitoria, al afirmar que las Naciones pueden intervenir en ayuda de aquellos súbditos que se alzan contra un poder injusto que las oprime con su tiranía. Por ello, para la profesora Aparisi «Vitoria fue realmente un clarividente, no sólo por plantear en el siglo XVI estas cuestiones, sino por la oportunidad y ponderación de sus respuestas» (p. 115).

«El derecho de guerra» es el título del Capítulo III. En él, la autora nos muestra el tratamiento de Vitoria sobre el *Ius in Bello*, al intentar responder a la cuestión referente a qué es lícito hacer en la guerra justa y cómo deben ser tratados los enemigos. Vitoria vuelve a demostrar la actualidad de su pensamiento, al defender ciertos principios que deben regular el ejercicio de la guerra, con la finalidad de conseguir que, aun en un contexto de irracionalidad, se mantengan ciertos límites racionales. Dichos principios van dirigidos, fundamentalmente, a la parte contendiente que afronta la guerra con justa causa. Podemos observar que en Vitoria ya aparece la distinción, actualmente existente en el Derecho Internacional, entre combatientes y personal civil. También se refiere a los ciudadanos del Estado que injustamente ha provocado el conflicto, distinguiendo entre los que han tomado la decisión y el resto de la población. Con palabras de Aparisi, esta separación «implica, ya en sí, una cierta humanización de la guerra, en la medida en que evita que todos los ciudadanos compartan la suerte de aquellos que han declarado injustamente el conflicto, o que han tomado parte activa en el mismo» (p. 132). Al abordar el trato debido a los inocentes, Vitoria distingue entre el bien de la vida, los bienes materiales y la libertad. También trata la condición de los beligerantes, considerando qué medidas punitivas pueden ser lícitas con respecto a los combatientes y responsables del Estado ofensor, contra el que se promueve una guerra justa.

Quiero concluir destacando que estamos ante una obra muy valiosa. Como ya se ha indicado, el objetivo fundamental de la profesora Aparisi ha sido mostrar la actualidad del pensamiento de Francisco de Vitoria. La autora analiza, con rigor y profundidad, los principios en los que se apoya la teoría de la guerra justa de este autor, pero va mucho más allá. Nos sitúa en el contexto de la política internacional actual y nos muestra las claves para poder entender que las aportaciones de Vitoria aún rebosan actualidad. La obra nos anima a no olvidar que las soluciones a los problemas del presente y del futuro siempre encuentran un importante asiento en los cimientos proporcionados por la historia. En este caso, Ángela Aparisi nos remite a la decisiva contribución de quienes, como Francisco de Vitoria, sentaron las bases teórico-doctrinales para afrontar, desde la reflexión racional, un problema que hoy sigue siendo, aún más si cabe, decisivo para la humanidad, el de la guerra y la paz.

Martha MIRANDA
Universidad de Navarra

BIRULÉS BERTRÁN, Josefina; VIVAS LARRUY, María Ángeles (dir.), *Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad*, Estudios de Derecho Judicial 131/2007, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2008, 323 pp.

Las políticas de igualdad siguen siendo una cuestión clave en la agenda política y social. Aún el movimiento para la igualdad entre mujeres y hombres continúa combatiendo el sistema patriarcal dominante, traducido en la jerarquía de poder de lo masculino sobre lo femenino, ya sea desde fuera del sistema a través del asociacionismo, ya sea desde dentro utilizando los mecanismos del sistema político-jurídico.

En este libro se reúnen una serie de escritos sobre las construcciones sociales de la identidad femenina en relación a la familia, al trabajo o al sistema del sexo. A pesar de su título parcial, «Mujer y Trabajo», en realidad se aborda una variedad de temas conjuntamente relacionados con el mantenimiento del sistema patriarcal y el rol de la mujer en la sociedad masculina.

En el texto titulado «Problematizando construcciones de la feminidad, el cuerpo y la subjetividad: otras ceni/cyborg/cientas», Teresa Cabruja Ubach, profesora de psicología social, afirma a grandes rasgos que el modelo patriarcal tradicional se ha explicado siempre a partir de cuantiosos argumentos de dudosa justificación que van desde lo biológico, a lo psicológico e incluso a lo *naturalmente* social (pp. 19 y ss). No obstante, el patriarcalismo es una «estructura» socio-cultural profunda que ha presentado aspectos cambiantes dependiendo del momento y del lugar. Marta Segarra, profesora de filología francesa, en «Mujeres e Islam a través de la literatura: ni velo ni violencia» también analiza desde la cultura árabe la cuestión de la identidad construida de la mujer y su discriminación (pp. 79 y ss). El sistema patriarcal, como todo sistema social, busca perpetuarse. Sus ideales e imágenes de humanidad y subjetividad tienden a ser sacralizados de manera que puedan encubrir su carácter de construcciones sociales, siendo naturalizados.

Con todo, las diferencias sociales entre mujeres y hombres no deberían tener un origen natural sino de *artificialidad construida*¹. Continuamente se piensa en una sociedad *naturalmente* organizada en la que se ocultan o *invisibilizan* las desigualdades de género, disfrazadas como pura y simple cuestión de *diferencia del* entre sexos².

Hombres y mujeres aparecen históricamente diferenciados gracias a un pacto social en el que las mujeres quedaron desde un principio excluidas³. Ese pacto social distinguía, por un lado, al hombre caballeroso, fuerte y protector, culto y, sobre todo, racional y libre para forjar y decidir su propia vida. Por otro, a la mujer delicada, débil, sensible a las palabras, a la música, buena ama de casa, aunque demasiado dominada por los sentimientos y, por ello,

¹ Vid. en este mismo sentido, ASTELARRA, J., *Veinte años de políticas de igualdad*, Madrid, Cátedra/Universitat de València/ Instituto de la Mujer, 2005, p. 13.

² También coincide en esto MACKINON, C. A., A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, trad. E. Martín, Madrid, Cátedra, 1995, p. 428.

³ Sobre este pacto vid. RUBIO CASTRO, A., «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», en RUBIO CASTRO, A. y HERRERA, J., *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Málaga, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, p. 35.

incapaz de controlar su propia vida, resultando así para su protección inevitablemente recluida en el habitáculo establecido por los hombres y la sociedad que le rodean⁴. Así, las mujeres han permanecido encarceladas recurrentemente en diferentes «casas de muñecas»⁵. Al no ser incluidas en el pacto social «patriarcal», quedaron abandonadas en un estado de naturaleza donde imperaba la ley del más fuerte, la voluntad individual sin freno y la falta de mediación de la razón.

Esta visión de la identidad de la mujer en las sociedades patriarcales se vuelve más compleja y contradictoria cuando existen posiciones que juxtaponen la feminidad dócil y su reverso. Como de nuevo afirma Teresa Cabruja, a las niñas desde pequeñas les dan mensajes muy discordantes sobre ser seductoras y guapas, pero no demasiado, para no caer en la precocidad sexual y no romper la imagen de «inocencia» (p. 33). Se enfrentan dos polaridades: la pasividad femenina *versus* el descontrol o, también, maternidad *versus* sexualidad amenazadora. Esta es la identidad doble de la mujer artificialmente construida en las sociedades patriarcales.

En estas sociedades niños y niñas son educados de forma distinta distribuyendo roles sociales que acaban aceptándose como «naturales», como basados en distinciones biológicas. Aunque de hecho existe una gran diferencia biológica entre mujeres y hombres (la reproductiva), esta faceta vital no ha de ser relevante para considerar la igualdad social. Como tampoco para elaborar una identidad femenina contradictoria que se mueva entre lo materno y lo sexual, entre la «mujer buena» y la «mala mujer» (o prostituta).

En el trabajo «El pánico moral» (pp. 41-53), Dolores Juliano, doctora de antropología, trata el tema de la prostitución y la inmigración. Las mujeres buscan en muchas ocasiones estrategias de supervivencia migrando a países ricos donde aceptan trabajos precarios, desregularizados y mal pagados, sobre todo, aquellos relacionados con el cuidado de las personas y las tareas de limpieza. Frente a estas mujeres «buenas», se encuentran *las otras*, las prostitutas que a veces escogen esta profesión aunque sea como actividad alternativa que evita la comisión de delitos. Dolores Juliano plantea el «pánico moral» que produce todo lo relativo a la sexualidad, especialmente en relación a mujeres pobres.

En esta cuestión José Carlos González, magistrado, en el capítulo «Tráfico de personas, inmigración y prostitución: entre realidad y estereotipos» (pp. 55-76) critica la situación legislativa confusa y paradójica respecto a la inmigración y el tráfico ilegal, y entre tráfico ilegal y trata de mujeres para su explotación sexual. Reprocha los límites de una legislación que se encuentra a medio camino entre la persecución y la garantía cuya causa y fundamento es, sobre todo, «moralista». Aparece, de nuevo, esa doble identidad contradictoria de la mujer.

Por lo demás, la distinción social entre mujeres y hombres entronca con la división de la vida en privado (femenino) y público (masculino). Mientras en el ámbito de la familia se expresan los sentimientos y el afecto, siendo éste

⁴ ROUSSEAU, J. J., *Sobre el origen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1980, p. 287. Del mismo autor *El Emilio*, trad. L. Aguirre Prado, Madrid, EDAF, 1972.

⁵ IBSEN, H., *Casa de muñecas*, trad. G. de la Torre, Arganda del Rey (Madrid), Edimat Libros, 2005.

un espacio indisponible por parte del Estado⁶, en la esfera pública las relaciones son siempre formales e impersonales. Las mujeres «buenas» quedan relegadas al campo familiar porque se las ha considerado sobre todo depositarias de los sentimientos. Los hombres parecen más apropiados para el ámbito de la vida pública por su racionalidad y eficiencia. Y en efecto, la dicción «mujer pública» conlleva una carga de significación despectiva.

El problema en la división de estas esferas y de estos roles sociales es que la *razón* siempre ha sido el valor más destacado en las sociedades contemporáneas. Aunque en este contexto socio-cultural parezcan idealizarse unas supuestas características propiamente femeninas (la belleza, la delicadeza, la sensibilidad), lo que en realidad se esconde bajo ellas es la auténtica dominación del sexo masculino racional. Incluso puede incluirse en este sentido el mito de la incomprendibilidad y el misterio que despiertan las mujeres como una forma de sumisión a la racionalidad masculina⁷. Por eso, a la hora de hablar de hombres y mujeres no ha de hablarse de «sexo» sino de «género», porque la referencia no está en lo biológico sino en lo social⁸. El concepto de género empezó a utilizarse entorno a los años setenta del pasado siglo para referirse a la construcción socio-cultural de los comportamientos, actitudes, valores y sentimientos de los hombres y las mujeres respectivamente⁹.

Las diferencias de sexo no han de ser la base de las diferencias de género. La división sexual del trabajo significa que la tarea y funciones encomendadas a hombres y mujeres en la sociedad han sido distintas porque se han estimado esenciales las diferencias sexuales. Sobre los perfiles de las mujeres trabajadoras y los problemas de acceso al empleo, trata Cristina Carrasco, profesora de la Universidad de Barcelona en el capítulo «Mujeres y trabajo: entre la invisibilidad y la precariedad» (pp. 141-163).

En primer lugar, hay que decir que las diferencias sociales basadas en las sexuales dentro del sistema patriarcal tradicional conducen inmediatamente a una contradicción insalvable. En principio, las mujeres son el lazo de unión entre niños y adultos, adultos y viejos¹⁰. Esto es, representan un agente imprescindible para mantener la totalidad, puesto que a través de las relaciones afectivas familiares proporcionan el vínculo vital para la construcción de la identidad masculina que hace posible el ejercicio de la autoridad. A pesar de todo se ven «invisibilizadas» en ese mismo sistema al resultar ignorada su labor¹¹. Cristina Carrasco explica que el trabajo se ha identificado con el empleo y que los modelos económicos han considerado las familias sólo

⁶ FACCHI, A., «El pensamiento feminista sobre el derecho: recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl», en RUBIO CASTRO, A. y HERRERA, J., *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Málaga, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, p. 184.

⁷ MONEREO ATIENZA, C., «Narrativa y Género. Sobre desigualdad y justicia social en *Villette* de C. Brönte e *Insolación* de E. Pardo Bazán», en CALVO GONZÁLEZ, J., *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares/Obra Social Fundación Unicaja, 2008, pp. 235-252.

⁸ Guía para la evaluación del impacto en función del género, 2007, p. 3.

⁹ FARIÑAS DULCE, M. J., «La asimetría del género en el contexto de la globalización», en RUBIO CASTRO, A. y HERRERA, J., *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Málaga, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, p. 101.

¹⁰ Bodegón, E., 2001, 204.

¹¹ RUBIO CASTRO, A., *Feminismo y ciudadanía*, Sevilla/Málaga, Instituto Andaluz de la Mujer, 1997, pp. 87, 92.

como unidades de consumo de «bienes finales», como si en el interior de los hogares no se realizase ningún trabajo para la subsistencia de sus miembros¹². Este trabajo no remunerado es «invisible»; es el que realizan las mujeres. En segundo lugar, es preciso insistir en que se asigna a las mujeres un rol que las encasilla dentro de un mundo y las imposibilita para ejercitar realmente su libertad. Ciertamente no existe para la mujer la igualdad ni la capacidad real para ejercitar la libertad. Por una parte, cuando se afirma que es la propia mujer la que decide hacerse cargo de las responsabilidades familiares, lo que se ignora es la manera en que las propias condiciones sociales también llegan a producir limitaciones en las *elecciones* de ciertas mujeres, cuyo estilo de vida se ve relegado por *tradicción* al ámbito familiar. El modelo de la mujer trabajadora es problemático porque si las mujeres deciden libremente integrarse en mercado laboral, no quedaría nadie al cuidado de la familia. Al propio tiempo, cuando la mujer decide cuidar a la familia, tampoco se entiende la falta de reconocimiento hacia la importancia social de las tareas y las funciones sociales de la esfera familiar como un «trabajo» que debería ser remunerado.

En la actualidad el modelo de relaciones sociales basadas en la diferencia entre lo femenino y lo masculino experimenta una profunda crisis. Muchas mujeres han luchado y teorizado sobre los movimientos feministas y han logrado abrir una veda. Françoise Collin, filósofa y literata, recuerda a dos grandes filósofas feministas: Hannah Arendt y Simone Weil¹³. Hasta ahora las mujeres han intentado incorporarse en la esfera pública, pero se les sigue requiriendo un esfuerzo mayor y, además, suplementariamente, tener una doble presencia en el ámbito público y en el privado. Las exigencias a la mujer en cuanto al trabajo y en cuanto a su propia persona e imagen están provocando situaciones de estrés y enfermedad difícilmente reversibles. Laura Vaccarezza, médico y psicoanalista, en «¿De qué enferman las mujeres?» (pp. 165-188), explica que el modo de expresión sintomático se ha elegido por muchas mujeres en todos los tiempos, enfermando física y psíquicamente como manifestación de su propio malestar. Al presente, la efectividad, la competitividad, el éxito, la belleza son valores dominantes. La mujer debe conseguirlo todo: la belleza, el cuerpo, la juventud, a la vez que la maternidad y, también, la realización intelectual y laboral. En este mismo sentido Pilar Rivas, profesora titular de Derecho del trabajo y magistrada suplente, en «Las incapacidades laborales de las mujeres» (pp. 189-241).

La estrategia para superar el sistema patriarcal se está dirigiendo especialmente a la incorporación de la mujer al ámbito público. Sin embargo, esta incorporación de las mujeres a las organizaciones, las instituciones y cargos políticos, y al mercado de trabajo, no puede ser una táctica que «sume» a la mujer en el sistema de poder masculino y, por tanto, favorezca con ello su misma perpetuación.

Sólo muy recientemente la lucha contra la discriminación de la mujer está pasando a ser un objetivo social, no femenino en específico, que ocupa un lugar central en la agenda política y que va comenzado a producir una auténtica transformación estructural. La mayoría de las acciones propuestas son políticas basadas en el principio de igualdad de oportunidades y acciones positivas. No es todavía conveniente menospreciar la operatividad de estas

¹² Página 146.

¹³ Pp. 91 y ss.

opciones. Con todo, la perspectiva del «*mainstreaming*» debe ser principal en la búsqueda de la verdadera transformación del sistema de género en sí mismo y de las relaciones entre mujeres y hombres para acabar con la división entre la esfera pública y la esfera privada.

Las políticas han de estar más encaminadas a realizar significativas reformas estructurales del sistema. Urge como ineludiblemente necesario un cambio de la estructura organizativa e institucional que afecta al proceso político de decisión, a los mecanismos y técnicas de actuación y a los propios actores políticos. Se parte ahora de que todas las relaciones sociales están condicionadas por el sistema de género tradicional y que, por tanto, la dimensión de la igualdad de género ha de tenerse en cuenta en cada una de las actuaciones y actividades públicas. Esta estrategia no es forzosamente contradictoria o sustitutiva de las anteriores. Pero es preciso desenvolver una estrategia *doble*¹⁴. Tanto la estrategia de la igualdad de oportunidades y las acciones positivas, como la estrategia del *mainstreaming* centrada en la igualdad real de las mujeres, son necesarias para que las mujeres finalmente disfruten de una vida digna concretada en unos derechos fundamentales; ambas direcciones de acción resultan complementarias en miras a alcanzar los objetivos fijados. Se trata de «de-construir» la identidad femenina tradicional, de dejar de distinguir entre mujeres «buenas» y mujeres «malas» o «públicas», dejando que las mujeres sean realmente capacidades para construirse a sí mismas.

La reciente Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres sigue la línea de la transversalidad de género. Como defiende en otro de los textos la magistrada M.^a Teresa Conde-Pumpido («El proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: un análisis de la cuestión», pp. 111-141), existe la necesidad de un cambio en el concepto de igualdad de género, más amplio que el existente, así como una variedad de estrategias¹⁵. Es más, la meta es la construcción de la *diferencia* entre todos como seres humanos que eligen libremente los resultados o proyectos de vida digna, y no entre mujeres y hombres. La lucha compite por conseguir un cambio institucional, jurídico y cultural en el que en los círculos decisorios públicos y privados cuenten por igual ambos sexos, obligando a compartir cargas y tareas. Este nuevo modelo debe conseguir que, al margen de lo biológico del parto, no existan diferencias que justifiquen la asunción de las cargas familiares sólo por las mujeres.

En ese sentido el libro apuesta por esta transformación profunda, y anima a aunar esfuerzos para un cambio sustantivo en las relaciones político-sociales. Hay que crear un «espacio social ampliado» que involucre el ámbito público y el privado, que permita un tipo de acción político-social interactiva y relacional, y que presente conjunta y dialécticamente los dualismos de esencia ontológica de género¹⁶. La manera de construir este espacio no puede

¹⁴ ASTELARRA, J., *op. cit.*, p. 86. También, MONTOYA MELGAR, A. (dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (coord.), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/3007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, Civitas, 2007, p. 121.

¹⁵ Pp. 123.

¹⁶ HERRERA FLORES, J., *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005. Asimismo, HIGGINS, T. E., «Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights», en *Harvard Women's Law Journal*, 19, 1996, pp. 95 y ss.; GAIOTTI DE BIASE, P., *Che genere di politica? I perché e i come della politica delle donne*, vol. 1, Roma, Borla, 1998, pp. 120-136.

basarse en identidades «esencialistas» y en «discursos racionales *a priori*», reductores de la complejidad social. La apuesta intelectual e imaginativamente política debe estar a favor de un contexto complejo de diferencias reconocidas y de mínimos universales contrapuestos.

Cristina MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

CALVO GONZÁLEZ, José, *Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-narratif*, Québec (Canada), Les Presses de l'Université Laval (Collection Dikè), 2008, 141 pp.

En sintonía con los desarrollos de la teoría crítica del Derecho el profesor Calvo González, de la Universidad de Málaga, nos ofrece a través de la presente obra un nuevo y sugestivo avance en dirección a una teoría narrativista del Derecho, de la que es sin duda su principal expositor y teórico en España. La precedieron en los últimos años otras como *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho* (Barcelona, Ariel, 1992); *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1996); *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madrid, Tecnos, 1993, y 1998²); *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga, Ágora, 1996, y 2002²), o *Verdad [Narración] Justicia* (Málaga, Universidad de Málaga, 1998) [coord.]. En *Octroi de sens* reúne trabajos previos aparecidos entre 1998 y 2007, publicados en revistas de su especialidad, Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, encabezados por un texto inédito y específicamente elaborado para esta edición, al que titula «De l'expérience interprétative dans l'interprétation juridique, ou d'une danse immobile» (pp. 1-11). La metáfora de «danza inmóvil» es ya un primer acierto; oxímoron de la rotación sin traslación, como en el baile girostático de los derviches, danzantes ditirámicos, que concita ideas de cambio y estabilidad, adaptación y continuidad, así como la de escenografía, o mapa de su representación («La *fantaisie* d'une danse immobile qui permet de penser l'idée de l'interprétation dans l'interprétation juridique me séduit uniquement en tant qu'organisation et disposition de relations spatiales, c'est-à-dire, par son caractère chorégraphique. En tant que relation spatiale avec l'entourage et le contour, la chorégraphie est la représentation immobile des processus qui, dans la structure idéale d'un espace physique –le territoire scénique– composeront le mouvement que nous appelons danse. La chorégraphie est ainsi la carte de la danse. De même, la théorie de l'interprétation est la représentation des processus qui, dans la structure d'un espace idéal –la carte dogmatique de la scène du Droit– compose le mouvement de ce que nous appelons *interprétation juridique*. Aussi pouvons-nous imaginer cette interprétation juridique, ainsi que la chorégraphie d'une danse, comme la figure d'une danse immobile», p. 3), sirven eficazmente al autor para demarcar la función de la tarea jurídico-interpretativa: en el espacio del Derecho el movimiento no contradice su definición estática, sino que mediante elasticidad le *otorga sentido*. Es la danza autopoiética e intransitiva de la interpretación judicial; una figuración que expresa con fortuna ilustrativa el funcionamiento de la comunidad jurídica en su experiencia interpretativa ante fenómenos como el precedente judicial, en tanto que progresión de lo inmóvil, o de la legalidad ordinaria en la interpretación constitucional del neoconstitucionalismo. Así, la interpretación jurídica, que es para Calvo ante todo construcción lingüística, y a su parecer esencialmente discurso narrativo, *otorga sentido al Derecho*, lo que es bien distinto a decidir su sentido. Tal otorgamiento de sentido es característico de la función jurisdiccional, donde el juez como decidor y voz del Derecho –*iuris dictio*– actúa a modo de traductor –labor que Calvo explica con mayor detalle en el último capítulo de la obra– reconstruyendo el

mundo pretextual al tiempo que inventando (*ars inventio disponendi*) el horizonte posttextual.

A partir de este umbral y en adelante el libro se distribuye, desde una primera parte (De l'interprétation juridique), en el capítulo titulado «Que va devenir l'interprétation juridique?» (pp. 15-24), con aportación de una serie de propuestas de futuro (Six propositions pour le troisième millénaire, lo subtítulo), resumibles en su creciente valor, su carácter de recreativo, el riesgo inmanente de la sobreinterpretación, la búsqueda de sentido de lo que el A. denomina «verdades difíciles», el abordaje de nuevos retos y la profundización en la necesaria labor justificatoria. La segunda parte (Vérité et Narration), y los dos capítulos que la organizan («La vérité de la vérité judiciaire. Construction et régime narratif», pp. 27-51, y «Vérités difficiles: Contrôle judiciaire des faits et jugement de vraisemblance», pp. 53-90), plantean y exponen el valor verificativo de varias de las antes mencionadas propuestas. Calvo, para quien el proceso judicial constituye el ámbito de confrontación de hechos que ya tuvieron lugar, sostiene que para la comprensión de éstos es necesaria una narración reconstructiva basada en dos presupuestos: que no existe posible discusión acerca de la «verdad» de tales hechos, pues ella quedó atrás y está perdida (nos hallamos en el proceso siempre *post res perditas*), sino únicamente sobre lo que se cuente por verdad en torno a la ocurrencia de los hechos (habremos de hablar, pues, de «estrategias narrativas» de verdad y de verosimilitud de lo contado por verdad), de donde el proceso, por cuanto facilita el curso ideal en la producción del relato sobre los hechos —«bastidor narrativo», lo llama— privilegia la narrativa como forma argumental, siendo asimismo que el mismo acto y modo de narrar el relato de los hechos, de contar los hechos al narrarlos (retórica), también llegará a ser parte de la narración de los hechos. Calvo desemboca, provocando muy seguramente un removimiento de conciencias en muchas de las certidumbres de la teoría de la verdad procesal, en la afirmación de que la culminante «verdad judicial» posee un fuerte condicionamiento ficcional, no exento de condicionamientos de sacralidad idológico-jurídica pero igualmente de oportunidad política; o sea, Calvo sostiene, con reciedumbre de convicción, que la verdad de lo que deciden en Derecho los jueces es *verdad judicial* y es, además, la única verdad constitucionalmente posible en torno a los hechos de acuerdo a lo probado en juicio, pero no deja de alertar que lo que cabe así contar como verdad es una verdad con pretensiones de alcance muy limitadas (*ad intra processum*) y conforme a muy concretas aspiraciones de compromiso, siendo que una coherencia con la ideología del sistema jurídico no descarta —y a veces incluye— la operatividad de criterios de oportunidad jurídica, o simplemente política, disponiéndolos en un artificio narrativo al servicio de determinadas relaciones sociales y para tutela de las necesidades de ellas derivadas. Del resto, resulta sumamente útil el análisis que, con detallado recorrido jurídico-positivo y de derecho judicial por las fases sumarial (*prima operis fundamenta litis*) y de plenario (*litis opera*), así como en orden a particulares situaciones en la zona límite de la prueba, Calvo aplica al juicio de «verosimilitud» en el control judicial de hechos y Derecho, concretando las distintas manifestaciones de la *narratio probabilis*.

A la naturaleza narrativa de los juicios de hecho se retornará igualmente en la tercera parte de la obra (Fait et Narration). Allí, y a los capítulos «Modèle narratif du jugement de fait: *inventio* y *ratiocinatio*» (pp. 93-104) y «Faits difficiles et raisonnement probatoire. À propos de la preuve des faits dispes» (pp. 105-128). En el primero de ellos, partiendo de una sugestión borgeana

(«Ya a nadie le importan los hechos. Son meros puntos de partida para la invención y el razonamiento», en «Utopía de un hombre que está cansado», de *El libro de arena*, 1975) Calvo desentrañará la organización discursiva de los hechos, distinguiendo dos trayectorias: una narratividad «simple» o *fábula* (qué ocurrió; es decir, la acción de los hechos), y una narratividad «compleja» o *trama* (cómo, por qué, para qué ocurrió; es decir, los hechos en acción). Las diversas «apuestas narrativas» postuladas por las diferentes partes procesales experimentan un «ajuste narrativo» en el establecimiento judicial de los hechos (juicio de hecho contenido en el relato de hechos probados), que de exclusiva autoría judicial constituye el «triumfo narrativo» concretado en una *narratiuncula* cuyo valor es gigantesco no sólo porque esclarece y fija la ocurrencia histórica del suceso acontecido sino, sobre todo, porque se convierte en el argumento maestro de la fundamentación jurídica que –mediante solapamientos y combinaciones de consistencia y coherencia normativa– adscribe al cálculo consecuencial de la desavenencia o el irreducible desorden entre la experiencia del mundo de los hechos naturales y la cultural vigente de los hechos en Derecho el pertinente dispositivo institucional; esto es, comporta la resemantización del conflicto que concretará o al menos posibilitará la respuesta en Derecho. Al segundo se reserva la reflexión que distingue entre «hechos fáciles» (hechos para cuya fijación no es preciso acudir a la operativa razonadora de las reglas distributivas de la prueba) y «hechos difíciles» (hechos cuyo conocimiento y determinación objetiva exige desenvolver la complejidad de razonamiento probatorio), y también, con relación a la extrema dificultad de la prueba por concurso de indicios, la metodología de su sustanciación bajo la perspectiva de la teoría narrativista del derecho como medio para el otorgamiento de sentido.

Cierra la obra en la parte presentada como Metanarratif, que alberga el capítulo titulado «Jurisdictio comme traduction» (pp. 131-139). Acudiendo a concebir la función judicial decidora del Derecho como ejercicio de traducción y luego de presentar ésta como excediendo la mera transcripción, Calvo incursiona en el de la el problema de la fidelidad traductora como artificio (*ars inventio disponendi*) y creatividad. La fidelidad del juez a la ley, como traductor de ésta y en consecuencia la necesidad de controlar el poder de aquel, se identifican como aspectos relevantes y de actualísima importancia. Calvo, que con acreditada solvencia intelectual sabe manejarse en la moderna teoría de la traducción, critica tanto los rigideces «fidelistas» orteguianas como la timidez innovadora de Boyd White en la idea de *intellectual integration* y valor de mediación interactiva entre lenguajes, mostrándose inclinado a las posiciones de W. Benjamin y G. Steiner, que definen la noción de «fidelidad» como la forma reveladora que alcanza el sentido subyacente del lenguaje primitivo y puro de un texto y en virtud de la cual una traducción fiel es aquella que vivifica el texto primario mediante la tradición continuada en textos secundarios. Sobre esta base la analogía entre jurisdicción y traducción el juez, «boca» (traductora) que pronuncia las palabras de la ley, es para Calvo el artífice de la «di-versión» de tales palabras, y su pronunciamento (traducción), en tanto que *metadecir* intensivo o adversativo, una dicción no más allá de las palabras de la ley (o lo que es igual, de legislador), sino que por exigencia de ellas mismas, se situaría en una posición de «para-igualdad» con ellas (o lo que es igual, con el legislador). Concierta de este modo el A. con la pretensión de Montesquieu, que nunca buscó subordinar al juez a la letra de la ley, sino proscribir su sobreinterpretación, o sea, la extra-versión, la traducción aberrante; en definitiva, la arbitrariedad.

De este modo sintético, expuesto ya el contenido de la obra, debe esta reseña finalizar valorando muy positivamente la originalidad de los panoramas explorados, la excelencia metodológica de su presentación, y el tratamiento realista y experiencial practicado, siempre atento al dato jurídico positivo concreto y pertinente, así como también hacer un merecido elogio al brillante estilo de su escritura. Una, pues, tan provocadora como novedosa invitación a repensar desde la línea crítica de fondo de la teoría narrativa del Derecho substanciales aspectos del pensamiento jurídico en materia de interpretación y práctica judicial de los hechos con verdadero otorgamiento de sentido a numerosos e importantísimos problemas del Derecho moderno.

Concepción I. NÚÑEZ MARTÍNEZ

CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2008, 614 pp.

La cuestión de la validez de las normas ha sido siempre uno de los temas más controvertidos para la Teoría del Derecho. Tradicionalmente, desde posiciones positivistas se ha entendido que las normas válidas son las normas vigentes, es decir aquellas aprobadas por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado. En contraste, la profesora Patricia Cuenca, sin abandonar el paradigma positivista, se adscribe a la idea de que la validez de las normas jurídicas viene determinada no sólo por requisitos formales, sino también por la presencia de contenidos materiales. Según esta posición, junto a la dimensión dinámica los sistemas jurídicos necesariamente presentarían una dimensión estática, y por tanto la forma más adecuada de comprender el Derecho sería entenderlo como un sistema normativo de tipo mixto.

A la vista de esta primera descripción podría pensarse que la autora está refiriéndose al Derecho del Estado constitucional donde, efectivamente, la validez cobra una nueva dimensión al no equipararse inmediatamente las normas vigentes a las válidas por encontrarse el poder legislativo sometido a los límites sustanciales (especialmente en forma de derechos fundamentales)¹ marcados por la Constitución. Sin embargo, la autora afirma que todos los Ordenamientos jurídicos modernos, y no únicamente los constitucionales, poseen una dimensión mixta porque todos incorporan la presencia de contenidos materiales que se manifiestan ineludiblemente al menos en el tránsito de las normas generales a las normas particulares. Así, la validez de las normas inferiores vendrá determinada, además de por la competencia del órgano que las emana, por el respeto al contenido sustancial de las normas superiores.

La tesis desarrollada en esta obra encuentra dos referencias constantes que son, por un lado, la teoría kelseniana y particularmente la construcción gradual del Ordenamiento jurídico, y, por otro lado, un enfoque sistemático y funcional del Derecho. El enfoque sistemático lleva a entender el Derecho en términos de conjunto normativo mínimamente organizado al que se le suelen atribuir las características de coherencia y plenitud. Además, la visión sistemática del fenómeno jurídico proporciona un importante criterio para entender la validez en términos de pertenencia al sistema. Por su parte, la visión funcional supone considerar el Derecho no como un fin en sí mismo, sino como una herramienta cuyo cometido principal es el control de los comportamientos humanos en sociedad.

Desde estas coordenadas, la obra recensionada está estructurada en cinco capítulos donde se presentan los argumentos en forma dialéctica, proporcionando una detallada aproximación a las cuestiones jurídicas oportunas a través de la descripción crítica de las diferentes teorías para propo-

¹ Sobre este punto pueden citarse destacadamente las obras de FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2006 (5.ª ed.) y ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2008 (8.ª ed.)

ner posteriormente una tesis propia que apoye el carácter mixto del sistema jurídico.

Así, en el primer capítulo se expone la dimensión dinámica del Ordenamiento jurídico a partir, fundamentalmente, de la teoría de Hans Kelsen. Es común entender, desde posiciones que se califican como «canónicas» que la teoría pura kelseniana implica rechazar la presencia de dimensiones materiales en las normas superiores del Ordenamiento o, cuanto menos, afirmar que su presencia resulta irrelevante para determinar la validez de las normas jurídicas. Sin embargo, para la autora una adecuada interpretación de la dicotomía kelseniana dinámico/estático lleva a tener en cuenta que la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos no es tan clara si tenemos en cuenta que podemos considerar al Derecho tanto desde una dimensión metodológica como desde una ontológica. Desde la dimensión metodológica, que cuestiona la viabilidad del sistema estático como modelo de razonamiento moral, el modelo de sistema dinámico sí que puede considerarse como exponente de la configuración estructural del Derecho. Pero desde una dimensión ontológica, por el contrario, se concluirá que cuando Kelsen expone la categoría de los sistemas estáticos en realidad tiene por objeto la crítica a la teoría iusnaturalista mediante la vinculación de los sistemas estáticos con los modelos de Derecho natural (el cual para él no es ciencia). Por lo tanto, la oposición estático/dinámico realmente no se orientaría a diferenciar los ordenamientos jurídicos de los morales, sino más bien a distinguir entre diferentes teorías del Derecho².

A continuación se ofrece una versión alternativa a la tesis canónica, destinada a demostrar que la existencia de una dimensión estática en el Derecho y la relevancia de los contenidos materiales en la determinación de la validez de las normas jurídicas no está reñida con la visión positivista del Derecho. Por ello, la tesis alternativa se articula en torno a tres tesis centrales del positivismo jurídico. La primera es la *separación conceptual entre Derecho y moral* o, mejor, la separación entre el Derecho y una determinada concepción moral, que debe ser entendida en términos de independencia del Derecho respecto de la moral correcta y no respecto de cualquier moral. Una teoría pura «puede asumir sin problemas la presencia de dimensiones materiales en el sistema jurídico, lo que rechaza es que la calidad moral de tales contenidos resulte determinante a la hora de identificar el Derecho»³. Como reiteradamente se afirma a lo largo de toda la obra, defender la necesaria presencia de contenidos sustanciales en el sistema jurídico no significa necesariamente adoptar ninguna posición moral o política. La segunda tesis es la que afirma la *exclusividad del Derecho positivo*, que implica concebir el acto de creación jurídica como un acto mezcla de razón y voluntad. El hecho de que los contenidos materiales limiten la voluntad del órgano productor tampoco resulta contradictorio con el formalismo jurídico defendido por Kelsen. Y, en último lugar, la tercera tesis de la *autorregulación del Derecho* lleva a entender que la presencia de actos de decisión en el proceso de producción de todas las normas jurídicas no tiene por qué implicar la discrecionalidad abso-

² CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema normativo jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Ed. Dykinson, 2008, p. 60.

³ *Ibidem*, p. 83

luta de las autoridades jurídicas, sino que perfectamente se pueden encontrar (al menos mínimamente) determinados por el contenido sustancial de las normas superiores.

El segundo capítulo presta una especial atención a la función de control social para justificar la necesaria presencia de una dimensión estática en cualquier Ordenamiento jurídico. La consideración funcional y sistemática del Derecho permite predicar de él una serie de características (la generalidad, la congruencia y la coherencia por la primera y la jerarquía normativa, la unidad y la plenitud por la segunda) que permitirán negar su carácter dinámico puro. La seguridad jurídica, la igualdad formal y el imperio de la ley como rasgos que le son propios al Derecho se plantean así como requisitos formales derivados de la necesaria funcionalidad del Derecho como sistema normativo orientado al control social. Es decir, si queremos que el Derecho sea un instrumento útil como guía de los comportamientos humanos en sociedad, no puede dejar de reunir este mínimo conjunto de características materiales, que se presentan como exigencias racionales que limitan la organización y la actuación del poder jurídico.

La misma idea es la que lleva a justificar la presencia de contenidos materiales en las normas generales mediante un argumento *a contrario*: un sistema jurídico en el que los contenidos materiales hagan su aparición exclusivamente en el nivel de las normas individuales (sin relación con las normas generales) no puede desarrollar eficazmente su función de regulación de los comportamientos sociales. El valor de la seguridad jurídica implica no sólo que los ciudadanos sepan a quién obedecer en cada momento, sino también qué comportamiento es lícito adoptar. Esto conduce a la autora a afirmar la necesidad de explicar el nexo normativo dinámico como una *conexión no exclusivamente formal* en base a que las normas presentan lo que se ha llamado una *bivalencia secuencial funcional*, ya que operan como reglas que orientan los comportamientos sociales de los ciudadanos y a la vez como pautas que indican mínimamente al juez en qué sentido debe resolver un conflicto.

Demostrado que no es incompatible la presencia de contenidos materiales en las coordenadas positivistas y que la presencia de estos contenidos es determinante para que el Derecho pueda cumplir su función de control social, en el tercer capítulo se describirá qué se entiende por sistema mixto. Los dos modelos mixtos que se analizan se construyen a partir de la relación entre dos criterios básicos que pueden dar cuenta de la pertenencia de las normas a un sistema normativo: legalidad y deducibilidad. La combinación de ambos criterios dará lugar a sendos modelos de sistema mixto: uno de operatividad conjunta y otro de operatividad disyuntiva. Según el modelo de operatividad conjunta, ambos criterios deben estar presentes al mismo tiempo para determinar la validez de una norma en un sistema mixto. Según el modelo de operatividad disyuntiva, en cambio, cualquiera de los dos criterios suponen una condición suficiente de pertenencia. El análisis que se realiza del modelo disyuntivo, matizándolo, atenuará las diferencias con respecto al modelo mixto propuesto, sobre todo en lo que respecta a la dimensión dinámica del Ordenamiento jurídico, llegándose a la conclusión de que el criterio de deducibilidad no puede operar de manera absolutamente independiente del criterio de legalidad. Así, encontraríamos la más clara formulación del modelo mixto en estas líneas: «toda autoridad normativa *x* del sistema, *x* es competente exclusivamente para emitir normas determinadas», entendiéndose por determinadas «todas aquellas normas que no

sean incompatibles con el contenido de normas superiores y, en última instancia, que no entren en contradicción con el contenido de la norma constitucional»⁴.

Es en sede interpretativa⁵ donde se resolverá la exigencia de no contradicción que impone esa dimensión estática necesariamente presente en cualquier sistema jurídico. Por ese motivo en el cuarto capítulo se hablará de la interpretación como el *banco de pruebas* para la dimensión estática, pues será ella la que nos demuestre si es posible o no limitar desde un punto de vista sustantivo la actuación de las autoridades normativas. Como es sabido, en la doctrina no existe unanimidad, sino todo lo contrario, sobre la forma de concebir la interpretación, y ello debido que la comprensión de este fenómeno está directamente ligada a las diferentes comprensiones de lo jurídico. En el caso de la comprensión sistemática y funcional del Derecho adoptada en este trabajo, se requiere afirmar una mínima determinación de los enunciados jurídicos.

Se explican con detalle las dos grandes concepciones interpretativas: el concepto restringido o estricto, representado por la teoría cognitiva, que sostiene que, al ser los enunciados jurídicos totalmente determinados, la interpretación es necesaria únicamente en los supuestos de falta de claridad, y el concepto amplio, representado por la teoría escéptica, que sostiene que, al ser indeterminados los enunciados jurídicos, la interpretación es necesaria en todos los casos. El enfrentamiento entre estas dos concepciones (que en sus versiones extremas no son defendidas prácticamente por ninguna teoría) representa en realidad la polémica existente entre razón y voluntad. Es precisamente la conjugación entre estas dos dimensiones lo que pretende ligar la autora formulando una teoría ecléctica de la interpretación, que supone defender la tesis de una mínima o relativa determinación de los enunciados jurídicos. Desde esta posición ecléctica se asume una versión débil de la interpretación, que considera que el momento interpretativo es ineludible en cualquier operación jurídica, pero afirmando, a la vez, que el resultado normativo no depende únicamente de la voluntad del intérprete, ni tampoco de parámetros objetivos «que se puedan descubrir más allá de la norma», sino que la validez de estas decisiones interpretativas se encuentra condicionada por el sentido de los enunciados jurídicos que le sirven de referente. Así, se afirma que el criterio literal está presente en todas las operaciones de producción normativa y es prioritario respecto a los otros criterios interpretativos (a excepción hecha del criterio sistemático). El lenguaje en el que se expresa el Derecho debe considerarse al menos mínimamente determinado para que éste pueda tener operatividad como un instrumento de control de los comportamientos sociales. Por este motivo el papel del significado literal como vínculo positivo y negativo (como punto de partida y a la vez como límite) de las decisiones interpretativas es clave para entender la dimensión estática del sistema jurídico en la determinación de los criterios de validez de sus normas.

⁴ *Ibidem*, pp. 254-255.

⁵ La judicial es la interpretación jurídica por excelencia; sin embargo, el trabajo no se refiere únicamente a ella. No obstante, es en el paso de las normas generales a las normas individuales (que realizan paradigmáticamente los jueces) es donde la dimensión estática está siempre presente en cualquier sistema jurídico.

Por último, el quinto capítulo se propone reflexionar sobre las consecuencias de las posibles vulneraciones del límite sustantivo marcado por el significado literal. En la práctica jurídica los límites materiales impuestos por las normas superiores a la creación de normas inferiores no son respetados en todos los casos; por eso, «para asegurar su funcionalidad, el Derecho debe contar con estas patologías, estableciendo mecanismos destinados a subsanarlas»⁶. En estos casos numerosos autores, entre ellos Kelsen, opinan que los criterios formales deben prevalecer sobre los materiales, sosteniendo la tesis del carácter «en última instancia» dinámico del sistema jurídico, la cual no cuestiona la existencia y la relevancia de los criterios materiales en la determinación de la validez de las normas jurídicas, pero sí cuestiona que *en última instancia* los criterios materiales tengan la misma importancia que los criterios formales. La autora analiza críticamente estas teorías ensayando con ellas una especie de *reductio ad absurdum* porque conllevan la quiebra del aspecto funcional del Derecho.

Sobre tales críticas se formulará la tesis que propone la comprensión del sistema jurídico desde el carácter *en última instancia* mixto, que sostiene que las dimensiones estáticas y dinámicas poseen la misma relevancia en la determinación final de la validez jurídica. Teniendo en cuenta que la praxis jurídica no sólo puede violar los límites materiales que las normas superiores imponen al ejercicio del poder jurídico, sino que también puede vulnerar los límites formales, el trabajo intenta aportar algunas claves que contribuyan a superar el problema de las normas irregulares al que se enfrenta la Teoría del Derecho. Según la autora, la solución pasa por considerar como normas inválidas a todas las normas irregulares. Las normas irregulares son normas vigentes porque existen empíricamente y de hecho son usadas, aplicadas y reconocidas como vinculantes por los operadores jurídicos «como si» fueran válidas. Por eso, el derecho sistemáticamente válido no es siempre el «Derecho que es», sino que en ocasiones es meramente el «Derecho que debe ser», y la teoría que manejamos no es más que una teoría descriptiva del funcionamiento regular del Derecho que no alcanza a explicar todo el universo de situaciones anómalas que en la praxis jurídica se pueden generar.

Por lo tanto, la concepción del Derecho como sistema mixto implica la existencia de dos grandes tipos de normas: las regulares y las irregulares. Estas últimas no son válidas, pero sí dan lugar a consecuencias que poseen apariencia jurídica cuando son obedecidas. Para justificar esta obediencia, la única vía coherente con la visión de lo jurídico mantenida en el trabajo consiste en considerar el papel de la aceptación que la sociedad expresa hacia el carácter institucionalizado de los órganos que deciden sobre la validez, siempre que su actuación se mantenga, con carácter general, dentro de los límites fijados por el Derecho. El Derecho, así, puede tolerar la presencia de normas irregulares, pero únicamente mientras que sean esporádicas y no pongan en juego los valores que sirven para su aceptación y para la eficacia general del Ordenamiento jurídico. Si fuera de otra forma, el Derecho dejaría de ser un instrumento racional de control social para convertirse en un conjunto de mandatos arbitrarios únicamente apoyados en el uso de la fuerza⁷.

⁶ *Ibidem*, p. 455.

⁷ *Ibidem*, p. 569.

En definitiva, tras la lectura de esta obra es fácil estar de acuerdo con los premios académicos que recibió la valiente tesis doctoral que la antecede. La obra no sólo tiene un valor doctrinal que le hace merecer tales menciones, sino que también presenta un considerable valor formativo. El modelo mixto propuesto sin duda contribuye a aportar luz sobre uno de los más actuales y decisivos problemas de la Teoría del Derecho: no solamente cuándo debe considerarse una norma jurídica inválida sino qué tratamiento merecen las normas así calificadas dentro del Ordenamiento Jurídico.

José Antonio GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

DE LUCAS, Javier; SOLANES, Ángeles (edits.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*. Madrid, Dykinson, 2009, 541 pp.

Las políticas de inmigración se sustentan en la actualidad sobre la distinción entre nacional y extranjero. De esta forma, el régimen jurídico aplicable a una persona varía en función de su nacionalidad. A este respecto, los derechos que se vinculan más estrechamente con la condición de nacional son los derechos políticos. La configuración de los estados como estados-nación ha conllevado la identificación, y se podría decir que confusión, entre ciudadano y nacional. Es por ello que las reticencias en el reconocimiento de derechos a los extranjeros son especialmente agudas en el caso de aquellos. El presente libro se cuestiona dicha identificación, al tiempo que afronta la labor de elaborar propuestas alternativas que resulten, a la par que realistas, compatibles con el carácter universal de los derechos humanos, y además redunden en la posibilidad de la plena integración de los inmigrantes en las sociedades de acogida.

El libro se estructura en dos bloques bastante bien delimitados e internamente cohesionados, pese al hecho de recoger los resultados de un equipo de investigación bastante numeroso. En el primer bloque, titulado «Inmigración, derechos e integración social», se analiza el contexto actual del fenómeno de la inmigración, para posteriormente evaluar con minuciosidad su pertinencia para la efectiva integración de la población inmigrada y la equiparación en el reconocimiento y ejercicio de derechos. Si bien predomina el análisis político y jurídico, las aportaciones incluidas desde otras disciplinas del conocimiento lo complementan y enriquecen. El segundo bloque gira en torno a la cuestión de la igualdad en el reconocimiento de derechos y a la participación política de los inmigrantes, como gran escollo para la consecución de ese objetivo.

La autoría del primer trabajo corresponde al director del grupo de investigación, Javier de Lucas, que se ocupa de plantear y contextualizar la temática del primer bloque. La cuestión se sitúa en torno a dos posiciones contrapuestas sobre los movimientos migratorios: o bien se regulan conforme a las reglas y valores del estado de derecho y la democracia, o bien se conciben exclusivamente como un problema de seguridad y económico, de mercado laboral. En el primer caso, cabe reconocer, para el autor, un *ius migrandi* como derecho fundamental que incluiría tres dimensiones: el derecho a no emigrar, el derecho a emigrar y el derecho a asentarse, derechos que habría que regular. Si se opta por la segunda visión, la construcción discursiva en torno al fenómeno de la inmigración desemboca en lo que De Lucas denomina como «lógica del “estado de sitio”», esto es, en el prejuicio que relaciona inmigración con amenaza, invasión o inseguridad, de forma que el estado receptor concibe las políticas de inmigración desde la óptica del control fronterizo de los flujos, en busca de la impermeabilización excepto para atender a las necesidades del mercado, y de la reducción en el reconocimiento de derechos fundamentales. Hacia esa lógica tenderían las políticas de la Unión Europea y sus estados miembro, como pone de manifiesto especialmente mediante el análisis crítico de la «directiva de retorno», renombrada como «directiva de la vergüenza».

Javier Olesti toma el testigo y se pregunta por la eficacia que puede esperarse de las políticas centradas básicamente en el control fronterizo. Conveni-

do que la causa de los movimientos migratorios radica en la diferencia en los niveles de desarrollo entre países de origen y destino, esas políticas pueden reducir el número de inmigrantes, pero sin atajar el problema de raíz; para ello serían necesarias políticas de desarrollo eficaces. Establecidos los límites estructurales de las actuales políticas, pasa a exponer las medidas adoptadas por la Unión Europea en materia de control de fronteras y la lucha contra la inmigración irregular. Entre todas las medidas mencionadas, destacan los intentos de colaboración con los países de origen de la emigración, pues los escasos resultados de esa colaboración se deben a la insuficiencia en las contraprestaciones que esos países obtienen.

Angeles Solanes fija su atención en la causa de excepción antes mencionada de las políticas migratorias restrictivas: las necesidades del mercado. Así, el criterio general de la nacionalidad para la configuración legal del reconocimiento de derechos que privilegia a los nacionales sobre los extranjeros, se entrecruza, dentro de este segundo colectivo, con la distinción entre mano de obra cualificada y no cualificada. Las exigencias de mano de obra cualificada en un mercado altamente competitivo y globalizado impulsan políticas diferenciadoras entre aquellos trabajadores altamente cualificados y productivos, a quienes se intenta atraer mediante el refuerzo de sus derechos, en oposición a las políticas dirigidas a los trabajadores no cualificados, a quienes se dificulta su entrada y se constriñen sus derechos y garantías. Traslada la lógica de la distinción anterior a las políticas de integración, ésta se convierte en un derecho para los trabajadores cualificados, mientras que para los no cualificados ya residentes en la Unión Europea augura la progresiva mayor condicionalidad, mediante los denominados «contratos integración».

Javier Andrés González Veiga dirige su atención a la relación entre la normativa internacional y la regulación de los estados miembro y la propia Unión Europea en temas de inmigración. La normativa internacional sobre derechos humanos es el único límite a la tradicional concesión a los estados de una amplia discrecionalidad para regular el *ius migrandi*. La regulación relativa a la repatriación y readmisión de los inmigrantes ilegales serían un caso ejemplificativo de las tensiones derivadas de esas dos lógicas contrapuestas. Sentado lo anterior, se detalla la evolución en el tratamiento del tema en el caso de España. Si bien formalmente se ha pasado de las medidas meramente represivas a un tratamiento más complejo y multidimensional (derechos laborales y sociales, reinserción y prevención, y no sólo represión) y, finalmente, a la consideración de los intereses de los estados de origen, la eficacia en la práctica alcanzada es poca, debido a que el enfoque represivo sigue dominando y las contraprestaciones a los terceros estados son insuficientes. Dejando a un lado las críticas vertidas, el autor señala dos técnicas más que matizan la positiva evolución formal de la normativa española. En primer lugar, el recurso a la aplicación de disposiciones provisionales en el lapso de tiempo entre la conclusión de los acuerdos internacionales y su entrada en vigor. En segundo lugar y muy especialmente, el recurso a la concertación de acuerdos no convencionales con terceros estados, sobre todo del ámbito subsahariano, que escapan a los controles propios del estado de derecho.

Hasta aquí la atención se ha centrado en el control de los flujos migratorios. Pero las políticas de inmigración también incluyen políticas de integración. Ya en el trabajo de Ángeles Solanes se relacionaban ambos ámbitos; ahora Miguel Pajares retoma la cuestión al hilo de lo anteriormente expuesto. En cuanto a las políticas de integración de la Unión Europea, éstas han evo-

lucionado desde las inoperativas consideraciones generales a la concreción de las actuaciones en ámbitos particulares (antidiscriminación, participación, empleo, educación, etc.), a la luz de los principios de la bidireccionalidad del proceso y la interculturalidad, así como al aumento de las dotaciones presupuestarias para su implementación. Pero esa orientación que aspira a coordinar la acción particular de los estados miembro, choca con las medidas adoptadas por éstos, regidas por lo que el autor denomina «integración coercitiva»: la integración se plantea unidireccionalmente como una obligación legal del inmigrante extranjero, cuya integración pasa por su adaptación cultural. En ese contexto europeo, entra a analizar el caso español. De esta forma, hasta los años ochenta la normativa en extranjería se redujo al control fronterizo y la represión de la entrada y permanencia irregular. A partir de los noventa, de la represión de la inmigración se ha pasado al objetivo de su regulación. La lucha contra la irregularidad se afronta ahora desde el modelo de los contingentes y la contratación en origen. Ya no se trata de restringir la entrada, sino de regularla. En paralelo a ese nuevo planteamiento, se han hecho necesarios planes de integración de esa población inmigrada extranjera, cuya introducción es muy reciente. En este ámbito, las Comunidades Autónomas también desarrollan sus propias políticas, cuyos principios rectores difieren, y que el autor sintetiza en dos dilemas: 1.º, especificidad en el trato o normalización, 2.º, sectorialidad o transversalidad. Similarmente, su eficacia también varía en función del ideario político y los presupuestos.

Ya se ha comentado que un esfuerzo serio que pretenda atacar de raíz los problemas que subyacen y originan los movimientos migratorios actuales, debería incorporar políticas de cooperación al desarrollo. Carlos Gómez Gil es quien se encarga de hacer una revisión crítica de esas políticas. El balance general de los sesenta años de existencia de esas políticas de cooperación son de rotundo fracaso. Si bien los índices macroeconómicos pueden haber aumentado, los de pobreza también lo han hecho. El progresivo aumento de la supeditación de la ayuda a los intereses económicos y políticos de los países ayudantes y la generación de desigualdades estructurales agudizadas por la globalización darían cuenta de los motivos de ese fracaso. En opinión del autor, el nuevo paradigma, recogido bajo el título de «codesarrollo», difícilmente podrá dar una respuesta más efectiva, pues el enfoque paternalista y estrictamente economicista se mantiene, y no está aún claro que dicha respuesta sea o se convierta en una estrategia de lavado de imagen. Más esperanzas cabría albergar en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pues se incluyen compromisos concretos, cuantificables y verificables en su cumplimiento. Pero el autor mantiene dudas respecto a su eficacia y evaluación efectiva: respecto a la eficacia, los cambios para alcanzar los objetivos requieren transformaciones estructurales de la economía global; respecto a su evaluación, la falta de series de datos, la cuestionable validez de los indicadores empleados o los problemas para la comparación de las distintas estadísticas estatales son algunas de las razones para mantener las dudas.

El discurso de la inseguridad y de la inmigración como amenaza, que prevalece en los países de la Unión Europea y que guarda relación con el economicismo imperante, ve su correlato en las políticas de integración diferenciadas y unidireccionales. Esa perspectiva de la integración se ve inevitablemente traspuesta en los diversos ámbitos de la vida social. Xavier Lluch aborda esta cuestión desde el ámbito de la educación. Caben dos planteamientos educativos en torno a la multiculturalidad: o bien la diversidad se plantea como un problema, al relacionarse al diferente con la deficiencia, y

ésta con la pobreza, o bien la diversidad se entiende como un hecho natural y, además, un valor, dado el carácter inevitablemente multicultural de toda sociedad, hasta la aparentemente más homogénea. Pese a que el discurso de los decisores políticos remite a la segunda de las alternativas, la práctica educativa dista mucho de la letra de ese discurso. Esa distancia entre retórica y realidad resulta especialmente perniciosa, pues tranquiliza conciencias y vela la discriminación real. Planteada la situación, dedica la última parte de su artículo a la exposición de algunas propuestas para construir y extender un modelo intercultural de educación.

Los prejuicios negativos hacia la población extranjera inmigrada generan actitudes y conductas discriminatorias que derivan, a su vez, en desigualdades, las cuales empeoran las condiciones de vida, incrementándose así las probabilidades de padecer problemas de salud, ya sean físicos y/o psíquicos. Alberto Mora parte de esta afirmación. Pese al reconocimiento universal del derecho a la atención sanitaria en igualdad de condiciones con los nacionales, con el único requisito del empadronamiento, la situación de la Comunidad Valenciana pone de manifiesto que los prejuicios y las dificultades prácticas alcanzan también a la regulación relativa al ejercicio de ese derecho, así como en la atención prestada por parte de los servicios públicos. Los avances son notorios, pero persisten las trabas en la gestión de las tarjetas, o en las dificultades añadidas en la comunicación entre médico y paciente. La solución propuesta es la consecuencia lógica del planteamiento hecho: la igualdad en el trato exige la igualdad en el reconocimiento de derechos. Salud y política están relacionadas. Propuestas se derivan lógicamente de su planteamiento. Otras propuestas para la integración y la igualdad en el trato son la mediación intercultural, también en las relaciones médico-paciente, y la participación social.

En materia laboral, la evaluación conjunta de Carlos L. Alfonso Mellado y Gemma Fabregat Monfort respecto a la situación jurídica actual de los trabajadores extranjeros no comunitarios en España, colectivo en el cual centra su análisis, es positiva. La equiparación entre nacionales y no nacionales, ya estén autorizados a trabajar o lo hagan de forma irregular, en derechos y garantías ha avanzado considerablemente. En cuanto a la comparación entre nacionales y no nacionales autorizados a trabajar, las únicas dificultades significativas las encuentran en la posibilidad real de poder ser contratados conforme a cualquiera de los tipos recogidos en el ordenamiento, y a los cuales formalmente se les reconoce la posibilidad de serlo, dado el carácter temporal de su autorización administrativa para trabajar en España. Respecto a la situación de los trabajadores no autorizados para trabajar, en primer lugar ponen de relieve la evolución sufrida en su regulación: de un concepto formal de contrato y trabajador, que derivaba en la nulidad del contrato por la falta de autorización, con el consiguiente no reconocimiento de derechos laborales; a un concepto material de trabajador, garantista, que antepone la defensa de los más débiles por encima de las formalidades. Desde este nuevo enfoque, además, se lucharía más eficazmente contra la economía sumergida. Como se ha avanzado ya, algunos problemas que surgen con la efectiva aplicación de esa equiparación no obstan para la evaluación positiva en el ámbito laboral de la situación jurídica de los trabajadores extranjeros no comunitarios.

La discriminación por motivos étnicos es de las más extendidas en la Unión Europea. Sin duda, el trato discriminatorio moralmente injustificado también se produce con la misma distinción entre nacional y extranjero en

que se basan las políticas de inmigración, Pero dicha discriminación es comúnmente aceptada como legítima. Así, los estados no encuentran contradicción en mantener esa distinción y combatir, al mismo tiempo, la xenofobia y el racismo. De hecho, éste se entiende como una exigencia en los estados democráticos y de derecho. José García Añón se ocupa precisamente de evaluar las medidas antidiscriminatorias a partir del examen de los indicadores de que se sirve la misma Unión Europea. Distingue dos tipos de indicadores: de integración y de discriminación y étnica. Los primeros medirían la equiparación en el estatuto jurídico, los segundos medirían las condiciones creadas por las políticas de no discriminación para la inclusión de los inmigrantes. Respecto a las segundas, el principal problema que detecta es que los indicadores se centran en el análisis puramente normativo e institucional, de forma que no se mide el impacto efectivo de esas políticas. De esta forma, puede que los problemas en la aplicación queden velados, como ejemplificaría el caso mismo del estado español.

Como ya se ha comentado, el segundo bloque tiene un carácter propositivo: el respeto a los derechos humanos requiere la igualdad en el reconocimiento de derechos, incluidos aquellos más estrechamente vinculados tradicionalmente con la nacionalidad, esto es, los derechos políticos. Aún más, sólo el reconocimiento de estos derechos posibilitaría la plena integración y su igual condición de ciudadano.

Rafael de Asís Roig pone de relieve, desde la teoría de los derechos, la contradicción entre los fundamentos de los derechos humanos y el no reconocimiento de derechos políticos a los extranjeros en base al criterio de la nacionalidad. Este criterio se presenta como el último gran escollo en el proceso de generalización que caracteriza la evolución de los derechos humanos. Su análisis pretende mostrar, en primer lugar, la inconsistencia de aquellos argumentos genéricos en que se fundamenta la distinción entre nacional y extranjero como criterio discriminador, para luego concretar el análisis en aquellos en que se sustenta la exclusión en el reconocimiento de los derechos políticos a los extranjeros. Como alternativa coherente con la teoría de los derechos humanos, propone el criterio de residencia.

Pero la coherencia lógica no es suficiente; además, la alternativa debe resultar viable. Miguel Ángel Ramiro aborda precisamente esta cuestión, de nuevo desde la teoría de derechos, concluyendo que el criterio de residencia no sólo es compatible con los derechos humanos, sino que además es realizable o, en sus propios términos, se trata de una «utopía realista». Es más, afirma que tanto a la propia actividad política, como a la teoría de los derechos les es consustancial dicho carácter utópico o idealista, si se prefiere. Por eso, a las conocidas fases que integran el proceso de generalización de los derechos añade lo que denomina «fase de idealización». Frente a la utopía contraponen la distopía, la cual pretende justificar la exclusión de determinados colectivos en dicho reconocimiento.

Juan Carlos Velasco da una vuelta más de tuerca: contrariamente a la opinión mayoritaria, es el criterio de la nacionalidad el que, precisamente, habría dejado de ser realista. Pese a la importante influencia que los estados tendrían en los procesos migratorios, las migraciones serían, a su vez, la principal causa social de transformación del concepto de ciudadanía. El actual carácter transnacional de las migraciones iría en detrimento de la capacidad del estado-nación para dar una respuesta óptima a las actuales problemáticas sociales. En ese nuevo contexto, también el concepto de ciudadanía se ve afectado: las relaciones entre el estado y las personas ya no pueden ser articu-

ladas básicamente en función de la pertenencia exclusiva a una única comunidad política. Así, ante la necesidad de superar la identificación tradicional entre ciudadanía y nacionalidad, el autor propone retomar la postura cosmopolita de inspiración kantiana, que hace hincapié en la universalidad, así como en los procesos de internacionalización de los derechos humanos.

Los dos siguientes artículos fijan su atención en el caso español. En primer lugar, Pablo Miravet indaga en torno al empleo del concepto de ciudadanía. Para ello, evalúa la coherencia discursiva de los programas estatales (jurídicamente no vinculantes) en relación a la participación social y política, con las políticas de inmigración. De la sucesión de los tres programas se podría extraer una línea evolutiva en el discurso político en torno a la cuestión de la integración mediante la participación: en el primer programa (PISI), su inclusión la califica de «difusa», al carecer de medidas concretas; en el segundo programa (GRECO), de «atenuada», pues aunque esté incluida, queda anulada por el énfasis en el control de los flujos y el enfoque asimilacionista; finalmente, en el tercero (PECI), de «explícita», pues aboga por la plena equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros e incluye a los inmigrantes dentro de la categoría de ciudadano. De ese uso del término deriva la crítica de su incoherencia con el actual ordenamiento jurídico y con las políticas impulsadas por el propio Gobierno.

Por su parte, Juana Goizueta realiza un detallado análisis del triple régimen jurídico del derecho a la libertad de circulación y residencia recogido en el artículo 19, el cual incluiría el derecho a entrar y salir de España. Actualmente, el reconocimiento de dicho derecho alcanzaría a toda persona por igual, si bien, respecto a los extranjeros, cabe regular las condiciones de ejercicio del mismo, condicionalidad que ha dado lugar a los distintos regímenes. Así, el triple régimen jurídico se correspondería con el ordenamiento comunitario dirigido a sus ciudadanos, y con el doble régimen del ordenamiento jurídico nacional, según se trate de nacionales o extranjeros no comunitarios. Si bien en cuanto a la regulación de la entrada y la salida, las diferencias se agudizan, la autora concluiría la constitucionalidad del conjunto de la regulación, al resultar respetuosa con el contenido esencial del mencionado derecho.

Las aportaciones de Encarnación La Spina, Pablo Ceriani y John Rex dirigen su atención a Bélgica, América Latina y Gran Bretaña, respectivamente. Bélgica se presenta como un caso peculiar, pues, pese a las tempranas actuaciones encaminadas a promover la participación de los inmigrantes, los avances posteriores se han ralentizado considerablemente. Entre otras particularidades, la confrontación permanente de dos posturas habría marcado la evolución del país: por un lado, la de aquellos que pretendían desvincular el reconocimiento de derechos políticos de la condición de nacional; por otro, la de aquellos que abogaban por el mantenimiento de esa conexión y, si acaso, la extensión del reconocimiento de esos derechos mediante la atenuación de las condiciones para la obtención de la nacionalidad. El resultado final habría dado lugar a una regulación original que, dentro del marco del estado-nación, podría servir como referente.

Ceriani revisa críticamente el principio constitucional de reciprocidad en el reconocimiento de derechos políticos a extranjeros, tanto en cuanto a su compatibilidad con los derechos humanos, como en cuanto a sus problemas de aplicación actuales. Respecto al primer aspecto, lo aborda desde el derecho internacional, exponiendo las distintas lógicas subyacentes en los derechos humanos y en el principio de reciprocidad que remite al derecho de

tratados: la primera, limitativa del poder estatal; la segunda, regida por la discrecionalidad de los estados, concluyendo de ahí la contradicción entre ambas. En lo relativo al segundo punto (los problemas de aplicación aun en el caso que tal principio fuera jurídicamente válido), se centra especialmente en la comparación entre la normativa sobre el derecho de voto en América Latina y el trato dado en España a la materia. Aunque la previsión constitucional permitiría que dicho principio fuera implementado o mediante el desarrollo legislativo, o mediante la conclusión de un acuerdo internacional, el Estado español sólo contempla este segundo método. Frente a ello, algunos países latinoamericanos reconocerían derechos políticos a los extranjeros por la propia legislación interna.

Finalmente, John Rex expone críticamente la evolución de las políticas de integración en Gran Bretaña, relacionando Estado del Bienestar e integración, a partir de la concepción de ciudadanía social de Marshall y de integración de Jenkins.

La pertinencia de esta obra resulta más manifiesta en una coyuntura como la actual, en que las políticas de inmigración en el ámbito de la Unión Europea están virando hacia modelos restrictivos de derechos y que entienden la inmigración como un problema, tachando al mismo tiempo de impracticables a cualquier otro modelo. Una respuesta sólida a este planteamiento viene de la mano de este trabajo, en una apuesta clara por la extensión de y el respeto a los derechos humanos.

Juan Ramón FALLADA GARCÍA-VALLE
Universitat Rovira i Virgili. Tarragona

DIMOULIS, Dimitri y DUARTE, Écio Oto (coords.), *Teoria do Direito Neoconstitucional. ¿Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, Sao Paulo, ed. Método, 2008, 447 pp.

El auge económico que está experimentando Brasil desde hace algunos años ha venido acompañado de un considerable interés, por parte de la comunidad internacional, en sus áreas de desarrollo político, económico y social. El ámbito académico no puede ser ajeno a dicho fenómeno, y es así que a la par de su cada vez más importante desarrollo interno surge también un renovado interés externo, no sólo debido a la importancia que viene adquiriendo este país suramericano en el nuevo orden mundial, sino también porque, superando incluso las barreras del idioma, y debido a su especial situación geográfica y a los lazos culturales que lo une a sus vecinos, constituye un óptimo representante de las experiencias históricas de Latinoamérica, tanto desde el punto de vista económico, como político y jurídico.

En el campo de la Teoría y la Filosofía del Derecho, desde hace ya varios años un grupo de profesores e investigadores brasileños viene realizando una valiosa contribución en la difusión y discusión de los temas más relevantes y actuales del panorama jurídico internacional. Sólo por citar algunos ejemplos, podría mencionarse los importantes trabajos de Antonio Maia (compilador, junto con otros autores, de *Perspectivas actuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005), Claudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmento (*A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Lumen Juris, 2007), o a los jóvenes profesores Virgilio Alfonso da Silva, Eduardo Moreira y Noel Struchiner. Asimismo, cabe destacar la contribución de ciertos autores de la dogmática jurídica que han sabido darle un enfoque iusfilosófico a algunos de sus trabajos, como es el caso de Humberto Avila y Roberto Barroso. *Teoria do Direito Neoconstitucional ¿Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, bajo la coordinación de los profesores brasileños Dimitri Dimoulis y Écio Oto Duarte, es una muestra más de esa labor de difusión y pretende ser un espacio de intercambio de ideas entre especialistas brasileños, españoles, italianos y griegos. Todos ellos convocados esta vez para estudiar uno de los problemas más relevantes de la teoría del Derecho actual: la evaluación de la llamada crisis del positivismo jurídico.

Aunque los trabajos contenidos en este volumen (en un portugués bastante accesible, a excepción de los artículos de los profesores Rafael Escudero, Alfonso García Figueroa y José Juan Moreso, que están en español) tratan sobre una variedad de temas, podrían clasificarse, un tanto arbitrariamente, entre aquellos que persiguen un propósito explicativo acerca de algunas materias confusas vinculadas al positivismo jurídico; los que critican el positivismo jurídico, pero sin desmarcarse de él; los que defienden el positivismo jurídico (o cierto tipo de positivismo jurídico), y los que, al contrario, lo rechazan y proclaman su superación en el actual contexto de los Estados constitucionales de Derecho.

Entre los que pretenden esclarecer ciertos temas tradicionalmente vinculados al positivismo jurídico, pero que, en su opinión, han sido erróneamente tratados o han servido para ofrecer una imagen distorsionada del mismo (como en el caso patente de la llamada falacia de reducción *ad Hitlerum* que –junto al concepto positivista de contenido del Derecho y a la teoría de la

obediencia al Derecho— es materia de análisis por parte de Andityas Soares de Moura), se encuentran:

Adrian Sgarbi, quien reflexiona sobre la distinción entre validez y aplicación de las normas jurídicas. El autor subraya la distinción analítica que debe hacerse entre los conceptos de validez, obligatoriedad (jurídica, moral o política), aplicabilidad y aplicación efectiva de la norma jurídica. Además, se refiere a la capacidad de funcionamiento y de aceptación de las normas por parte de los sujetos, así como a la manera en que debería plantearse la problemática relación entre el Derecho y la moral.

Aldo Schiavello, quien desarrolla la interesante tesis de por qué el positivismo jurídico es inconsistente con el objetivismo ético (específicamente *monista*, para distinguirlo de un tipo de objetivismo abierto al pluralismo de valores). Schiavello parte de una reformulación de la idea de *pretensión de corrección* de Robert Alexy, aunque se manifiesta explícitamente distante del profesor alemán en relación a su no positivismo y, más bien, defiende la supervivencia del positivismo jurídico en razón de que el Derecho sigue concibiéndose como un producto humano contingente que puede ser descrito de forma neutra.

Andreas Ch. Takis, quien analiza algunas cuestiones en relación a las tesis convencionalistas del Derecho a raíz del desarrollo del tema en Hart y su concepto de *regla de reconocimiento* y, en especial, debido a su ulterior tratamiento por parte de algunos positivistas post hartianos.

Dimitri Dimoulis y Soraya Gasparetto, quienes evalúan la crítica según la cual el positivismo jurídico es incapaz de incorporar a los principios jurídicos en su descripción del Derecho. Los autores resaltan la imagen distorsionada que supone esta concepción del positivismo y la rechazan amparados en autores tradicionales del positivismo jurídico, con especial referencia a Kelsen. Dimoulis y Gasparetto refieren también que, desde una perspectiva positivista, la presencia de principios en el ordenamiento jurídico no implica la plena libertad decisoria de quien aplica el Derecho ni una amenaza a la seguridad jurídica, pues la interpretación de los mismos debe estar sometida a un deber de fundamentación, basado en el principio de igualdad y en un razonamiento coherente.

Otros autores de este volumen se proponen defender algún cierto tipo de positivismo jurídico, tanto frente a las nuevas tendencias no positivistas como frente a otros autores también llamados positivistas. Así por ejemplo, Paolo Comaducci defiende una concepción positivista metodológica, no formalista ni legalista, explícitamente distanciada del positivismo ideológico, y sustentada en la defensa de las tesis positivistas de las fuentes sociales del Derecho y de la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral. El autor propone una distinción analítica entre el tipo de vinculación justificativa o identificativa que existiría entre el Derecho y la moral. Según el autor, la defensa del positivismo metodológico se basa en la ya tradicional distinción entre *ser* y *deber ser*, pero no es óbice para que en el plano ético puedan adoptarse incluso tesis cognitivistas.

De forma semejante, Noel Struchiner defiende un positivismo de tipo conceptual, basado en la defensa de la tesis —común a todos los positivistas— de la identificación del Derecho a partir de sus fuentes e independientemente de su valor moral. Para el autor, el positivismo conceptual es una teoría valiosa, entre otras cosas, porque permite una clara determinación del Derecho existente, así como su distinción respecto de otro tipo de normas de conducta; además, porque constituye una teoría *normativamente inerte*, pues aunque

identifica el Derecho válido no establece su necesario cumplimiento. Aunque Struchiner presenta varios argumentos a favor del positivismo conceptual, reconoce también que no se trata de una teoría del Derecho completa, pues únicamente se limita a identificar la existencia o validez de las normas jurídicas. Otros temas de vital importancia, como los referidos a la obediencia, el significado o la justicia de las normas jurídicas, según el autor, deberán ser abordados por otras tesis que sí puedan tener carácter normativo.

El tema de la vinculación (y de sus tipos y alcances) entre el Derecho y la moral es materia en discordia no ya sólo entre el positivismo y su tradicional rival el iusnaturalismo, sino también entre algunos positivistas. Las Constituciones de los actuales Estados constitucionales de Derecho han incorporado de manera profusa y relevante muchos conceptos morales, especialmente a través de principios jurídicos y principalmente con relación a los derechos fundamentales. Esa realidad ha provocado que algunos autores ofrezcan una versión del positivismo que pretende ser más flexible y acorde a la nueva configuración de estos sistemas jurídicos y que permita incluir ciertos conceptos o consideraciones morales dentro de la concepción del Derecho. Este es el llamado positivismo inclusivo o incluyente que, por ejemplo, defiende José Juan Moreso.

El profesor Moreso analiza en su artículo tres versiones actuales del positivismo jurídico: el positivismo exclusivo, el positivismo inclusivo y el positivismo normativo o ético (en esa misma línea se encuentra el trabajo de Rodrigo Tavares, «Neopositivismos: novas idéias sobre uma antiga tese»). Moreso critica al positivismo exclusivo debido a su concepción formalista de la aplicación del Derecho, que recurre a un razonamiento de tipo técnico y autónomo respecto de cualquier razonamiento de tipo moral, pero que, sin embargo, no corresponde a la práctica jurídica en la que es común el uso de argumentos morales y ante lo cual el positivismo exclusivo tiene como única alternativa el recurso de la discrecionalidad. En relación al positivismo normativo, Moreso advierte que si bien la certeza es un ideal de regulación, no constituye un fin valioso en sí mismo sino en la medida en que permite el desarrollo de la autonomía moral de los individuos. Por esa razón, en ocasiones la certeza puede ser sacrificada —a través de la incorporación de ciertos conceptos morales abiertos a interpretación— para garantizar o hacer verdaderamente efectiva la autonomía moral. Así, aunque la certeza constituye un valor importante para el Derecho, las reglas pueden verse matizadas en su aplicación por la existencia de *defeaters* morales.

Écio Duarte también es un defensor del positivismo jurídico inclusivo. En su artículo, Duarte subraya la necesidad de construir una teoría moral que se ajuste a las pretensiones del positivismo inclusivo y persiga cierto grado de objetividad en materia moral. El autor explica algunos de los obstáculos ante los que actualmente se enfrenta cualquier pretensión de objetividad moral y que están determinados por dificultades de índole epistemológica que impiden fijar un criterio metaético de verdad moral. Asimismo, se cuestiona sobre las posibles acepciones de la objetividad moral hoy día; sobre la eventual relación entre la objetividad moral y las propuestas ético-discursivas de Habermas o Alexy, y sobre la relación que puede o debe existir entre la objetividad de la moral y la objetividad del Derecho.

Al contrario que los autores anteriores, Rafael Escudero Alday defiende un positivismo de tipo excluyente frente al positivismo incluyente o inclusivo. Para Escudero, el positivismo excluyente es la mejor teoría explicativa del Derecho porque para su identificación se limita a la verificación de una

cuestión de hecho: la validez de las normas jurídicas depende de su fuente de producción. El positivismo inclusivo, al aceptar la incorporación de criterios y contenidos morales en el Derecho, se muestra confuso en su descripción del funcionamiento de los sistemas jurídicos y se enfrenta a diversos problemas, como por ejemplo: ¿cómo defender la existencia de una verdadera convención social acerca de los conceptos morales de los cuales dependería la validez de las normas jurídicas?, ¿cómo evitar la manipulación moral de dichos conceptos por parte de las autoridades encargadas de su aplicación y desarrollo?, ¿cómo evitar los riesgos para la seguridad jurídica que supone el ingreso de la argumentación moral en la identificación de lo jurídico?, etcétera.

Entre los autores que señalan algunas críticas al positivismo jurídico, aunque sin proponer su abandono o alguna teoría alternativa a ésta, se encuentran, por ejemplo, André Ramos Tavares y Carla Osma, quienes cuestionan la postura anti realista de dos grandes pensadores positivistas: Hart y Kelsen. A partir de la exposición de sus críticas al realismo jurídico y de sus tesis sobre la interpretación jurídica, Ramos y Osma advierten cómo este último aspecto aproxima, paradójicamente, a positivistas y realistas. En la medida que ni Hart ni Kelsen desarrollan una metodología que ofrezca parámetros adecuados para la interpretación del operador del Derecho, la interpretación se presenta esencialmente como un acto de voluntad, cercano a la imagen que ofrece el realismo jurídico.

Walber de Moura Agra, por su parte, reconoce las contribuciones que ha realizado el positivismo a la Ciencia del Derecho, pero refiere que se trata de una teoría que resulta poco adecuada para explicar muchos aspectos de la realidad jurídica actual. El neoconstitucionalismo, aunque sigue siendo un término impreciso, le parece una concepción más acorde a los cambios producidos en los sistemas jurídicos desde la aparición de las actuales Constituciones normativas, las cuales, mediante la incorporación de principios de contenido moral, han supuesto una «remoralización del Derecho». No obstante, refiere el autor, aún no se han delineado de forma precisa modelos alternativos para reemplazar al positivismo jurídico.

En alusión a un caso concreto resuelto por un tribunal de Justicia de Brasil, José Emilio Medauar Ommati critica el criterio de discrecionalidad que es propio de las versiones más tradicionales del positivismo jurídico. A la concepción kelseniana de la interpretación como acto de conocimiento o como acto de voluntad (el caso de la interpretación auténtica), que estarían detrás del problema en el caso concreto, el autor opone la propuesta principialista y de Integridad del Derecho de Ronald Dworkin.

Adalberto Batista Arcelo reflexiona sobre la pertinencia del discurso del positivismo jurídico en el actual contexto social brasileño. A partir de un enfoque histórico, basado en la metodología de la historia de los sistemas de pensamiento de Foucault, evalúa los aportes y los retos que aún debe afrontar el discurso del positivismo jurídico en el marco de los Estados democráticos de Derecho, con miras a lograr la efectividad de los derechos humanos.

Desde posiciones más radicales, algunos autores perciben un agotamiento en la capacidad explicativa del positivismo jurídico en relación a los sistemas jurídicos de los actuales Estados constitucionales de Derecho y proponen fórmulas alternativas para sustituirlo. Estas tesis, que podemos calificar de anti positivistas, no pueden, sin embargo, unificarse en una teoría acabada, aunque muchas de ellas comparten rasgos comunes y se aproximan a las propuestas de Ronald Dworkin o de Robert Alexy (al denominado, por algu-

nos, neoiusnaturalismo), y a cierto tipo de neoconstitucionalismo que pretende erigirse como una nueva teoría del Derecho.

Con la intención de esclarecer los términos en que se presenta la actual disputa entre positivistas y anti positivistas, y de identificar a algunos de sus actores, Eduardo Ribeiro Moreira ofrece una revisión de las principales críticas al positivismo jurídico y lo enfrenta al neoconstitucionalismo como una teoría aún en ciernes. Ribeiro establece una distinción entre neoconstitucionalismo teórico y neoconstitucionalismo total (que supondría la creación de un nuevo paradigma para la teoría y la filosofía del Derecho, frente al positivismo jurídico). En opinión del autor, el positivismo jurídico exclusivo deviene hoy día en una teoría anacrónica, a la luz del tratamiento actual de la realidad jurídica, influenciada por la hermenéutica constitucional, la argumentación jurídica, la teoría de la justicia y la teoría de los principios. Pero tampoco el positivismo inclusivo sería una teoría satisfactoria, siendo el neoconstitucionalismo una alternativa mucho más explicativa de la realidad de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales de Derecho del siglo XXI.

Philippos Vassiloyannis intenta mostrar cómo la influencia de la ética discursiva en el campo jurídico ha vuelto inoperante la distinción positivista entre Derecho y moral. A partir de la exposición de las teorías discursivas de Apel, Habermas y Alexy, el autor reflexiona sobre la conexión –no esencial, sino procedimental– que existe entre el Derecho y la moral, y que implica el hecho de que la validez de las normas jurídicas esté determinada por su justificación conforme a las reglas que rigen el discurso práctico. Sin embargo, en la medida que las teorías discursivas no son capaces de establecer un contenido moral determinado, pues aluden a elementos procedimentales, el autor subraya la dimensión institucional del Derecho. De este modo, la teoría del Derecho y el legislador complementarían la ética del discurso.

Alfonso García Figueroa se interroga sobre las posibilidades del positivismo jurídico en la actualidad. El autor considera que el positivismo *no normativo*, basado en la pretensión teórica de *reconstruir el Derecho*, ya sea de manera empírica o formal, presenta una imagen inadecuada del mismo, pues no toma en cuenta su dimensión interpretativa, dinámica y argumentativa. En relación al *positivismo normativo* –que invoca argumentos morales para ser positivista–, el autor considera, entre otras cosas, que contraviene la propia tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, y que además incurre en una contradicción performativa, pues ofrece razones normativas para sustentar una actividad que es supuestamente descriptiva. Si el positivismo pretende describir el Derecho como es las razones (morales) para hacerlo o sus consecuencias no son relevantes a efectos de dicha descripción y por eso el positivismo normativo es incoherente. El autor desarrolla también algunos otros temas vinculados a su reiterada crítica antipositivista.

Lenio Luiz Streck analiza el caso de la discrecionalidad a partir de una crítica al positivismo jurídico tradicional, cuyo *modelo de reglas* se muestra insuficiente para hacer frente a la realidad jurídica de los actuales Estados constitucionales de Derecho. Para Streck, la discrecionalidad positivista resulta incompatible con la «era de los principios». No obstante, también se muestra crítico frente a la teoría de la argumentación jurídica y al modelo de la ponderación –según el autor, todavía abierto a la discrecionalidad– y por eso propone una tesis hermenéutica de la respuesta correcta, que supone una simbiosis entre la teoría integrativa de Dworkin y la fenomenología hermenéutica.

Pendiente de resolver disputas internas (entre los varios tipos de positivismo) y externas (frente a nuevas teorías anti positivistas), al positivismo jurídico todavía le falta superar algunos otros retos si pretende seguir siendo una teoría del Derecho útil de cara al futuro. En ese sentido, el artículo de Susana Pozzolo es una interesante reflexión acerca de las implicancias que la globalización tiene para el positivismo jurídico. Entre otros temas, la autora hace referencia a la crisis que ha experimentado la capacidad explicativa del modelo sistemático piramidal que, desde la versión tradicional del positivismo jurídico de Kelsen, fue construido a partir de una concepción del Derecho vinculada al Estado. Como señala la autora, ese modelo hoy se muestra insuficiente, tanto debido al fenómeno del pluralismo jurídico a nivel interno, como por la cada vez más abundante y relevante presencia de normas internacionales. Pozzolo analiza también el conflictivo tema de las relaciones entre normas de derecho nacional e internacional y sus implicancias en la soberanía de los Estados.

Betzabé MARCIANI BURGOS
Pontificia Universidad Católica del Perú

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Granada, Editorial Comares (colección Filosofía, Derecho y Sociedad, 2009, 183 pp.

La monografía *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, de la que es autora Encarnación Fernández –profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia–, contiene una interesante, clara y muy bien estructurada aproximación a uno de los fenómenos con más repercusiones políticas, económicas y estratégicas de nuestro actual entramado global: los denominados «Estados fallidos»; esto es, territorios teóricamente soberanos, pero cuya infraestructura administrativa y de control se ha disuelto hasta el punto de desamparar a sus ciudadanos en la garantía de los derechos y servicios más elementales. Las primeras manifestaciones de Estados en crisis y los precedentes históricos de Estados fallidos, apuntados al inicio del trabajo, resultan muy ilustrativos.

Para la autora, las causas del renovado interés por este tipo de Estados ya no se mueven en el ámbito de lo humanitario, sino que se han transformado en una cuestión de seguridad internacional que inquieta, no sólo a los países de las zonas afectadas, sino también a los países más ricos y poderosos del planeta. En términos categóricos, se afirma que el interés por la seguridad humana ha dejado paso a una simple (o complicada) preocupación por la seguridad estratégica.

Desde el punto de vista conceptual, se cuestiona el presupuesto planteado por las doctrinas neoconservadoras estadounidenses en el sentido de establecer una conexión entre la fragilidad de un Estado y la proliferación de actores ilegales (terrorismo, tráfico de seres humanos, criminalidad transnacional, tráfico de drogas, armas, etc.). Un presupuesto que acaba por considerar a los Estados frágiles como una amenaza para la «seguridad nacional norteamericana». Por el contrario, se sostiene la tesis de que los Estados frágiles no constituyen *per se* un riesgo internacional. No se niega que las amenazas para la estabilidad o seguridad internacional existan, pero la autora considera un error atribuir la culpa o la causa de éstas a los Estados frágiles. Insiste en que el problema de los Estados fallidos radica, sobre todo, en la *inseguridad humana* de sus poblaciones, siendo la vertiente *estratégica* del problema una cuestión meramente secundaria.

En este sentido, la monografía asume y desarrolla una noción de *seguridad humana* íntimamente ligada al concepto de Estado fallido, definiendo precisamente a los *Estados frágiles* como «aquellos que no están en condiciones de garantizar la seguridad humana de sus poblaciones» (p. 41), definición que refleja el cambio de perspectiva introducido por la doctrina de la seguridad humana en el concepto de seguridad (el concepto de seguridad se amplía más allá de lo estratégico; los seres humanos pasan a ser los sujetos últimos de la seguridad; la violencia estructural viene considerada como una verdadera amenaza).

En coherencia con la centralidad del concepto de seguridad humana, la autora examina sus dos componentes esenciales a la luz del *Informe sobre Desarrollo Humano* de 1994: libertad respecto de las necesidades básicas y libertad respecto del miedo. A partir de ahí, desarrolla los siete tipos de seguridad humana identificados en el *Informe*, posteriormente concretados en los *Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Analiza también, siguiendo a Tadjbakhsh, las fases que se han verificado en la evolución internacional del

concepto, fundamentalmente, el paso desde un enfoque restringido hasta la visión más amplia a que hemos aludido (p. 43).

Para abordar el fenómeno de los Estados en crisis, la autora comienza poniendo de manifiesto la confusión existente en torno a su caracterización, significado y alcance (capítulo primero). Le basta para ello aproximarse a las distintas expresiones y terminologías utilizadas para designarlos: *failed States* (Estados fallidos), término acuñado y utilizado por Helman y Ratner o Boutros Ghali; *collapsed States* (Estados colapsados), noción introducida por Zartman; *desintegración de las estructuras del Estado*, terminología utilizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja; «Estados desestructurados», término de Thürer, «sociedades menos favorecidas», según la expresión de Rawls; «Estados frágiles», expresión utilizada por el Banco Mundial.

La autora introduce, además, la noción de *Estados débiles*: los caracterizados por una falta de legitimidad política del Estado mismo y no sólo de los gobernantes. Y distingue entre *rogue States* (Estados canallas) y Estados fallidos o en crisis. Aunque admite que no es fácil realizar esta delimitación, considera que el elemento distintivo, según la terminología de Tadjbakhsh, radica en la «mala voluntad»: mientras que los «Estados canallas» evidencian una mala voluntad en la carencia de todo tipo de garantías y bienes esenciales, en los «Estados fallidos» lo que prevalece es su incapacidad para hacerlo posible.

En la literatura *ad hoc*, el Estado fallido se define habitualmente recurriendo a determinados rasgos negativos (por lo que no es). Así, a pesar de la variedad de definiciones y expresiones utilizadas para referirse al fenómeno de los Estados en crisis, todos los estudiosos parten de un concepto de Estado weberiano, definido por la población, el territorio, el poder político ejercido sobre éstos con monopolio de la violencia física legítima y una estructura administrativa. Noción que coincide con una concepción jurídica clásica. E. Fernández, no obstante, señala oportunamente las deficiencias de este tipo de análisis «en torno a la fortaleza/debilidad de los Estados que enfatizan los atributos empíricos de la estatalidad derivados de la definición de Weber» (p. 25).

Si se parte del concepto weberiano de estatalidad, estaríamos ante un Estado fallido cuando se ha producido una quiebra del elemento organización política (poder político). El factor distintivo característico del Estado fallido –tal y como lo ha expresado Remiro Brotons– sería la «descomposición institucional». Es decir, la desaparición de cualquier tipo de autoridad gubernamental, la disolución del aparato jurídico-administrativo y la consiguiente incapacidad de desempeñar las funciones normales del Estado (p. 22).

Adoptando esta noción, la autora propone una clasificación de los Estados fallidos, con referencias a las situaciones actuales de algunos países paradigmáticos. Para esta clasificación utiliza tres criterios: *a)* según el grado de desintegración institucional y funcional; *b)* según esté localizado o difuso; *c)* según el origen o los síntomas del fracaso. Por otra parte, siguiendo la definición de Gross, plantea también una caracterización de estos Estados a partir de la situación de las funciones propias y esenciales del Estado: *a)* función «extractiva» o tributaria; *b)* función protectora/reguladora (íntimamente relacionada con el poder coercitivo o monopolio del uso legítimo de la fuerza), y *c)* función redistributiva (si bien ésta no es sustancial a la hora de caracterizar, por la vía negativa, a los Estados fallidos).

Para la autora, una de las cuestiones clave en el estudio del fenómeno de los Estados fallidos radica en la pérdida del monopolio de la fuerza coerciti-

va; de ahí la relación de causalidad y/o consecuencia que observa entre los conflictos de carácter interno (desde la guerra abierta hasta los disturbios civiles) y el fracaso del Estado y de la seguridad humana. Identifica el problema más característico de los Estados fallidos: los conflictos desestructurados. Y analiza los rasgos comunes que pueden rastrearse en los conflictos internos de la post-Guerra Fría en estos Estados: dificultad de identificar a los bandos combatientes, utilización de la población civil como objetivo bélico, proliferación de armas pequeñas y ligeras, etc., factores que suponen un incremento de la violencia y del poder destructivo del conflicto (pp. 31 y ss.).

En el contexto de estos conflictos internos se analizan también las manifestaciones principales, los desencadenantes y las causas de las llamadas «emergencias políticas complejas», término acuñado a finales de los años ochenta por la ONU para aludir a conflictos con multiplicidad de causas, impacto omnicomprendivo y un fuerte efecto destructivo y desestructurador (p. 34).

También se dedica una especial atención a la economía política de guerra o «comercio del conflicto», como uno de los rasgos más característicos de los problemas en los Estados fallidos. Se trata de «un sistema económico alternativo en el que la producción y distribución de bienes dependerían de la coerción y de la ausencia de imperio de la ley» (p. 36). Dentro de esta economía política de guerra de los Estados frágiles, se produciría la que denomina «privatización (o fragmentación) de la seguridad»; es decir, la imposibilidad de las instituciones gubernamentales ya no de garantizar, sino de supervisar la seguridad (pp. 37-40).

Siguiendo una estructura lógica en su desarrollo, en el segundo capítulo la autora plantea las implicaciones internacionales de la disolución interna que se produce en un Estado fallido. Para ello desarrolla –siguiendo a Susan Woodward– las cuatro dimensiones que en este tipo de Estados se ven afectadas: la humanitaria, los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad.

En el análisis de la primera dimensión, se examinan las principales manifestaciones de la denominada «euforia humanitaria» que trajo consigo el final de la Guerra Fría, como respuesta a las catástrofes provocadas por los conflictos armados internos. Es decir, el creciente interés por el Derecho Internacional humanitario, el incremento de la acción humanitaria y la puesta en marcha de la segunda generación de operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas. Junto a esto, y como contrapunto, se aborda también el resurgimiento del debate sobre la legitimidad de la intervención humanitaria, prestando especial atención al Informe sobre «La responsabilidad de proteger» (elaborado por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados) y a la nueva perspectiva que este Informe ha introducido.

Para el examen de la relación entre desarrollo y Estados frágiles, la autora analiza el enfoque de la gobernanza con vistas a la promoción del desarrollo, mantenido por las instituciones financieras internacionales y los principales países donantes desde mediados de la década de los noventa, frente al modelo liberal de Estado mínimo. Destaca las implicaciones de este cambio de perspectiva y la «radicalización de la política de desarrollo», que supone como consecuencia de la estrecha relación entre inseguridad, inestabilidad y subdesarrollo, lo que exige un serio compromiso con la resolución de conflictos para evitar guerras futuras (p. 80). En consecuencia, quedaría demostrada la existencia de una conexión circular entre fracaso del Estado (grandes deficiencias en materia de buen gobierno y frecuentes conflictos) y realidad del subdesarrollo. No obstante, la autora subraya citando a Duffield que la

constatación de este círculo vicioso no nos debe llevar a olvidar las causalidades múltiples y, en particular, la existencia de desigualdades dentro del sistema mundial que estarían en el origen del subdesarrollo y también del fracaso del Estado.

E. Fernández no obvia aquí la controvertida discusión sobre los efectos de los Estados fallidos para la paz y seguridad internacionales. Para ello describe la evolución de este debate desde la década de los noventa, prestando especial atención al punto de inflexión que supusieron los atentados del 11 de septiembre de 2001. Reitera a este respecto la errónea consideración de los Estados frágiles como una amenaza para la seguridad internacional; señala la tendencia a confundir Estados fallidos y *rogue States* (estados canallas) y, lo que es más grave, el peligro de reducir la seguridad colectiva a la seguridad de los países ricos.

La autora, al mismo tiempo que sostiene la gravedad del problema que suponen los Estados en crisis por sus devastadoras consecuencias para la seguridad humana de las poblaciones, profundiza en la necesidad de tener presentes, y de hacer frente a los riesgos que comporta la noción de Estado fallido y su utilización ideológica, objeciones derivadas del uso impreciso de la noción de fracaso del Estado, de la actitud fatalista que considera las circunstancias de los Estados fallidos como situaciones de fracaso inevitable e irrecuperable, del mantenimiento de los presupuestos básicos del colonialismo (inferioridad de los pueblos del Tercer Mundo), del carácter etnocéntrico del concepto de Estado fallido, de la utilización de esta noción para legitimar el imperialismo y del énfasis en la seguridad del Norte como único objetivo de la estabilización de los Estados frágiles (pp. 89-92).

A continuación, aborda el desafío de identificar las causas que explican la aparición de los Estados fallidos y su proliferación, como prerequisite para poder luchar contra este fenómeno. Analiza el debate existente entre los que atribuyen el proceso de desintegración del Estado a factores internos («nacionalismo explicativo», según la denominación de Pogge) y aquellos que lo consideran como un resultado de factores externos o internacionales. Dentro del primer grupo, diferencia a los que explican el fracaso del Estado a partir del «nuevo barbarismo» —ligado a las posiciones conservadoras partidarias del aislacionismo y a los choques entre grupos étnicos, culturales y religiosos distintos—, y a los que consideran el fracaso como una consecuencia de la incompetencia, la corrupción, la tiranía de los gobiernos, las instituciones sociales y la cultura.

Examinando críticamente cada una de las posiciones y sus argumentos, la autora entiende que la explicación más plausible del fenómeno no puede obviar la interacción entre los factores internacionales y las dinámicas internas. En efecto, la explicación del deficiente proceso de construcción estatal no puede olvidar como causa primaria la herencia del colonialismo, que creó fronteras artificiales y estructuras administrativas extremadamente débiles. De igual modo, debe considerarse la «construcción extrovertida» de los Estados poscoloniales, basada en la dependencia económica del exterior durante la Guerra Fría, fomentada por el clientelismo del mundo bipolar y el modelo de desarrollo impuesto por Occidente para los países del Tercer Mundo. También debe destacarse el impacto negativo de los planes de ajuste estructural y de las políticas económicas neoliberales, que, a partir de los años ochenta, «impusieron el desmantelamiento estatal, la apertura externa y la desregula-

ción» (p. 114) y que supusieron un empeoramiento de las condiciones de vida de las poblaciones y un mayor debilitamiento de los Estados afectados, todo ello agravado por la creciente marginalidad económica del Sur.

No menor ha sido el impacto de la globalización desenfundada, desde la década de los noventa, que contribuye al mantenimiento (e incluso a la agudización) de la pobreza extrema, de las desigualdades globales y de la inseguridad económica, y que potencia el debilitamiento de los Estados frágiles. Sin olvidar, como factor esencial que contribuye al proceso de desintegración de un Estado, el fenómeno denominado la «maldición de los recursos naturales», debido a los desmesurados intereses económicos que suscitan, la paralización del desarrollo económico que provocan y la corrupción, la inestabilidad, los conflictos (e incluso las guerras) que generan, todo ello agravado por la complicidad de actores externos.

Para concluir su singladura, la autora dedica el cuarto y último capítulo a realizar un pormenorizado análisis sobre las medidas políticas que cabría adoptar para afrontar y reconducir la situación de los Estados en crisis. Asume, pues, una posición optimista, sosteniendo que el proceso de desintegración de un Estado no es algo inevitable e irreversible, sino que la reconstrucción del Estado es posible si se ponen en marcha las acciones necesarias y oportunas. En este último capítulo, E. Fernández ofrece su respuesta y su posición frente a la disyuntiva planteada en el título de su monografía: de entrada, debemos optar por la noción reconducible de *Estados en crisis*, frente a la irrevocabilidad del concepto de *Estados fallidos*.

En contra de aquellos que abogan por la desaparición y superación del Estado, la autora defiende la necesidad de su existencia. Teniendo en cuenta el papel esencial de los Estados como garantes de la seguridad (física y humana) de sus poblaciones, propone dos tipos de medidas a adoptar en los supuestos de crisis del Estado: *acciones preventivas* para evitar su derrumbamiento y *acciones de reconstrucción*, con el fin de «restaurar sus instituciones, su capacidad, su legitimidad y también su cohesión social» (p. 124).

Así, frente a las intervenciones internacionales de carácter coercitivo, que deberían limitarse a casos extremos de emergencia y, como último recurso, se destaca la importancia de la *prevención*, clarificando su concepto y analizando las distintas clases de medidas en esta línea: acciones de prevención operativa (destinadas a incidir sobre las causas directas); medidas de prevención estructural (con el fin de actuar sobre las causas profundas) y la prevención sistémica a nivel global. Todo ello sin dejar de señalar las dificultades que dichas actividades conllevan.

En cuanto a las *acciones de reconstrucción*, la autora las distingue claramente de las medidas destinadas a la «estabilización» (que ponen el énfasis simplemente en los problemas de seguridad) y de aquellas centradas única y exclusivamente en el «desarrollo». Frente a estos dos enfoques, que perseguirían la denominada «paz liberal» y la estabilidad (sobre todo de Occidente), E. Fernández aboga por la reconstrucción del Estado «en toda la plenitud de sus implicaciones, como un centro soberano de responsabilidad política» (p. 145). Esto implicaría: reconstruir la capacidad institucional del Estado primando la recuperación del monopolio legítimo de la fuerza; restaurar su legitimidad; afrontar la cuestión de la justicia transicional para lograr la reconciliación nacional (cuestión a la que la autora dedica un amplísimo análisis) y promover el desarrollo económico –entendido no como mero crecimiento económico, sino como «desarrollo humano orientado a la satisfacción

de las necesidades básicas y a la provisión de seguridad económica a las poblaciones» (p. 181)–. Todo ello, teniendo en cuenta el problema de la doble legitimidad (conveniencia de la participación de los actores nacionales en el proceso y no sólo de la comunidad internacional), considerando la necesidad de adoptar un enfoque integrado y de compatibilizar las perspectivas del corto y del largo plazo y sin olvidar los factores que pueden favorecer o dificultar toda reconstrucción de un Estado.

Ana JIMÉNEZ MOLINER

FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Federico y HESPANHA, António Manuel (eds.), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt, Ed. Vittorio Klostermann, 2008, 752 pp.

En el año 2002 fue publicado el libro *Das Europa der Diktatur* por los investigadores Dieter Simon, Gerd Bender y Rainer Maria Kiesow¹. Este volumen fue el primer resultado de una incesante labor de estudio que se está realizando en el *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* de Frankfurt. El objetivo principal es investigar, desde una perspectiva jurídica, las diferentes dictaduras que asolaron Europa durante el siglo xx. El grupo de investigación *Das Europa der Diktatur: Wirtschaftskontrolle und Recht* ha publicado quince volúmenes. El último de ellos en aparecer está dedicado a las dictaduras franquista y salazarista. La labor de coordinación y dirección de los veintiocho investigadores que han participado en este libro ha sido llevada a cabo por los profesores Federico Fernández-Crehuet López (profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Almería) y António Manuel Hespanha (catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Nova de Lisboa).

El subtítulo del libro, parafraseando a Luhmann², plantea la siguiente pregunta: ¿legitimación a través de dictadura? Como se sabe, Max Weber³ diferenció tres tipos de legitimación: legal, tradicional y carismática. La autoridad legal encontraría su legitimidad en el ordenamiento jurídico, en la legalidad. La tradicional haría descansar su legitimidad en el carácter sagrado del poder, consagrado en el tiempo. Por último, la dominación carismática hallaría su legitimidad en la propia persona que ostenta el poder. Volvamos a la pregunta: ¿qué tipo de legitimación trató de justificar la dictadura franquista: jurídica o de otro tipo? Esta cuestión revela una de las tesis mantenidas en el libro: el régimen de Franco se constituyó, en buena medida, como una ficción. Pero además, como apunta Federico Fernández-Crehuet («Recht und Fiktion im Franco-Regime», pp. 3 a 12), una ficción que no reconoce su carácter ficticio, que se oculta y justifica por medio de un discurso jurídico (p. 5). Lo primero que hicieron los franquistas, tras el golpe de Estado, fue desarticular el ordenamiento jurídico republicano y crear un edificio que tiñeron de nuevo. En 1938 aparece la primera de las Leyes Fundamentales –el Fuero del Trabajo– que, posteriormente, serán calificadas como la Constitución del Régimen⁴. Descalificar los derechos y las libertades republicanas

¹ BENDER, G., KIESOW, R. M. y SIMON, D., *Das Europa der Diktatur: Steuerung-Wirtschaft-Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

² LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren* (1969), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001.

³ WEBER, M., *Sociología del poder. Los tipos de dominación*, Madrid, Alianza, 2007.

⁴ La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, que podría ser calificada como la revista del jurista medio, determinaba así al régimen en muchas de sus colaboraciones. Por ejemplo, XIFRA HERAS, J., «El proceso legislativo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 211, 1961, p. 11. CORDERO TORRES, J. M., «La ley orgánica del Estado como texto codificador de las leyes fundamentales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 213, 1962, p. 499. LÓPEZ MEDEL, J., «Axiología política del texto legal de la unificación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 216, 1964, pp. 731 y ss. Un estudio monográ-

y crear el *auténtico Derecho* para la *verdadera Democracia*⁵ bendecidos por el propio poder sagrado, he aquí la finalidad del Derecho franquista. Legitimación legal y tradicional se entremezclan. Mas ya se ha dicho que el Régimen era una ficción. Una ficción tanto de lo legal como de lo sagrado. El ordenamiento jurídico franquista –y aquí empleo el término «ordenamiento jurídico» en su sentido teórico-formal– no existió sino como ficción. No existía un sujeto de la regla que confiere poderes (tomamos la expresión de Hart). Aunque en la práctica sí que existía, su autoridad procedía de la coacción y del golpe de Estado, esto es, de un hecho: Franco. No es fortuito que, en muchas ocasiones, se utilice la expresión «el Régimen *de* Franco». Aquí la preposición «de» marca su carácter. El Régimen era propiedad *de* Franco. Una dictadura construida a la medida *de* el Caudillo: léase la disposición transitoria primera, apartado II, de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

El volumen se estructura en torno a las dos dictaduras ibéricas. La primera parte, dedicada a la dictadura franquista, se subdivide a su vez en un capítulo que trata la dictadura como ficción y otro sobre la recuperación de la razón democrática; el siguiente apartado está destinado al análisis de la represión; el tercero se centra en aspectos de índole más normativa y, finalmente, un apartado que gira en torno a la relación del Derecho con la sociedad. La segunda parte, focalizada en la dictadura lusa, se concreta en las relaciones exteriores del régimen de Salazar, el discurso jurídico-político y la propaganda de Salazar.

1. FRANQUISMO: EL DERECHO CONVERTIDO EN FICCIÓN

En este primer apartado de carácter introductorio nos encontramos con dos colaboraciones. La primera, escrita por el coordinador, Federico Fernández-Crehuet –de la que ya hemos hablado–, está dedicada a la dictadura y su ordenamiento jurídico como ficciones. La segunda, escrita por el gran maestro Elías Díaz García, se encarga de la reconstrucción del pensamiento democrático bajo (contra) el régimen franquista (pp. 13 a 30). El objetivo de la lucha de algunos intelectuales, nos relata Elías Díaz, fue la reconstrucción de la razón democrática, humillada, degradada y empobrecida por la sinrazón de la barbarie fascista. En esta lucha, llevada a cabo por los intelectuales en la clandestinidad o en el exilio, constituyó un punto clave la generación universitaria de 1956 que preparó e hizo posible el cambio (p. 17).

fico de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* puede verse en FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F. (Ed.), *Franquismo y revistas jurídicas. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 2008.

⁵ Castán Tobeñas (presidente del Tribunal Supremo, catedrático de Derecho Civil y director de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* durante la dictadura), el jurista por excelencia del Régimen, señalaba que había que superar la democracia liberal, reinventando el término, a través de la democracia cristiana, social y orgánica. CASTÁN TOBEÑAS, J., «Humanismo y Derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 211, 1961, p. 556. Puede verse también el excelente trabajo de SERRANO, A., *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Tirant lo Blanch, 2001.

2. DERECHO Y REPRESIÓN

En este apartado se diferencian claramente dos tipos de represión. Por un lado, Mónica Lanero Táboas («La política del personal de la Administración de Justicia en la dictadura franquista [1936-1952]», pp. 31 a 59) y Carolina Rodríguez López («Extirpar de raíz: la depuración del personal docente universitario durante el franquismo. Los catedráticos de las facultades de Derecho», pp. 61 a 99) analizan las depuraciones del personal de la Administración de Justicia y los profesores universitarios. Su objetivo era no sólo «despiojar» al Leviatán, sino, principalmente, mantener en una tensión vital a los jueces y fiscales y a todos los funcionarios a través de un proceso que llegaba a durar varios años. Si la depuración de jueces y fiscales comenzó en 1937, también la depuración de profesores universitarios se inició recién comenzada la Guerra Civil. Se trataba de crear y organizar una masa uniforme y homogénea que se encargara de difundir la venida del Nuevo Estado y sus principios. Por otro lado, Guillermo Portilla Contreras («La ideología del Derecho penal durante el nacional-catolicismo franquista», pp. 101 a 119) e Iñaki Lasagabaster Herrarte («La represión de los nacionalismos históricos», pp. 121 a 145) nos muestran las bases ideológicas del Derecho penal represivo franquista y la represión sobre los nacionalismos históricos. El Régimen debía mantenerse vivo, protegido de toda disidencia. De ahí que el nuevo Derecho Penal —reflejado en el Código de Derecho Penal de 1944, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (modificada por el Régimen en 1954 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970)— castigara gravemente los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado —creando un estado de excepción contra el enemigo— con el fin de salvaguardar el Movimiento Nacional (pp. 105 y 106). El delito de lesa majestad es usado para la protección del Caudillo y los valores que él representaba. Se trataba de defender el Estado de los ciudadanos: se convierten en ilícitos los derechos reconocidos en la República (libertad de asociación, expresión, huelga, etc.). La Iglesia católica, como sustentadora de los principios nacional-católicos y legitimadora de la dictadura, también se verá favorecida por este nuevo Derecho Penal al situarse en un plano de igualdad con el Estado (p. 112). Como se puede observar, el Derecho Penal será utilizado para proteger, fundamentalmente, al Estado como un cuerpo vivo sin el cual sus miembros no pueden sobrevivir. De ahí que quien pretenda crear nuevos entes que compitan contra la unidad del Régimen debe ser aplastado. La represión física y psicológica fue más acuciante con los nacionalismos. El ejército tendrá el papel principal: desde 1936 hasta 1948, se mantiene el Estado de guerra y la jurisdicción castrense será la encargada de enjuiciar a los paisanos (p. 131). A través de tres Decretos, publicados entre 1937 y 1939, el Régimen elimina el reconocimiento de las minorías nacionales que se habían consolidado con la II República, prohibiéndose, además, el uso de sus lenguas con la finalidad de erosionar sus culturas y mantener la unidad de la patria (p. 137).

3. ASPECTOS NORMATIVOS

Las dos primeras colaboraciones que nos encontramos en este apartado se centran en las relaciones entre la Iglesia católica y el Régimen franquista desde 1936 hasta 1975. Como nos muestra el profesor Iván C. Ibán («Estado-

Iglesia en España [1936-1953]», pp. 147 a 169), las relaciones entre la Iglesia católica y el Gobierno de la República diferían mucho de las relaciones con el bando golpista. En el último trimestre de 1936, las relaciones diplomáticas entre el Gobierno de la II República y el Vaticano cesaron. Sin embargo, el proceso fue el contrario con los golpistas: en diciembre de 1936 la Santa Sede designa un «encargado oficioso provisional» ante el Gobierno de Burgos y en mayo de 1938 destina un Nuncio. En el mismo mes se designa un embajador ante la Santa Sede (p. 151). Tras el fin de la Guerra Civil y la instauración definitiva de la dictadura, las relaciones se intensificaron hasta el punto de que se llegó a un nuevo Concordato en 1953, sustituyendo al de 1851. Mientras tanto, la legislación española sigue supeditada a los postulados de la Iglesia. No obstante, el Concilio Vaticano II, nos relata el profesor Vázquez García-Peñuela («Iglesia y franquismo: 1953-1975», pp. 171 a 195), supuso un escollo para el Régimen: cómo encajar la libertad religiosa que en el Concilio se estableció con la dictadura nacional-católica. Esto significó el comienzo del deterioro de las relaciones entre la Iglesia católica y la dictadura (p. 182). Deterioro que se vio reflejado en el frustrado concordato que se intentó negociar en 1970 (p. 190 y ss.).

Las siguientes colaboraciones se centran en la plasmación sobre textos legales del ideario nacional-católico del Régimen. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna e Ignacio Fernández Sarasola («Leyes fundamentales y democracia orgánica. Aproximación al ordenamiento jurídico-político franquista», pp. 197 a 233) se ocupan de estudiar dos cuestiones claves: el entramado de las Leyes Fundamentales (naturaleza, fuentes doctrinales en las que se inspiran, los derechos y garantías de estas leyes) y la democracia orgánica (antecedentes, delimitación conceptual y articulación normativa durante el franquismo). Una de estas leyes, el Fuero del Trabajo, es analizada por la profesora Ruiz Resa en relación con el ideario nacionalsindicalista («Franquismo y trabajo: el nacionalsindicalismo y los derechos de los trabajadores», pp. 235 a 264). Desde los primeros años del franquismo, se reivindicó la categoría de «Derechos sociales» como un sucedáneo sin lucha de clases del protagonismo proletario que el marxismo venía reivindicado⁶. En esta teorización de los Derechos sociales tuvo mucho que decir la filosofía jurídica, en manos de la dictadura. Ésta, como nos pone de manifiesto Benjamín Rivaya («La filosofía jurídica bajo la guerra y el franquismo [1936-1975]», pp. 265 a 294), pasó por tres etapas: la primera de reconstrucción (1939-1945) en la que se produjeron duros enfrentamientos entre las vertientes falangista y escolástica; una segunda etapa de estabilización y monopolio católico, y, finalmente, la etapa que llega hasta la muerte del dictador en la que se produce un resquebrajamiento y una apertura de la filosofía jurídica. Este apartado se cierra con un último capítulo dedicado a la Sociedad Anónima («Nueva España y vieja Sociedad Anónima. Apuntes sobre la Ley de Sociedades anónimas de 1951», pp. 295 a 316). Tras un análisis de la sociedad anónima liberal (1885-1930), el profesor Aragonese examina la Sociedad Anónima en los proyectos totalitarios y su paralelo en la España franquista.

⁶ FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., «Revista General de Legislación y Jurisprudencia: ¡Una revista para Castán, por favor!», en FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., *Franquismo y revistas jurídicas. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, p. 33.

4. DERECHO Y SOCIEDAD

El último apartado dedicado a la dictadura franquista trata de estudiar las relaciones que tuvo el Derecho de la dictadura con la economía, la Universidad o los medios de propaganda. Las dos primeras aportaciones, realizadas por Duglosch («Geordnetes Wirtschaften. Zur sozialen Ökonomie im Franquismus», pp. 317 a 348)⁷ y Fabre («Le Droit: Instrument d'une régulation de l'économie dans les "totalitarismes méditerranéens": L'exemple de l'Espagne de Franco», pp. 349 a 372) se encargan de las relaciones con la economía: autarquía, mundo agrario, empobrecimiento de posguerra e intervencionismo. Otros dos capítulos están dedicados al mundo universitario. El primero, redactado por el profesor Martínez Neira («Universidad y enseñanza del Derecho», pp. 373 a 403), nos muestra cómo el afán totalizador de la dictadura se propuso construir una nueva Universidad que rompiese con la tradición liberal y realizase una formación integral (aquí el papel de los Colegios Mayores fue fundamental). Se fueron sucediendo varios planes de estudios en las Facultades de Derecho (1944 y 1953, principalmente). Sin embargo, los cambios fueron meramente formales, y con el fin de la autarquía la Universidad de los años sesenta entró en crisis con la denominada masificación (pp. 385 y ss.). La segunda aportación sobre la Universidad, realizada por el profesor Fernández-Crehuet López («Cartas perdidas para futuros amigos/enemigos», pp. 453 a 486), se centra en los manuales de Derecho Político y Administrativo durante la dictadura. Los manuales, como indica el profesor Fernández-Crehuet, cumplieron ciertas funciones valiosas de socialización (domesticación) para la dictadura. Una de las estrategias del franquismo –del fascismo en general– fue teñir de nuevo lo que ya era algo viejo: había que resacralizarse. Los manuales de derecho político re-definieron y re-elaboraron conceptos como forma de legitimación del régimen: Estado de Derecho, partidos políticos, etc. (pp. 462 y 472 a 484). Paralelamente también se realizaba una tarea de reinención de la historia imperial de España con la que deseaba entroncar el Nuevo Estado (p. 463). Había que crear un jurista-medio al servicio del Régimen.

Mediando entre la socialización de los juristas y la propaganda social, nos encontramos con la filosofía política franquista en la colaboración del profesor López García («La filosofía política del franquismo: decisionismo y tradición», pp. 405 a 423). En este punto fue clave la recuperación de la tradición: Vitoria y Donoso Cortés. Sobre esta base de domesticación de las élites, el franquismo también programó un sistema de propaganda para las masas. De ello se ocupan los profesores Ramón Cotarelo («Iconografía política del franquismo», pp. 425 a 452) y Juan Escribano («Tenues reflejos del mundo del trabajo en la cinematografía de los primeros años del franquismo», pp. 487 a 514). El profesor Cotarelo se encarga de analizar la iconografía del régimen: la cruzada, el desarrollismo y el culto a la personalidad. El profesor Escribano se centra en la representación cinematográfica del mundo del trabajo.

⁷ Esta colaboración está basada en el manuscrito que dejó la profesora Duglosch antes de su fallecimiento.

5. SALAZARISMO: ¿DICTADURA DÉBIL O ESTADO DE DERECHO DÉBIL?

La segunda parte del volumen se introduce por un capítulo de José Ignacio Lacasta-Zabalza («El Estado Novo portugués y el régimen franquista: dos dictaduras disímiles», pp. 529 a 558) en el que se analizan las diferencias y similitudes entre el *Estado Novo* portugués y el régimen franquista. El punto de unión de estas dos dictaduras, a juicio del profesor Lacasta, se encuentra en un enemigo común: el comunismo, de ahí que el ejército tenga un papel fundamental. Mientras que la dictadura de Salazar apuntaba hacia el exterior (colonias), la dictadura de Franco se retrotraía hacia el interior (comunismo y masonería). En ambos países también, señala Lacasta, hubo un proceso de *racionalización jurídica* a manos de López Rodó, para el franquismo, y de Marcelo Caetano, para el salazarismo (p. 553). Pero bajo esta capa de racionalización administrativa seguía funcionando la represión.

Centrándose ya en la dictadura lusa, António Pedro Mesquita («Traços do Pensamento Político de Salazar», pp. 559 a 581) dibuja un esbozo sobre el pensamiento político de Salazar y su plasmación en la Constitución de 1933. Éste gira en torno a cuatro elementos: Dios, Patria, Libertad y Familia. Estos se van a concretar en un ideario que toma como base los siguientes aspectos: criterio tomista de fundación del Estado sobre el primado del interés común, el nacionalismo, las ideas de orden, autoridad y jerarquía, el anti-individualismo, el anti-parlamentarismo, revitalización de los elementos estructurales históricos de la Nación, presencia de un fuerte tradicionalismo moral y de una tendencia paternalista del Estado y, finalmente, la pervivencia de algunas ideas del Antiguo Régimen y de la doctrina social de la Iglesia católica. Tras esta introducción en el pensamiento de Salazar, António Manuel Hespanha y André Ventura («La función de la doctrina jurídica en la construcción ideológica del Estado Novo», pp. 583 a 634) realizan un estudio de la doctrina jurídica oficial en el Estado Novo y las posturas críticas que en el seno de la dictadura nacieron, como es el caso del uso alternativo del derecho. En la línea de esta colaboración, Pedro Velez («Do Discurso Constitucional do Estado Novo», pp. 635 a 668) analiza el discurso constitucional del Estado Novo.

Al igual que en el régimen de Franco, en el seno de la dictadura portuguesa el Derecho del trabajo desempeñará un papel fundamental. En Portugal, como se analiza en la colaboración de José João Abrantes («O Direito do Trabalho do Estado Novo», pp. 669 a 678), se estableció una economía nacional corporativa y capitalista pero limitada por fines de solidaridad. Sin embargo, una de las diferencias, como ya se ha apuntado, con la dictadura franquista fue la mirada hacia el exterior de la dictadura salazarista. De la política colonial se ocupa Cláudia Castelo («Desígnios luso-tropicais: Gilberto Freyre e a política colonial do Estado Novo», pp. 679 a 705), centrándose en el uso realizado por el Régimen del pensamiento de G. Freyre y su teoría del luso-tropicalismo (la capacidad de adaptación de los portugueses a los trópicos por empatía innata). Finalmente, las dos últimas colaboraciones se centran en dos pilares comunes con la dictadura franquista: del ejército se encarga Nuno Rodrigues («A Legião Portuguesa [1936-1944]», pp. 707 a 728) y de la propaganda de masas Reis Torgal («Cinema e propaganda no Estado Novo. A conversão dos descrentes», pp. 729 a 752).

Con el trabajo realizado por este grupo de investigación comienza a colmarse lentamente una laguna que ha existido en la historiografía jurídica española. Es necesario seguir ahondando en los mecanismos jurídicos que sustentaron los regímenes dictatoriales. La democracia necesita de la memoria colectiva. A pesar de que el libro recensionado ofrece un panorama amplio, llama la atención que algunas colaboraciones sean excesivamente descriptivas y poco críticas con la dictadura franquista. No sé hasta qué punto esto es legítimo: ¿se puede hacer historia de un sistema dictatorial sin implicarse en su crítica? Hubiera sido más políticamente correcto, quizá, hacer un libro completamente crítico con el franquismo, pero no respondería a la mentalidad de los juristas de hoy día, pues algunos de ellos, una minoría ciertamente, miran no sólo con buenos ojos sino con admiración hacia el pasado franquista. Esta obra, en cierto sentido, es un síntoma de lo que hay aquí y ahora, no de lo que debería haber. El libro presenta, asimismo, algunas sombras: hubieran sido convenientes algún capítulo más que comparase las dos dictaduras. Desde el punto de vista formal, la edición realizada por la editorial Vittorio Klostermann nos parece excelente, aunque hubiera sido de desear un índice onomástico y otro de materias.

Daniel J. GARCÍA LÓPEZ
Universidad de Almería

GARCIA NEUMANN, Jaime, *Neoconservadores y choque de civilizaciones: hechos y raíces doctrinales*, Comares, 2008, 369 pp.

El libro consiste en un amplio análisis sobre el neoconservadurismo, y se divide en dos partes: la primera, dedicada a los hechos históricos y las decisiones políticas, y la segunda, que trata las bases doctrinales y la filosofía política en que este movimiento se sustenta.

PARTE PRIMERA: LOS HECHOS

Primeramente, el autor nos sitúa en el contexto en el que nació el neoconservadurismo. Nos hallamos ante una situación de globalización económica y cambio geopolítico y militar tras la Guerra Fría. En la posguerra fría empezó una presión para crear una hegemonía militar, además de económica. En este contexto destacan dos autores: Fukuyama y Huntington.

El primero sigue la idea del «fin de la historia» de Hegel, según la cual ésta culminaría en el siglo xx con el modelo estadounidense de democracia y economía de mercado, como encarnación suprema de realización humana y fin de la historia. Ante la alternativa «guerra permanente o paz perpetua», este autor se inclina por la segunda. Fukuyama se encuentra en la actualidad distanciado del neoconservadurismo, pero dice que deberían salvarse sus propósitos (maquillarlo, para que sobreviva con nueva fuerza).

Por su parte, Huntington parte de lo contrario que Fukuyama. Según él, estamos más cerca del caos que de la paz perpetua (Choque de Civilizaciones), así que se hace necesaria una redefinición estratégica después del final de la Guerra Fría, aparece la necesidad de identificar al enemigo. Huntington propone esta división: por un lado el Occidente cristiano, y por otro los musulmanes y ortodoxos. Los peligros actuales serían: el avance de China (enemigo potencial) y del Islam (enemigo inmediato). Huntington proporciona en general la justificación histórica y sociológica que los neoconservadores requerían después de la Guerra Fría para promover su política de hegemonía global en base a la fuerza militar, comenzando por Medio Oriente.

Fukuyama mantiene su tesis, pero se suma a los que consideran que el gran obstáculo actual es la cultura del Islam, Es decir, sí hay choque de civilizaciones, pero la superioridad de Occidente se impondrá. Para Fukuyama, primero, hay que ganar la guerra de civilizaciones; luego, imponer la hegemonía estadounidense como «fin de la historia».

En opinión del autor, resulta imprescindible en este análisis una mención al PNAC, fundado en 1997. Los principios que sigue este grupo son: consolidar la hegemonía de EE.UU., impedir el surgimiento de potencias rivales y ejecutar acciones preventivas contra las amenazas. El 11-S sirvió de catalizador para poner en marcha estos principios.

Los personajes más importantes del PNAC están directa o indirectamente relacionados con el mundo de la política y los negocios, y están conectados por lazos familiares, así como académicos, perteneciendo en su mayoría a la escuela de Leo Strauss, del que se habla más ampliamente en la segunda parte del libro.

Los neoconservadores cuentan con importantes medios institucionales, de comunicación y propaganda, que les permiten amplificar su influencia

política en el gobierno y en la opinión pública (el más importante de ellos es el PNAC).

También se observa el manejo de los movimientos evangelistas y fundamentalistas por parte de políticos neoconservadores y el financiamiento del «lobby» israelí. Aunque hay neoconservadores del PNAC de declarada procedencia católica, se declaran en desacuerdo con el Vaticano en cuanto a la guerra preventiva.

Los antecedentes del PNAC se encuentran en los «Comités del Peligro Presente». El primero de ellos fue fundado en 1950 para apoyar la Guerra Fría. A finales de los años sesenta, las consecuencias indeseables del malestar juvenil, el cambio cultural inducido y las nuevas formas contraculturales que irrumpían en los Estados Unidos, llevaron a algunos sectores demócratas y del progresismo liberal a plantearse una corrección de rumbo, asociado a un fuerte sentimiento anticomunista y antipacifista. Éste fue un germen del neoconservadurismo. También entre los republicanos de la administración Nixon surgió en los años setenta un sector más beligerante en policía exterior (el «Grupo B»). Estas corrientes de diverso origen confluyeron a mediados de los años setenta en la creación de un nuevo Comité del Peligro Presente. Muchos de los activistas de este «lobby» se incorporaron en los años ochenta a la administración del presidente Reagan y su lucha contra «el imperio del mal». En 1997 se creó el PNAC como una nueva reencarnación del Comité del Peligro Presente. Luego, los neoconservadores se instalarán en los resortes del poder bajo la administración de George W. Bush.

En todos los casos se mantiene como objetivo una doble consigna: la fuerza (es decir, mantener la superioridad militar estadounidense, para lo cual se requiere siempre incrementar el presupuesto militar) y la voluntad (lanzar al mismo tiempo una ofensiva psicológica y cultural).

El autor del libro hace una mención especial a la persona de Robert Kagan, uno de los principales «cerebros» del PNAC y uno de los más conocidos portavoces de los neoconservadores. Kagan parte siempre de un axioma fundamental: vivimos en un mundo «hobbesiano» (*homo homini lupus*) donde la civilización (EE.UU. y sus aliados) debe imponer su poder militar como un «Leviatán» contra el caos de la barbarie representada por naciones, fuerzas y organizaciones ajenas y hostiles a Occidente. Su cosmovisión es la del «choque de civilizaciones» y su objetivo es que Europa comparta ese papel. Existe una doble polaridad: Europa actúa como una sociedad cosmopolita que en lugar de imponer el poder, está «regida por normas de negociación y cooperación transnacionales» (La «paz perpetua» de Kant), mientras que Estados Unidos, por el contrario, no puede desprenderse de su papel de policía de un mundo llevado por el salvajismo (el Leviatán de Hobbes).

Puede establecerse que el punto de partida de Kant en filosofía política es semejante al de Hobbes y el empirismo liberal inglés. Desde la óptica kantiana, el antagonismo humano se puede considerar como el motor del progreso. Por esa razón la paz es el *fin de la historia*, ya que significa el final del esfuerzo. De ahí la ironía kantiana de presentar la ausencia de guerra como una especie de muerte. Esta polaridad de actividad-lucha versus pasividad-paz es retomada luego por la filosofía de la historia de Hegel.

Según Kagan, existe una tendencia a negar la realidad o minimizar los peligros de ésta por parte de quien está en situación de debilidad (ej.: Europa), así como, en el lado opuesto, se tiende a interpretar la realidad en términos de fuerza por parte de quienes están mejor armados. Kagan utiliza el manejo de verdades, medias verdades y tergiversaciones, en el mejor uso de

las *noble liars* (*mentiras nobles*) de los neoconservadores de origen straussiano, para presionar un cambio de actitud por parte de los dirigentes europeos a favor de la hegemonía estadounidense.

Otro neoconservador straussiano, Paul Wolfowitz, presenta esta polaridad histórica de poder y debilidad para justificar algo más: evitar grandes guerras mediante acciones preventivas, aunque signifique dejar de lado la legalidad internacional.

Para estos dos autores, los EE.UU. han asumido un papel de guerrero necesario para mantener el orden internacional y los valores de la democracia, mientras que Europa puede dedicarse a cuidar las formas, aprovechando que está protegida por otro.

Kagan consagra el principio sofista, retomado por Hobbes, de que el Derecho es el arma de los débiles, y corolario de que el poder de la fuerza está, por tanto, por encima del Derecho. Para Kagan, la polaridad fuerza vs. debilidad es la que genera el uni y el multilateralismo en las relaciones internacionales. Encauzar los problemas a través de instituciones multilaterales como las Naciones Unidas es herramienta del débil. Según esto, la insistencia de Europa en el multilateralismo no obedece a un avance del derecho en el mundo, sino al cálculo utilitario del débil. Se trata de un mundo hobbesiano donde no existen principios sino sólo intereses. Así, la única actitud posible de Europa frente a los Estados Unidos en el «nuevo siglo americano» que comienza sería «adaptarse a la hegemonía».

En el extremo opuesto, el autor nos presenta una voz europea alternativa: la de Ulrich Beck. Según éste, existen dos modelos distintos y rivales de política de seguridad y de orden mundial: el de la «pax americana» y la «cosmópolis global» (basado en la igualdad de Estados).

Por otra parte, en el libro que tratamos se incluyen algunas consideraciones sobre la formulación jurídica internacional de Rawls.

Rawls realiza una clasificación de los Estados, y dice que la regla de oro liberal de la tolerancia no puede aplicarse a los Estados «proscritos» ya que son una amenaza para los Estados liberales y «decentes»; por tanto, deben ser forzados o inducidos a transformarse en Estados Liberales. Esta clasificación entre Estados «decentes» y «delincuentes» y, por tanto, amigos y enemigos, recuerda mucho más a Carl Schmit que al cosmopolitismo Kantiano. Rawls, además de la justificación de la guerra (*ius ad bellum*) en «casos extremos» contra los Estados «criminales», deja abierta también la posibilidad de excepción en la conducción misma de la guerra (*ius in bello*).

A continuación se trata el tema de la definición del amigo y del enemigo y la declaración del «Eje del Mal» por parte de EE.UU., que ha cumplido el objetivo de definir un enemigo estratégico: el terrorismo internacional y los estados «canallas» (*rogue states*) que pueden apoyarle. La definición de los Estados en grados (amigos, posibles aliados, «no estructurados» y Estados «canallas») está en plena consonancia conceptual con la definición schmittiana del amigo-enemigo. En este punto, el autor del libro remite a «Repensar la Paz» de Jesús Ballesteros, en el cual se señala que el fondo existe un paralelismo entre el salfismo yihadista, protagonista del actual terrorismo de origen islamista, y la ideología neoconservadora estadounidense en aspectos tan negativos como la definición maniquea del amigo-enemigo, el desprecio por la legalidad y el carácter justiciero y redentor de su violencia sin límites.

Seguidamente se hace un análisis de la llamada Doctrina Bush y de la guerra preventiva, dos conceptos esenciales para entender la política neoconservadora. La decisión del gobierno neoconservador de los Estados Unidos de hacer

la guerra, de establecer quiénes son amigos y quiénes enemigos, de llevar a cabo guerras «preventivas» en contra de la legalidad internacional y de actuar unilateralmente, se pretende justificar por lo excepcional del momento y por el estado de excepción permanente que significa su auto atribuida «misión» histórica de liderazgo global y la enorme capacidad militar para imponerlo por la fuerza.

PARTE SEGUNDA: RAÍCES DOCTRINALES

En un primer acercamiento a las raíces doctrinales del neoconservadurismo, considera el autor que es importante observar la equivalencia filosófica que Habermas señaló en los años ochenta entre neoconservadores y posmodernos. Según Habermas, puede diferenciarse entre el premodernismo de los antiguos conservadores, el anti modernismo de los jóvenes conservadores y el posmodernismo de los nuevos conservadores. Así, habría una pugna y distancia filosófica entre los paleo y los neo conservadores. En la raíz del conservadurismo tradicional norteamericano está el sentido profundamente religioso y la ética protestante presentes en la historia como un elemento de identidad de los Estados Unidos, mientras que los neoconservadores propugnan que la élite gobernante está por encima de la ley y de la moral.

La doctrina y la práctica neoconservadoras han surgido del desencanto con la modernidad, la cual ha devenido cada vez más incapaz de cumplir las promesas de progreso indefinido, libertad para todos y un orden social basado en la razón y racionalidad humanas.

En este punto, el autor Jaime García nos presenta el análisis realizado por el autor Daniel Bell sobre el neoconservadurismo. Según éste, el desarrollo propio de la sociedad capitalista moderna ha entrado en crisis por los desarrollos contradictorios de sus tres procesos axiales: su estructura tecnoeconómica, cuyo eje es la eficiencia; el orden político, cuyo ideal es la igualdad, y el ámbito de la cultura, regida por una búsqueda cada vez más intensa de autorrealización. Además, también encontramos, en el análisis de Bell, la ruptura entre la modernidad y el hecho religioso.

Habermas analiza este planteamiento de Bell, ubicándolo en la tradición weberiana de la utilidad de la fe calvinista para el ascenso del capitalismo y de la clase burguesa asociada a él. Habermas introduce lo que va a constituir para Bell y los neoconservadores posteriores un aspecto esencial de su pensamiento y de su acción política: la utilidad de la religión como factor de cohesión y autocontrol social. Para Bell, es conveniente cierto retorno post-moderno de la religión.

La diferencia, según Habermas, entre liberales y neoconservadores es que mientras los liberales siguen intentando la ética universal kantiana, basada exclusivamente en la racionalidad humana, los neoconservadores no vacilan en considerar un resurgimiento de lo religioso, pero un resurgimiento a su medida y bajo su control.

Para Habermas, puede equipararse el neoconservadurismo con la posmodernidad, ya que hay una característica que ha sido común al marxismo, el fascismo y el neoconservadurismo: el plano inclinado que va de la crítica radical a la modernidad, al rechazo mismo de la razón.

Frente al desencanto con el pensamiento de la modernidad, que ha derivado en las reacciones irracionistas del «fin de la historia» y del «fin del pen-

samiento», Habermas propone un resurgimiento de la filosofía, en diálogo comunicativo con las ciencias. La asimilación filosófica del neoconservadurismo con el post-estructuralismo y la posmodernidad tiene el trasfondo político de mostrar cómo en este campo los extremos aparentemente más opuestos tienden a fundirse y confundirse. Habermas denunció los precedentes y justificadores teóricos que tenían y tienen en común nazis y comunistas, neoconservadores y posmodernos (entre ellos, Carl Schmitt, Heidegger y, como precedente de ambos, el nihilismo derivado de Nietzsche). Habermas reconoce que existe una crisis en la democracia liberal. Pero su solución no es la abolición del sistema sino su corrección.

A continuación, se realiza en el libro un análisis a la «Guerra Fría Cultural», análisis de importancia ya que, en muchos aspectos, la perspectiva y métodos de la Guerra Fría continúan, transferidos a la denominada «guerra al terrorismo». Visto en perspectiva, la Guerra Fría Cultural es la realización, en los orígenes del neoconservadurismo estadounidense, de la doble característica genética señalada por Kagan con la expresión «Fuerza y Voluntad». La Guerra Fría se libró en varios escenarios: el bélico, el económico y el cultural (aquí especialmente encontraremos actuando a los patriarcas de los neoconservadores).

Aparecen en este punto términos como la *Kulturkampf*, que consistía en una vasta campaña para «apagar el interés» hacia el mundo comunista, promover «una ideología que rivalice con el comunismo» y estimular la visión de EE.UU. como «guardián de la libertad» en el mundo. Su principal objetivo no era tanto la población en general, sino sobre todo la élite cultural, la *intelligentsia*. Un efecto directo de la *Kulturkampf* fue la formación de una nueva amalgama ideológica política, conocida luego como neoconservadurismo. Llama la atención el paso desde la izquierda marxista, particularmente del trostkismo, a la gestación del neoconservadurismo, por parte de los protagonistas principales. Un objetivo primordial en EE.UU. fue ganar a los grupos trostkistas y la izquierda no comunista. Los primeros organizadores del CLC fueron militantes trostkistas.

Varios teóricos habían participado en investigaciones promovidas por el gobierno de EE.UU. sobre las raíces de la conducta fascista, y sacaron como conclusiones que se hacía más fácil controlar masas guiadas por impulsos anárquicos y hedonistas, que armadas con argumentos racionales y propuestas serias de cambio político y social. De esta manera se promovió la irrupción de la contracultura de los años sesenta como campo experimental de control de masas. Es decir, se llegó a promocionar la contracultura de los años sesenta. Pero, al parecer, el auge de ésta se convirtió al final en un efecto no deseado por parte de la Administración, que llega a su culminación en la contracultura de drogas, sexo y rock'n roll y las protestas juveniles de 1968.

En resumen, los orígenes y principales características del neoconservadurismo actual se gestaron en el proceso de la Guerra Fría. Puede incluso trazarse un paralelo entre aquel enfrentamiento estratégico y la actual «guerra al terrorismo» de la era Cheney-Bush.

Podemos encontrar algunos rasgos comunes, como la definición ontológica frente al «enemigo», el «decisionismo» de una élite, por encima del bien y el mal, el uso de la «mentira necesaria» y las operaciones encubiertas de manipulación de masas como instrumento del Estado, o la utilización de la cultura y la religión como herramientas de ingeniería sociopolítica dentro de la estrategia de poder.

Pasando ya a las fuentes de inspiración doctrinal de los neoconservadores, podemos decir que hay dos: una directa, históricamente conocida y públicamente aceptada, es Leo Strauss, maestro de muchos de ellos; la otra, no reconocida, pocas veces mencionada, pero muy evidente en sus políticas, sus argumentaciones jurídicas y su cosmovisión general, es Carl Schmitt, maestro de juventud de Strauss. Principalmente el motivo está en que Schmitt fue el teórico que proporcionó en su momento la justificación jurídica al régimen nazi.

Strauss comparte con Schmitt su profunda aversión al liberalismo; la opción por gobiernos fuertes dirigidos por élites forjadoras de sus propias normas, la fascinación por «el arcano del poder», el hecho del manejo maquiavélico de las masas, el papel sustancial y a la vez subordinado de la cultura y de la religión, la concepción naturalista de Hobbes sobre la hostilidad y maldad esencial del ser humano.

Sus diferencias no provienen tanto de concepciones opuestas o principios contradictorios; obedecen más bien a distintas formas de asumir una mayor coherencia o radicalidad con los axiomas básicos compartidos y, también, a las consecuencias que de ellos se derivaron.

A continuación pasamos en el libro a un análisis más pormenorizado del pensamiento de estos autores.

Según Schmitt, que escribió en el contexto de la crisis de la modernidad política liberal, la supuesta neutralidad del Estado liberal encubre su instrumentalización por parte de otros poderes fácticos no explícitamente políticos—como los poderes económicos—, que utilizan el Estado como empresa burocrática, sin asumir los riesgos de la acción política.

Se proclama el imperio de las normas abstractas para encubrir su manejo por parte de los poderes concretos. Por ello, las apelaciones abstractas al «imperio de las leyes» o los «derechos humanos» esconden nuevas formas de dominación. Strauss coincide con estos planteamientos.

Como crítica se señala que ambos autores aciertan sobre los males del liberalismo o la crítica de la modernidad, pero el problema está en los axiomas desde donde se hacen y en las soluciones a las que se apuntan. En su repetida necesidad de ese «otro sistema» para Schmitt y Strauss puede percibirse, desde la perspectiva actual, la prefiguración de lo que luego intentó ser el fascismo y el nazismo para Schmitt, y lo que, décadas después y sobre nuevas bases, pretende ser el neoconservadurismo para los seguidores de Strauss.

Ambos autores odian la inconsistencia y confusión de ética y política propias del secularismo liberal y buscan ir más allá; no «conservar» o volver al pasado, sino fundar de nuevo lo político sobre una base postliberal, postética y posmoderna.

Coinciden en redescubrir la importancia de la constatación inicial de Hobbes *homo homini lupus*. Schmitt distingue entre el enemigo personal (*enemicus*) y el enemigo colectivo al que se enfrenta la «polis» (*hostis*). La perspectiva ontológica de lo político es, entonces, la de la lucha del hombre contra el hombre, entendido como colectivos sociales; es decir, la de la guerra. Como para los neoconservadores actuales, se hace necesaria la acción de un Leviatán, de un Estado con un poder supremo sobre la vida y la muerte, que imponga el orden en medio del caos.

Strauss realiza una observación crítica a Schmitt: su preeminencia del momento «enemigo» sobre el de «amigo». Sí coinciden ambos autores en la

antropología hobbesiana de que el hombre es malvado por naturaleza y en la desigualdad humana. Habrá razas o colectivos superiores y otros inferiores.

En todo esto hallamos una aplicación actual: la política interna de seguridad y la política exterior belicista parecen tener su fundamento último en la doctrina schmittiana, de donde surge la noción de «guerra permanente». Así, encontramos reflexiones como la de Kristol, según el cual en un mundo globalizado, las doctrinas de «seguridad nacional» deben abrir paso, siguiendo el razonamiento neoconservador, a una especie de «seguridad internacional continua», basada en un «estado de excepción permanente».

Podemos resumir que los aspectos comunes Schmitt-Strauss son los siguientes: la negación o aversión hacia el liberalismo, la concepción naturalista de Hobbes sobre la hostilidad y maldad esencial del ser humano, la definición del enemigo como punto de partida de lo político, el establecimiento del Estado para garantizar el orden interno y la paz externa, el voluntarismo o la decisión del poderoso como fundamento de la legalidad y el hecho del manejo maquiavélico de las masas.

En todos los escritos de Schmitt encontramos una inclinación por el decisionismo. Los maestros de éste fueron Hobbes y Donoso Cortés. Schmitt y Donoso coinciden en la maldad esencial del ser humano, que conlleva un antirreligioso nihilismo. La dualidad dialéctica amigo-enemigo, como esencia de lo político, se trasmuta en superhombre-infrahombre.

Strauss desarrolla este tema distinguiendo entre *hombre-masa* y *superhombre* (el que ejerce el poder). Además, analiza ciertas obras clásicas, como *La República* de Platón, o *La Historia de la Guerra del Peloponeso*, de Tucídides. Según Strauss, el verdadero protagonista de la República es Trasímaco y no Sócrates. El primero defiende que la justicia no es más que el interés del más fuerte y que aquellos que están en el poder hacen las leyes para su beneficio, y a eso le llaman justicia. En cuanto a la segunda obra, Strauss considera que no pretende dar una enseñanza moral de la historia, sino «realista»: las apelaciones a la moral y al derecho son un arma de los débiles; la justicia es lo que impone el más fuerte, etc. Por otra parte, el autor defiende un nuevo gnosticismo, según el cual debería haber verdades para las élites y verdades para el vulgo. Otro punto importante de la filosofía de Strauss es el de las mentiras nobles, la manipulación de masas y los asesinatos como medios para ejercer el poder, punto en el que coincide con su maestro Schmitt.

En cuanto a la religión, Schmitt pretendía identificarse con el cristianismo católico. La identificación de Schmitt con Hobbes es muy importante desde la perspectiva religiosa, debido al fundado rechazo de la Iglesia a la obra hobbesiana. El planteamiento antropológico de Hobbes elabora teóricamente una fundamentación de la igualdad, la sociedad, la guerra y la política, no sólo ajena sino opuesta a la concepción cristiana, ya que se basa en la hostilidad. Sin embargo, Schmitt fue aceptado, no sin cierto reparo, en algunos círculos conservadores europeos antes y después de la guerra.

Strauss presentó desde el principio una ruptura con la religión. Sin embargo, mantiene a lo largo de su obra una continuada ambigüedad en materia de filosofía política y tradición bíblica, que le permitió lograr una gran aceptación entre los círculos conservadores norteamericanos.

En este punto se analizan las obras de Schmitt *Teología Política* y *Forma Política*. En cuanto a la primera, a pesar del título, tiene más de jurídico que de teológico y se refiere básicamente a la proposición y defensa de la relación última entre la *soberanía*, como «poder supremo y originario de mandar» y la *decisión*, como fundamento de lo jurídico. En la segunda obra se

evidencia la imprecisión que suele aparecer en algunos círculos académicos sobre el presunto carácter «católico» del pensamiento de Schmitt.

También se hace una mención a la obra de Strauss *Progreso o Retorno*. En ella el autor manifiesta que hay una dualidad entre Atenas y Jerusalén: Jerusalén representaría el retorno, Atenas el progreso. La modernidad tiene una confianza ilimitada en la capacidad de progreso humano; pero esto es algo que para Strauss se ha vuelto dudoso.

Encontramos en el neoconservadurismo una utilización de la religión como una forma superior de «mentira noble», aunque para Irving Kristol es uno de los fundamentos de los neoconservadores.

Para terminar, se nos presenta en el epílogo una mención a un diálogo mantenido entre Habermas y el entonces cardenal Ratzinger. En él se aborda el tema de la fundamentación moral del Estado liberal, los fracasos de la modernidad y la necesidad de un diálogo intercultural e interreligioso a nivel global a fin de encontrar una base ética y jurídica común para superar el actual conflicto civilizacional. Se refieren a la alternativa Schmittiana y Straussiana, no sólo para descartarla sino para proponer otras alternativas.

Se manifiestan en contra del decisionismo, el elitismo político y la concepción del poder del más fuerte, defienden que no debe haber ni un rechazo ni un uso político de la religión, sino «diálogo post-secular», y proponen un diálogo de culturas que desactive el conflicto civilizacional y religioso.

Anna COLOMER SEGURA
Universitat de València

HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, segunda edición, Madrid, Iustel, 2009, 374 pp.*

En el 2009 se publicó la segunda edición de la obra de Liborio Hierro, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, después de veintiocho años de su primera edición en 1981. Como escribe el mismo autor en el Prefacio, uno de los motivos principales que le condujeron a la reedición del texto se debe al hecho de que, en el intervalo entre las dos ediciones, sobre el realismo jurídico escandinavo, al igual que sobre el realismo americano, no se ha escrito mucho y, seguramente, menos de cuanto la importancia del movimiento habría merecido. Y esto es aún más cierto si se considera que la así llamada Escuela de Uppsala, donde dicho movimiento tuvo origen, se ubica en las primeras décadas del siglo xx y que el cuerpo central del realismo se desarrolló entre las dos guerras mundiales, mientras que sólo comenzó a ser estudiado y traducido después de los años setenta, prácticamente en coincidencia con los últimos trabajos de Olivercrona y de Ross. Y, entonces, cómo no preguntarse por qué una teoría sobre la naturaleza del derecho seguramente innovadora y, en ciertos aspectos, incluso arrasadora respecto a las teorías tradicionales, haya tenido que esperar tanto tiempo para circular en otros países. Tal vez la respuesta está precisamente en el adjetivo «empirista» con el que Hierro la ha definido, capturando su característica principal.

En efecto, la doctrina dominante en la ciencia jurídica de la segunda mitad del siglo xix y durante una buena parte del siglo pasado, tanto en Europa como en Estados Unidos, es el formalismo jurídico: sobre todo por motivo del factor K(elsen) se consideró que era posible hacer del derecho, y de su aplicación, una especie de ciencia exacta que podría moverse y operar en un mundo aséptico, perfecto, lógicamente coherente, es decir, en el mundo del deber ser y no el del ser, siempre sujeto, este último, a cambios y al comportamiento variable de los sujetos humanos. «El derecho californiano –escribe Kelsen –citado por Hierro– no consiste en el hecho que el hurto sea generalmente castigado con la cárcel, sino en el hecho que el hurto siempre y sin excepción alguna tiene que ser castigado. En este deber ser de la sanción consiste el derecho y no en la efectividad de la sanción misma». En Estados Unidos, según Lagdell, decano de la prestigiosa Harvard Law School (a finales del siglo xix), el derecho era una ciencia basada en la lógica, puesto que la razón está en grado de descubrir las verdades universales a partir de las cuales se construye el derecho como un sistema conceptual, completo, formal y ordenado en grado de dar, para todos los casos, las respuestas unívocas, formales y correctas: «así, se hizo inútil estudiar el derecho como práctica; bastaban un aula, una compilación de casos y un enseñante que adoptara el método socrático»¹.

* Traducción de Pablo Andrés Moreno Cruz.

¹ MINDA, G. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001 (*Post-modern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's end*, 1995).

Los dos Realismos, el escandinavo y el americano, se inscriben en la así llamada «rebelión contra el formalismo», del título del libro de White², y trataron de salir de ese universo tan separado de la realidad, que parecía girar en el vacío, atornillándose continuamente en sí mismo, para redescubrir el fenómeno jurídico en sus dimensiones verdaderas, efectivas, concretas. Para hacer esto, los realistas americanos reivindicaron la primacía de la *Law in action* sobre la *law in books* y definieron el derecho como el conjunto de las decisiones de los tribunales: «lo que los jueces hacen, y nada más, es lo que yo llamo derecho», escribía el juez Holmes, afirmando así la función creadora de la actividad judicial. Los realistas escandinavos siguieron, en cambio, otra ruta, redescubriendo las raíces psicológicas, y entonces mágico-religiosas, de conceptos jurídicos fundamentales como la validez o la fuerza vinculante, el deber, el derecho subjetivo, desvistiéndolos de todas las incrustaciones metafísicas y poniendo al desnudo el funcionamiento efectivo de la «máquina del derecho», del «derecho como hecho», título de la obra más importante de Karl Olivecrona. Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross son los cuatro autores que constituyen el núcleo del realismo jurídico escandinavo y que lo propusieron como una alternativa frente al positivismo jurídico y frente al iusnaturalismo. A este último lo recriminaban por postular una realidad suprasensible absolutamente no-conocible, cuando la única realidad conocida es, para los realistas, la empírica, inscrita en las coordenadas espacio-temporales. Al positivismo jurídico de impronta formalista, en cambio, objetaban, con Hägerström a la cabeza, el uso de conceptos vacíos (las *hollow words*, como diría Olivecrona), heredados acriticamente por el iusnaturalismo y que se referían a pretendidas «realidades jurídicas» existentes sólo en la imaginación de los hombres en cuanto resultado de la objetivación de sentimientos internos de poder o de constricción debidos al funcionamiento de la máquina del derecho; máquina del derecho que no es más que un mecanismo de organización de las fuerzas para objetivos sociales. Entonces, y en estos términos, la teoría empirista del derecho, como tal, resultaba difícilmente aceptable en un contexto dominado por el formalismo Kelseniano, al lado de las siempre presentes doctrinas del derecho natural.

Justamente Hierro precisa que la influencia del realismo escandinavo comenzó a sentirse sólo después del inicio de la crisis del positivismo jurídico, después de la publicación de *The Concept of Law*, de Hart, en 1961 y de la consolidación del neoe empirismo a nivel filosófico. El autor divide la historia del movimiento realista escandinavo en tres etapas consecutivas, advirtiendo que se trata de una secuencia meramente explicativa. La primera etapa desde los orígenes, es decir, desde la Escuela de Uppsala hasta la Segunda Guerra Mundial; la etapa sucesiva desde el segundo postguerra hasta 1965; la tercera etapa desde 1965 en adelante.

La posición de Hägerström, el fundador, se articula siguiendo tres directrices principales: la primera es la tesis de la realidad, con la que él afirma, contra el idealismo imperante en Suecia, que el sujeto en el proceso cognitivo no conoce sólo a sí mismo, o las modificaciones de su conciencia, sino que entra en contacto con la realidad externa, entendida como realidad empírica; la segunda consiste en la convicción según la cual la filosofía no debe ocu-

² WHITE, G. E. *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, Il Mulino, 1956 (*Social Thought in America. The Revolt against Formalism*, 1949).

parse de la metafísica («*praetero censeo metaphysicam delendam esse*») sino del análisis del lenguaje para ver qué cosa hay detrás de las palabras, cuál es su significado concreto, es decir, para reconducirlas al mundo de los hechos (entendiendo con tal locución también las ideas de los sujetos y sus reacciones psicológicas: Hierro habla de hechos psico-sociales); finalmente, la tercera directriz se desarrolla alrededor de la negación, contemporánea a la del Circulo de Viena y del neopositivismo, del carácter cognoscitivo de los juicios de valor y, entonces, de la existencia de valores objetivos. Estas posiciones las retoman los continuadores del pensamiento de Hägerström. Lundstedt negó el carácter científico de la ciencia jurídica dogmática e, incluso, propuso eliminar del lenguaje jurídico el término «norma» o, al menos, ponerlo entre comillas, en cuanto portador de ideologías esencialístico-metafísicas; además, ideó la teoría del *social welfare*, del bienestar social, como único objetivo y justificación del fenómeno jurídico, en particular modo en sus aspectos penales. Olivercrona, escribe Hierro, elaboró la primera teoría general del derecho desde el punto de vista realista y criticó profundamente la *will theory*, o bien, la teoría del derecho como voluntad en sus varios aspectos (voluntad del soberano, voluntad del pueblo, voluntad del Estado, voluntad de la mayoría); para explicar los efectos del lenguaje jurídico profundizó la doctrina de los performativos, que le permitió ir más allá de la fase de carácter histórico en la deconstrucción en términos mágico-religiosos de los principales conceptos jurídicos para afrontar el tema de las funciones del lenguaje mismo. Ross proclamó la intención de llevar hasta sus máximas consecuencias la teoría empirista del derecho y se conectó también con el realismo americano, tratando de unir el concepto de validez con aquel de la verificabilidad por medio de la previsión de las decisiones de los jueces.

El análisis de Hierro sobre el pensamiento de los cuatro autores citados, del que mencionamos sólo los temas principales, es muy rico y comprende continuos paralelos con las otras perspectivas del momento, resaltando también aquellos quienes fueron, de alguna manera, los herederos del núcleo originario de los realistas, es decir, Per Olof Ekelof, Tore Strömberg y, con mucha afinidad aunque no con filiación directa, Ingemar Hedenius y Andres Wedberg. Este desarrollo y continuación del realismo al interior de la cultura jurídica sueca caracterizó la segunda etapa individuada por Hierro, aquella que va desde la segunda postguerra hasta 1956, etapa en la que el realismo sueco se convirtió en «el punto de partida común de la ciencia jurídica nórdica en la segunda mitad del siglo xx» y durante la cual se desarrolló también la sociología del derecho en estos países. En dicho periodo se fortaleció la influencia de la filosofía analítica inglesa que fue recibida por la perspectiva realista. Durante la tercera etapa, de 1965 en adelante, el realismo se convirtió en protagonista de la escena jurídica europea y fue citado y discutido en los tratados generales de filosofía del derecho: fue a partir de los años setenta cuando se comenzaron a publicar estudios monográficos sobre el movimiento en Alemania, Italia, Francia y España aunque, como ya se precisó, no en gran número.

El autor observa que una de las características fundamentales del pensamiento realista escandinavo consistió más bien en la crítica, también destructiva, de las otras teorías y no en la propuesta de nuevas perspectivas duraderas para el futuro. Esto explica probablemente el motivo por el cual desde su cepa no florecieron nuevas escuelas, a diferencia de lo que sucedió con el realismo americano en el que la parte constructiva fue predominante. Tanto es cierto que numerosas direcciones de la ciencia y de la filosofía

jurídica norteamericana se inspiraron precisamente a sus raíces, como por ejemplo la *Law, Science and Policy* de Harold Lasswell, después *Law and Society*, *Law and Economics* y, por último, los *Critical Legal Studies*. El realismo escandinavo, en cambio, abrió el camino al normativismo analítico después de haber generado con sus críticas una profunda revisión del positivismo jurídico.

Sin embargo, su contribución al conocimiento del derecho fue de extrema importancia y, según Hierro, puede ser así resumida: 1) crítica al formalismo positivista y a la alternativa iusnaturalismo-positivismo, frente a las cuales se presenta como una tercera perspectiva; 2) elaboración de la ciencia del derecho como ciencia descriptiva (separación entre el ser y el deber ser); 3) elaboración de una concepción empírica del derecho según la cual la fuerza se convierte en el contenido de las normas jurídicas; 4) reelaboración de la relación entre validez y eficacia, con la negación de la validez como carácter abstracto de las normas y de la así llamada «fuerza obligatoria», así como explicaciones de esta última en clave psicológica; 5) redefinición, mediante el instrumento analítico, de los conceptos jurídicos fundamentales; 6) nuevo enfoque frente a la teoría de la interpretación y de la aplicación del derecho a partir de la negación del deductivismo.

A este punto, y para concluir, ¿se puede decir que la función propulsora del realismo escandinavo ya se agotó? Twining, hablando del realismo americano, había dicho: «el realismo murió, todos somos realistas» ¿Es posible hacer la misma aserción respecto al realismo escandinavo? Hierro responde de forma afirmativa, puesto que, sin duda, las instancias realistas ya entraron a formar parte del pensamiento filosófico-jurídico general y no sólo de aquel del norte de Europa. Sin embargo, los peligros de nuevas metafísicas y de nuevos formalismos están siempre al acecho. Precisamente por este motivo la reedición del libro de Hierro, que se presenta como un instrumento indispensable para conocer profundamente el pensamiento realista, emerge como una operación más que nunca oportuna y actual.

Silvana CASTIGNONE
Università degli studi di Genova

LLANO ALONSO, Fernando H., *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparativa* (Monografías; 621), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 275 pp.

A menudo tratada de un modo demasiado tangencial, cuando no preterida, salvo honrosas excepciones¹, tanto en las ya clásicas como en las más recientes ediciones españolas de manuales de filosofía jurídica y de historia del pensamiento iusfilosófico; y, por lo demás, huérfana de una exposición de conjunto capaz de actualizar la modélica pero ya remota de Recaséns Siches² y, al propio tiempo, de rebasar el enfoque necesariamente restringido de las espléndidas monografías dedicadas a dar a conocer entre nosotros la obra de algunos de sus más excelsos representantes³, la doctrina de la experiencia jurídica necesitaba urgentemente de un estudio que diera cuenta de su ejecutoria y que, a la vista de ella, reivindicara y reafirmara sus posibilidades en el debate iusfilosófico actual.

Por eso debe de saludarse la publicación del libro que reseñamos –por cierto, acreedor el año 2008 del Premio de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla–, en el que su autor, empeñado oportunamente desde hace años en mostrar la continuidad entre la filosofía de la vida y la teoría experiencial del derecho⁴, se ha propuesto ahora, según sus propias palabras, «llevar a cabo un estudio iusfilosófico, en clave comparativa, sobre el formalismo jurídico y la teoría de la experiencia jurídica, dos de las tendencias que más interés han suscitado entre los principales historiadores de la filosofía del Derecho del pasado siglo, pero que mayor presencia y proyección presentan también en el panorama iusfilosófico contemporáneo» (p. 19).

Enseguida hemos de notar, empero, una seria autolimitación en cuanto al alcance del planteamiento metodológico comparativo que propone el profesor Fernando H. Llano, pues, según él mismo advierte desde un principio, «no tengo intención de hacer en este trabajo un balance global de ambas tendencias» (p. 23), sino que «la principal motivación a la que responde este trabajo, no sería tanto la de dirimir cuál de las dos corrientes resulta hoy más acertada o de mayor utilidad para la Teoría y la Filosofía del Derecho, como la de alcanzar estos tres objetivos: en primer lugar, acotar lo más posible dos conceptos tan equívocos como los de «formalismo» y «experiencia jurídica»;

¹ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Sevilla, Minerva, 5.^a ed.; *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Madrid, Tébar, 2007, 5.^a ed., pp. 109-111, 174-184 y 222-230.

² RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1971.

³ Vid. BALLESTEROS, J., *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi*, prólogo de José Cortés Grau, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973.

⁴ Vid. LLANO ALONSO, F. H., «Estudio iusfilosófico sobre la relación de continuidad existente entre la filosofía de la vida, el raciovitalismo y la teoría de la experiencia jurídica», en LLANO ALONSO, F. H. y CASTRO SANZ, A. (eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, Madrid, Tébar, 2005, pp. 505-522. Ya Norberto Bobbio había advertido que ««esperienza» è spesso nelle opere di Capograssi sinonimo di «vita»». Cfr. BOBBIO, N., «Giuseppe Capograssi», en *Italia civile*, Manduria, Lacaita, p. 229.

en segundo lugar, indagar en el origen de ambas doctrinas y hacer un recorrido por la posterior evolución histórica de éstas a través de sus clásicos, y, por último, demostrar su pervivencia e influencia en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo» (p. 24).

A partir de estas premisas, queda perfectamente trazado el plan de la obra, dividida ésta en tres partes que suman, entre ellas, un total de hasta cinco capítulos, debiéndose computar como un mérito añadido el de incorporar sendos apartados específicos de conclusiones donde se viene a recapitular, a modo de estado de la cuestión, la problemática abordada en cada uno de los capítulos con «un encomiable esfuerzo de claridad» y de «puntería intelectual (...) bien dirigida», tal y como recalca el profesor Pérez Luño en el prólogo. Pero no sólo el plan de la obra, pues, igualmente condicionado por las premisas a que aludíamos, el discurso del profesor Fernando H. Llano a lo largo de su estudio comparativo parece sujetarse a un registro predominantemente conceptual unas veces –en particular el capítulo I– y descriptivo otras –capítulos II a V–, y, en este mismo sentido, como lógica consecuencia de la renuncia inicial a plantear esa «clave comparativa» a modo de «balance global» crítico de ambas tendencias (formalismo jurídico y teoría de la experiencia jurídica), es quizá como debamos de interpretar la falta de unas conclusiones generales. Sin embargo, como precisaremos más adelante, en algunas de sus afirmaciones, el autor deja entrever implícitamente lo que podríamos denominar un juicio comparativo *tout court*.

En la primera parte del ensayo, que se corresponde con el capítulo I, el profesor Fernando H. Llano pretende y, desde luego, consigue una «aproximación a los conceptos de formalismo jurídico y experiencia jurídica»; en palabras del profesor Pérez Luño, que de nuevo tomamos prestadas del prólogo, el autor «ha querido acotar y establecer unas categorías de orientación científica (...) dirigidas a desbrozar y clarificar su objeto de estudio» y, de este modo, desde una perspectiva de análisis conceptual, el resultado que se alcanza viene a poner de manifiesto que ambas tendencias –o, mejor, concepciones– de lo jurídico comparten un denominador común, a saber: su carácter polisémico. Veámoslo más detenidamente con el comentario crítico de algunas de las conclusiones más relevantes de este capítulo I.

De una parte, el autor se apoya en la conocida clasificación de Norberto Bobbio –con remisión, obviamente, a *Il positivismo giuridico* (1960-1961) y a *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965)– para dejar constancia de la existencia de hasta cuatro acepciones específicas del formalismo jurídico («legalista», «ética», «dogmática» e «interpretativa») y, además, pone un celo especial en subrayar que no «debe de confundirse el formalismo jurídico con el iuspositivismo», ya que «de las cuatro acepciones de la expresión “formalismo jurídico” (...) únicamente en el primer caso» –esto es, en su acepción «legalista» de la justicia– quedaría asimilado al más amplio concepto de iuspositivismo (p. 110). Este juicio, en términos generales, nos parece acertado –nos bastaría con invocar aquí las distintas concepciones del positivismo jurídico antiformalista– pero convendría matizar que esa coincidencia del formalismo jurídico con la ideología iuspositivista no resulta quizá en la práctica tan extraña e infrecuente como sugiere el profesor Fernando H. Llano, pues lo contrario incluso parece desprenderse de las palabras del mismo Bobbio, quien llegaría a admitir la crisis del modelo del

«postivismo metodológico» al que habría servido de sustrato un formalismo jurídico definido al margen de consideraciones valorativas y sociológicas⁵.

De otra parte, por cuanto atañe a la noción de «experiencia jurídica», el profesor Fernando H. Llano viene a sintetizar en este mismo capítulo 1, introduciendo algunas variaciones en la pionera propuesta metodológica de Recaséns Siches a la que justamente reconoce un encomiable propósito clarificador y ordenador, «las múltiples perspectivas teóricas desde las que ha sido estudiado el concepto de experiencia jurídica» (p. 109), y, a tal efecto, el profesor de la Universidad de Sevilla distingue hasta tres perspectivas doctrinales agrupando en torno a ellas a las que, a su juicio, vendrían a ser las figuras más relevantes de la teoría experiencial del derecho durante el pasado siglo XX, a saber: *a*) la experiencia jurídica considerada (críticamente) en sentido neokantiano (Stammler, Kelsen, Radbruch); *b*) la experiencia jurídica concebida en sentido neoviquiano (Capograssi, Battaglia, Fassò), y *c*) la experiencia jurídica fundamentada en sentido axiológico-sociológico (Gurtvich, Ortega, Reale).

A resultas de su análisis, el autor acaba concluyendo, en primer lugar, que «dentro de las filas del experiencialismo no existe una estricta unidad doctrinal por parte de sus integrantes que permita pensar en que éstos conformen una escuela en su *versión* más estricta (es decir, que todos ellos coinciden en unas mismas coordenadas espaciales, temporales y materiales)» (p. 109), matización esta última que nos parece del todo pertinente por cuanto que, en cierto modo, permite no entender contradicho tal aserto conclusivo por la mención expresa que, más adelante, el profesor Fernando H. Llano hace de la «escuela iusfilosófica capograssiana» (p. 223); en todo caso, a nuestro modo de ver, debería reconocerse que en esta escuela la noción de experiencia jurídica deviene el eje central de su propuesta iusfilosófica y alcanza un desarrollo más acabado y pleno que en el resto de las perspectivas doctrinales analizadas, y de ahí que en la historia del pensamiento iusfilosófico se la considere justamente como la doctrina de la experiencia jurídica por antonomasia⁶.

En segundo lugar, y también a modo de conclusión, el autor insiste en que «hay que aclarar que la teoría de la experiencia jurídica, (...) si se la concibe como una reflexión crítica, explicativa y omnicompreensiva de la realidad que está ligada a la problemática inherente a la propia existencia del Derecho

⁵ «Admito —dice Bobbio— que el positivismo está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por otra parte yo mismo había admitido, sino incluso como modo de acercarse al derecho. He comenzado diciendo que el positivismo nace como una decisión científica. Permítaseme reconocer ahora que detrás de esa elección o decisión científica se esconde una exigencia política. Políticamente el positivismo supone la aceptación del *statutu quo*. Y, en cuanto tal, está sujeto como todas las decisiones a sufrir los altibajos de la historia... Y de ahí que la concepción positivista se considere buena o mala, según se considere buena o mala la situación a conservar (...). Habíamos venido con la idea de concluir: ha muerto el positivismo, viva el positivismo. Creo que vamos a salir exclamando: ha muerto el positivismo jurídico, viva el iusnaturalismo». Cfr. BOBBIO, N., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico (1966 Pavia)*, Pavía-Milán, Istituto di Scienze Politiche-Giuffrè, 1967, pp. 69-73. Tomo la cita de BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2002, 3.ª ed., pp. 60-61.

⁶ Cfr. FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho 3 (siglos XIX y XX)*, Madrid, Pirámide, 1996, pp. 267-268.

como fenómeno, no puede ser clasificada dentro del grupo de doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas que protagonizaron la rebelión contra el formalismo jurídico al declinar el siglo XIX (y que luego conocería nuevos episodios en el siglo XX, sobre todo al término de la Segunda Guerra Mundial)» (p. 111). Existen, en efecto, testimonios suficientes para avalar tal aseveración. El profesor Fernando H. Llano trae a colación un texto de Ortega y Gasset que, en la línea de lo apuntado, representaría una «denuncia contra el giro iusnaturalista de la segunda posguerra que algunos pretendían introducir en los sistemas jurídicos, (...) porque [Ortega] creía que debilitaba al Derecho (...) y privaba a la validez formal de toda su fuerza vinculante» (p. 113). Nosotros queremos apuntar que también Capograssi pondrá de manifiesto la importancia de la forma como garantía de la seriedad de la acción e, incluso, llegará a conceptuar la seguridad jurídica como valor iusnaturalista⁷, afirmación esta última que no debiera sorprendernos en la medida que el filósofo de Sulmona se encuentra entre «aquellos autores que retornan al iusnaturalismo en la actualidad (...) a través de la noción de experiencia jurídica»⁸.

De entre el conjunto de las conclusiones que se enumeran como específicas del capítulo I, queremos ahora fijarnos especialmente en una de ellas, por cuanto que viene a constituir, a nuestro modo de ver, la conclusión «conclusiva» o la conclusión final de ese conjunto; y no sólo eso sino que, puesta en relación con lo dicho por el autor en el escrito preliminar concebido por éste a modo de presentación del libro, viene también a desvelar el *leitmotiv* de la obra que es objeto de la presente recensión. Dice así el profesor Fernando H. Llano: «Finalmente, la cuarta conclusión que cabría extraer después de todo lo dicho es que los desencuentros entre el formalismo jurídico y la teoría de la experiencia jurídica se producen fundamentalmente en estos tres ámbitos: el axiológico, el ontológico y el metodológico» (p. 114). Claro que, como acabamos de poner de relieve, para comprender la relevancia de estas palabras deben reproducirse a continuación aquellas otras a que aludíamos: «No creo que el formalismo y el experiencialismo jurídicos deban ser considerados como planteamientos necesariamente antagónicos (...). En la actualidad, podemos hablar de un neoformalismo que, aplicado al garantismo y al procedimentalismo, constituye una reformulación de su original neutralidad axiológica y, por ende, también una apertura a los contenidos materiales del Derecho (...). En lo que concierne a las modernas corrientes experiencialistas, (...) buscan una explicación omnicompreensiva del Derecho que permita conjugar la forma con el contenido de éste (...)» (pp. 22-23).

Queda formulado así, en estos párrafos que acabamos de reproducir, lo que más arriba caracterizábamos como un juicio comparativo *tout court* o, si se prefieren unos términos de uso más literario, diremos que nos hallamos ante la prótasis de la obra. Pero, sobre todo, más allá de esta constatación y apuntando ahora al fondo del asunto, nos parece que, siendo a nuestro juicio todavía bastantes las diferencias que separan ambas concepciones de lo jurídico como para no repurtarlas casi «necesariamente antagónicas» —añadiríamos nosotros, a los aludidos por el Fernando H. Llano, el ámbito epistemológico, pues no conviene pasar por alto el no-cognotivismo ético como

⁷ Cfr. CAPOGRASSI, G., «Prefazione a *La certezza del diritto*, di Flavio López de Oñate», en *La certezza del Diritto*, reedición a cargo de Guido Astuti, Gismondi, Roma, 1950, pp. 10-45.

⁸ Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, *op. cit.*, p. 106.

presupuesto irrenunciable de un iuspositivismo formalista todavía presente...-, no debe ocultarse como intrínseca a la doctrina de la experiencia jurídica su meritoria visión de conjunto o «tridimensional»; y que el empuje de tal visión del fenómeno jurídico, a pesar de que el autor de la obra recensio-nada no lo concluye explícitamente por moverse en el más amplio círculo del formalismo jurídico, en realidad viene a poner en evidencia que el iuspositi-vismo ha sentido la necesidad de recular y de salir al encuentro –y, por tanto, de hacerse «inclusivo»– de un peculiar iusnaturalismo vivificado al amparo de aquellas concepciones que, como es precisamente el caso de la doctrina de la experiencia jurídica, quedan comprometidas de principio a fin con la defensa de una razón jurídica integral.

El capítulo II, inserto ya en la segunda parte del ensayo dedicada al estudio del «debate doctrinal entorno (*sic*) al formalismo jurídico en la Teoría y la Filoso-fía del Derecho contemporáneas», parece reseguir ese planteamiento de fondo y no en vano se ocupa del calificado por el autor como «procedimenta-lismo no formalista de Jon Elster», así como de su proyección actual en el debate teórico y iusfilosófico contemporáneo y, en particular, en las nuevas versiones del constitucionalismo. Según el profesor Fernando H. Llano, el sociólogo noruego «con sus teorías sobre la racionalidad social, los procesos deliberativos racionales, abiertos y plurales y/o el precompromiso constitucio-nal (...) ha contribuido a contrarrestar las críticas dirigidas recientemente contra el neoconstitucionalismo por algunos autores que han considerado esta corrien-te doctrinal como una nueva expresión o reencarnación del formalismo jurídi-co», pues el «procedimentalismo de Elster, de carácter abierto y plural, (...) es análogo o parangonable al reconocimiento expreso del *contenido esencial* de los derechos fundamentales» y, también, afín a «la idea de «coto vedado» for-mulada por Ernesto Garzón Valdés» (pp. 166-167). Pero, como se ha advertido acertadamente, «Jon Elster no nos ha proporcionado un modelo completo de democracia deliberativa» y, en este sentido, «una de sus carencias principales es la falta de propuestas institucionales claras y concretas, al menos respecto a un diseño global del sistema político defendido», pues «sólo se refiere explícita-mente a la deliberación que tiene lugar en las asambleas constituyentes»⁹. Por esta razón, el análisis del «equilibrio entre la democracia, el constituciona-lismo y el principio de eficacia de la Admnsitración pública», que se incluye como un apartado específico de este mismo capítulo II, se nos antoja un *excur-sus* con el que el autor trata de cubrir este hueco del pensamiento elsteriano, y no en vano las referencias en nota a las aportaciones de las doctrinas constitu-cionalistas y administrativistas españolas, en relación con la citada problemáti-ca, son abundantes. Por otro lado, quedan al margen del análisis del profesor Ferando H. Llano, a causa de su confesado esfuerzo de autocontención, algu-nas cuestiones especialmente polémicas que nos limitamos a apuntar como, por ejemplo, la legitimidad de la autolimitación irreversible en el precompromiso constitucional¹⁰ o, desde otro punto de vista, la defensa a ultranza por

⁹ Vid. MARTÍ MÁRMOL, J. L., «Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 113 (julio-septiembre 2001), pp. 171 y 180.

¹⁰ Coincidimos con Martí Mármol cuando concluye que «Elster afirma que, con algunas limitaciones, es válido adquirir precompromisos irreversibles» y que tal plan-teamiento es sustancialmente el mismo tanto en *Ulysses and the Sirens* (1979) como en *Ulysses Unbound* (2000). *Ibidem*, p. 179 y nota 55.

Elster de un «individualismo metodológico», opción esta última que, aun cuando trata de erigirse como una crítica simultánea de las teorías de la elección racional y de la racionalidad colectiva, no deja de presentar una componente ética de signo tendencialmente utilitarista y reduccionista en lo antropológico, tal como ha sido censurado por los críticos del marxismo analítico¹¹.

El capítulo III, que cierra la segunda parte del ensayo, se dedica a la crítica del formalismo jurídico en el neoconstitucionalismo de Gustavo Zagrebelsky, a quien el profesor Fernando H. Llano caracteriza «más que antipositivista (...) como un constitucionalista de principios (...) contrario al método lógico-formal propuesto antaño por el formalismo jurídico y el positivismo teórico» (p. 200) y, por lo tanto, queda justificada, según el profesor de la Universidad de Sevilla, la adaptabilidad del positivismo metodológico al neoconstitucionalismo de Zagrebelsky. No insisitiremos ahora en lo dicho más arriba acerca del positivismo metodológico. Pero sí queremos constatar, en cuanto se refiere a la concepción del iuspositivismo y del iusnaturalismo en *El Derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky, una cierta asimetría crítica por parte del autor de la obra recensionada. Mientras que en el primer caso se quiere dejar claro que la oposición de Zagrebelsky lo es a dos versiones clásicas –hoy indefendibles– del iuspositivismo, en cambio cuando se da cuenta de la crítica del profesor de la Universidad de Turín al «viejo Derecho natural» ahistórico, suprapositivo y, al cabo, antidemocrático no se matiza a renglón seguido que también es ésta una visión estereotipada del derecho natural y que, desde luego, no se compadece en absoluto con las más actuales concepciones del iusnaturalismo¹². Coincidimos, por lo demás, con el profesor de la Universidad de Sevilla cuando éste afirma que «el neoconstitucionalismo de Zagrebelsky comparte el mérito con el antipositivismo de haber incentivado la crí-

¹¹ Vid. NOGUERA MONTAGUD, A. I., *El marxismo analítico en el pensamiento de Jon Elster*, tesis doctoral inédita dirigida por el doctor Jesús Conill, Valencia, Universitat de València, Departament de Filosofia del Dret, Moral i Política, 1997.

¹² Vid. SERNA, P., «Modernidad, postmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible», en *Persona y Derecho*, núm. 20, 1989, pp. 155-188; OLLERO TASSARA, A., «Derecho positivo y derecho natural, todavía...», en RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, pp. 905-934. El autor citado en segundo lugar critica la «diploía jurídica» y, por otro lado, afirma que a la pregunta de «cómo puedo reconocer carácter jurídico a normas de carácter antijurídico (...) la respuesta podría ser: de la misma manera que no renuncio a reconocer como persona humana, y a respetar en consecuencia, a quien se comporta inhumanamente, sin perjuicio de hacer todo lo posible por mejorar la situación» (p. 910). En ello se aprecia una cierta analogía con el planteamiento de Capograssi en *Il problema fondamentale*, recogido en *Opere de Giuseppe Capograssi*, v. v, edición a cargo de Mario d'Addio y Enrico Vidal, Milán, Giuffrè, 1959, pp. 27-34. En efecto, para el filósofo de Sulmona «el derecho natural no se opone al positivo (...) sino que está incluido en él, constituyendo su base» y, como quiera que «hasta en el ordenamiento jurídico más injusto se conserva cierta parte de justicia, es necesario superar la parte injusta apoyándose en la justa». Vid. BALLESTEROS, J., *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi*, op. cit., pp. 210 y 109. En ambos casos, estaríamos ante un iusnaturalismo que se ha venido a calificar como «deontológico, crítico o moderado» en cuanto que «no niega la juricidad del Derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo». Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, op. cit., p. 168.

tica a una ciencia jurídica y una práctica forense excesivamente formalista, rígida, autorreferente y apegada al modelo legalista del Estado liberal de Derecho» (pp. 200-201).

Por su parte, los capítulos IV y V, que seguidamente comentaremos, dan cuerpo a la tercera y última parte del ensayo, en la que el profesor Fernando H. Llano trata de «la recepción de la teoría de la experiencia jurídica en la Teoría y la Filosofía del Derecho hispano-italiana contemporáneas». Así, en el capítulo IV, queda puesta de manifiesto la influencia de Capograssi en la cultura jurídica italiana¹³ y se analiza su influjo, con matices distintos, en la obra de quienes pueden considerarse tres de sus principales discípulos: Enrico Opocher, Vittorio Frosini y Sergio Cotta. De entrada, como bien apunta el profesor de la Universidad de Sevilla, «estos tres autores (...), de manera muy especial se muestran contrarios, sobre todo, a cualquier interpretación científicista-formalista del Derecho que no tenga en cuenta su contenido vital», pues todos ellos comparten la enseñanza recibida de su común maestro, para quien «la ciencia y la experiencia (...) no deben de ser interpretados siempre en términos antinómicos o de oposición», toda vez que «la ciencia no es sino la propia experiencia en tanto que ésta cobra conciencia de sí misma» (p. 223)¹⁴. Consigna también con acierto el autor de la obra recensionada que, no obstante lo anterior, es perceptible entre los discípulos de Capograssi «un punto de vista antiformalista (...) más acusado incluso que el de su “común” maestro», y que «se hace más evidente en el caso particular de Enrico Opocher», a quien el profesor Fernando H. Llano considera «el más ortodoxo de los iusfilósofos capograssianos» (p. 224). Sin embargo, nos parece igualmente relevante reseñar que, tal como anunció el propio Opocher, «dopo Capograssi, la “filosofia dell’esperienza giuridica” sembra aprire la possibilità di diverse direzioni di sviluppo ed interpretazioni»¹⁵. En relación con ello, se ha sugerido que «quizá una hermenéutica jurídica crítica, preocupada por los contenidos materiales del derecho, pueda ser una de estas direcciones»¹⁶.

¹³ Recientemente se ha vuelto a insistir en la importancia de la obra iusfilosófica capograssiana y en su capacidad de sugestión en juristas de tendencia diversa. Vid. CAPOGRASSI, G., *La vita etica*, antología de sus obras filosóficas a cargo de Francesco Mercadante y con estudios introductorios de Giuseppe Riconda, Antonio Delogu, Fulvio Tessitore, Antonio Punzi y Marco d’Addio, y una nota biográfica de Giuseppe Papponetti, Milán, Bompiani, 2008 (Il Pensiero Occidentale).

¹⁴ El profesor F. H. Llano se remite en este punto a *Il problema della scienza del diritto*, obra cumbre del maestro italiano incluida en *Opere di Giuseppe Capograssi*, op. cit., v. III, pp. 375-627. Resultan igualmente reveladoras las siguientes palabras de Capograssi: «Si deve studiare la scienza del diritto, *in sé*, per quello che fa e opera (poiché vive e travaglia mentre se ne discute!) nell’esperienza diretta del diritto. E questo si può fare solo studiando questa esperienza, *direttamente*, e la scienza del diritto *in* questa esperienza...». Cfr. CAPOGRASSI, G., *Pensieri dalle lettere*, edición a cargo de Enrico Opocher, Roma, Studium, 1958. Carta número 121, a Luigi Caiani, p. 76.

¹⁵ OPOCHER, E., «La filosofia dell’esperienza giuridica», en AA.VV., *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Milán, Giuffrè, 1976, p. 91.

¹⁶ Vid. MONZÓN I ARAZO, A., «Filosofía del Derecho: reflexión crítica desde la experiencia jurídica», en *Proyecto docente y de investigación*, [Concurso a plaza de profesor titular de la Universitat de València], [s.n.], Valencia, 1987, pp. 29-31. Partiendo de la constatación de que «el “derecho” posee una cierta autonomía respecto de la “experiencia jurídica”», se pregunta el profesor Monzón si «una vez mostrada la necesidad del derecho –en su especificidad irreductible y en su misma limitación– para la vida del hombre, ¿no se hace asimismo inexcusable, *a partir* también del

Por último, el capítulo V aborda de un modo específico «la teoría de la experiencia jurídica y el tridimensionalismo jurídico en la Filosofía del Derecho española e hispanoamericana contemporánea», con especial referencia a «su recepción en las obras iusfilosóficas de Jesús Ballesteros Llompart, Domingo García Belaúnde y Antonio Pérez Luño». Como ya había puesto de manifiesto en otro lugar el profesor Fernando H. Llano, si bien estos autores se aproximan cada uno de ellos a la noción de experiencia desde sus propios matices, «todas sus manifestaciones teóricas coinciden en una misma idea: que el Derecho es un concepto complejo, generado en la sociedad, con unos fundamentos axiológicos, una plasmación normativa y una vigencia espacio-temporal normativa»¹⁷. En este sentido, puede entenderse que el profesor de la Universidad de Sevilla, en la obra objeto de la presente recensión, concluya afirmando que «las tesis de García Belaúnde, Ballesteros y Pérez Luño parecen sintetizar los caracteres comunes de las tradiciones experiencialistas ontológico-sociológica (especialmente cultivada en España entre los iusfilósofos orteguianos) y viquiana (seguida mayoritariamente en Italia)» (p. 243), alejándose a su vez todos ellos y por igual tanto de las interpretaciones simplistas, sincréticas y holistas del derecho como de aquellos otros planteamientos unidimensionales o reduccionistas que al cabo conllevan una escisión entre la teoría y la praxis de lo jurídico.

Manuel LANUSSE ALCOVER

análisis antropológico, una consideración *crítica* de cuanto existe de inhumano, de alienante, en el derecho «objetivo» (en cuanto «ajeno» al sujeto de la experiencia jurídica, qué es el hombre)?». Es claro que con ello no se trata de proponer «una relectura hegeliana de la filosofía de la “experiencia jurídica”» sino de prolongar «la reflexión antropológica con el estudio de las bases culturales, políticas y económicas del derecho positivo: con su consideración crítica, justamente, desde la antropología». Apoyándose en Opocher, quien en la obra citada en la nota anterior subraya «la storicità dell’esperienza giuridica e la conseguente impossibilità di prescindere dal fattore ideologico» (p. 100), el autor afirma que, en ciertos aspectos, es posible un acercamiento entre experiencia jurídica y marxismo, siendo así que este último «se vería interpelado en cuanto a la posibilidad de reconocer un sentido antropológico (positivo) en el derecho y abandonar así la tradición puramente utópica del “negativismo jurídico”». Al propio tiempo, se da cuenta de «la atención prestada por Capograssi a los temas de las necesidades humanas y del trabajo (es prueba de ello su estima por Simone Weil)». Por otro lado, «la filosofía de la experiencia jurídica, con su insistencia en la *verdad de la acción*, representaría un contrapeso a la propensión al relativismo de los planteamientos hermenéuticos», mientras que «la hermenéutica podría enriquecer (...) la experiencia jurídica (...) en lo que se refiere a la cuestión del sentido y la comprensión en conexión con el momento judicial». Y, además, «la revalorización llevada a cabo por Capograssi de la pasión y el sentimiento –dado su significado antropológico– (...) permite dar razón de la parte de verdad que contiene el esteticismo “postmoderno”, surgido en oposición al frío racionalismo de la modernidad».

¹⁷ LLANO ALONSO, F. H., «La filosofía de la vida y el derecho», en *Base de Conocimiento Jurídico*, Iustel-Portal Derecho, 2001-2009 [recurso electrónico], RI §911417. El autor de la obra objeto de la presente recensión hace hincapié en la incorporación de una cuarta dimensión del fenómeno jurídico –la histórica– «que se interrelacionaría o interactuaría necesariamente con sus tres dimensiones básicas (la social, la valorativa y la normativa)» (p. 244) y, a propósito de ello, contrapone la visión tetradimensional de Fassò y Pérez Luño al tridimensionalismo «ortodoxo» de García Belaúnde muy próximo a las tesis de Miguel Reale.

MENDIZÁBAL VILLALBA, Alfredo, *Pretérito imperfecto. Memorias de un utopista* (edición a cargo de Benjamín Rivaya García, Etelvino González López y Rafael Sempau Díaz del Río), Oviedo, Real Instituto de Estudios Asturianos, 2009, 335 pp.

I

El retrato del autor de estas memorias está en la portada. La mirada de sus ojos claros es limpia y directa. Su sonrisa es discreta. Su aspecto atildado lo acredita el engominado impecable, el bigote bien recortado y la corbata ajustada. No sabemos cuándo fue tomada la foto, pero por contraste con la que aparece en las páginas interiores, datada en 1932, debió de ser unos cuantos años después, quizá a finales de los cuarenta, rondando pues la cincuentena, porque sabemos que nació en 1897. Por contraste, el gesto es ahora mucho más amable y menos altivo, y nos habla de un hombre pausado y quizá algo melancólico. En todo caso, bien puede ser, como sabemos que es, el retrato de un profesor universitario de la época. Su aspecto y su profesión no auguran unas memorias apasionantes; pero asegurarlo sería mucho arriesgar cuando se trata de un español que ha vivido en su edad adulta las décadas clave del siglo xx.

Si vamos directamente a la página 161 nos encontraremos en el París de junio de 1940. El estruendo de los cañones alemanes se oye ya en la capital y nuestro protagonista inicia la huida hacia el sur de Francia, en metro, a pie, en coche, en tren. Llegará a Burdeos y allí sabrá que las gestiones de su amigo Jacques Maritain han dado resultado y dispone, como otros profesores europeos exiliados y perseguidos, de una invitación para dar clases en la New School for Social Research de Nueva York. Pero Nueva York queda muy lejos de Burdeos y a Alfredo Mendizábal le costará nada menos que dos años llegar hasta allí. Recorrerá el sur de Francia asediado por la policía de Vichy. Pasará por Toulouse, Marsella y Niza, se escapará de la custodia de un gendarme saltando de un tren a otro, fracasará en el negocio de la venta de cuchillas de afeitar en el mercado negro, habrá de fingir solvencia jugando a la ruleta en el casino de Niza y, tras múltiples peripecias, conseguirá abordar un buque en el puerto de Marsella que le llevará hasta Orán y, desde allí, por vía férrea, alcanzará la ciudad de Casablanca, donde hacían escala los transatlánticos que unían Lisboa con la costa este de Norteamérica. Allí la odisea de Mendizábal no hará sino continuar. Internado en un campo de refugiados, casi todos ellos judíos, habrá de escaparse reptando bajo las alambradas para visitar al cónsul de los Estados Unidos en busca de su anhelada visa. Lo podemos imaginar caminando por las calles de Casablanca entre una variopinta multitud, muy similar a la que se abigarra cada noche en el Rick's Café Americain... Compartirá después cuarto con el escritor español Max Aub, volverá a sortear a la policía francesa, vencerá los mil y un trámites burocráticos y, por fin, podrá embarcar en el *Nyassa*, un carguero portugués que le llevará hasta la libertad americana. Por si faltaba algo, durante la travesía conocerá a una joven franco-alemana que habría de convertirse en su esposa. Después de leer estas cincuenta páginas trepidantes, que llegan a emocionar, el discreto retrato del que hasta hace poco había sido catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de Oviedo lo vemos con mirada muy distinta, determinada ahora por el respeto, el interés y la admiración. ¿Quién dijo que

la Filosofía del Derecho española carecía de glamour? Va a resultar que la lectura íntegra de sus memorias no será tan monótona como algunos podrían estar pensando.

II

Estamos reseñando, en efecto, las memorias de Alfredo Mendizábal Villalba (1897-1981), que habían permanecido inéditas desde que fueron escritas hace más de treinta años y que ahora aparecen en esmerada edición del Real Instituto de Estudios Asturianos, al cuidado de Benjamín Rivaya, Etelvino González y Rafael Sempau. Una vez más, el profesor Rivaya, en este caso con la compañía mencionada, vuelve a darnos muestras de su buen quehacer historiográfico, convertido ya sin duda en el más conspicuo historiador de la filosofía del derecho española contemporánea. Se trata de una labor poco reconocida (aunque, por cierto, ni mucho menos la única del profesor asturiano), incluso ignorada por muchos de los que hoy se dedican a esta disciplina, que piensan que poco de interés puede encontrarse en la obra y trayectoria de nuestros mayores y que, por eso, más vale mirar siempre hacia fuera o hacia su ombligo. No creo yo que no tengan algo de razón, o bastante, porque es cierto que nuestra filosofía del derecho, al menos la del siglo xx, es más pobre que la de otras tradiciones. Lo que cuestiono es que esa mayor pobreza, en cuyas causas no hace falta insistir ahora, justifique el desprecio, la ignorancia y el olvido. Primero porque en la obra y actitud de nuestros antecesores podemos encontrar algunas cosas de interés y, segundo y más importante, porque toda actividad cultural, como lo es la académica, viene condicionada en buena medida por su tradición, de manera que el conocimiento de la nuestra nos permite tomar mejor conciencia de lo que hacemos y de por qué lo hacemos.

De cómo el pasado condiciona el presente, en el ámbito que nos es propio, es ejemplo el particular modo en que se ha articulado en la España contemporánea el recurrente debate entre positivismo y iusnaturalismo, un modo que no se entiende del todo bien si no se conocen los caminos por los que discurrió la tradición iusnaturalista en España durante el siglo xx y las dificultades que encontró el positivismo jurídico para asentarse entre nosotros. Aquel empacho iusnaturalista que hubimos de sufrir durante décadas es el que explica el rechazo de muchos a cualquier propuesta que vagamente les recuerde aquel sabor (cual gatos escaldados que huyen del agua fría), incluso en un terreno como el de la filosofía de los derechos fundamentales, que tanto debe a esa tradición iusnaturalista. La misma explicación encuentra el hecho sorprendente de que la más importante aportación española a la historia de la filosofía del derecho (la que procede de la escolástica de los siglos xvi y xvii) reciba una atención casi nula.

El trabajo de los editores es, pues, un acto de recuperación de la memoria histórica de nuestra filosofía del derecho, de la manera más adecuada en que puede hacerse: devolviendo la palabra a los que hace tiempo fueron privados de ella. Ése es el caso de Alfredo Mendizábal, con el que, como dice Etelvino González, «la historia ha sido tacaña». El libro está dividido en tres partes: la primera es un estudio biográfico preliminar que corre a cargo de Benjamín Rivaya; la segunda son las memorias de Mendizábal propiamente dichas, con el anexo de un texto breve que publicó en 1966 en un libro homenaje a Salvador de Madariaga en el que da cuenta de la que llama «una actuación mal

conocida», la del Comité Español por la Paz Civil fundado en Francia en 1937 con el fin de promover una salida pacífica a la guerra civil española, y en el que colaboraron tanto Madariaga como el propio Mendizábal; la tercera parte es precisamente un estudio sobre este Comité, elaborado por Etlvino González, que incluye abundante material documental. A esta edición se añadirá próximamente la publicación de la traducción española del libro que Mendizábal publicó en francés en 1937 sobre los orígenes de la guerra civil española, *Aux origines d'une tragédie*, traducido pronto al inglés y al sueco pero nunca al castellano, y también la edición de una buena parte de su correspondencia, que promete contener piezas epistolares de mucho interés.

El estudio de Rivaya, como siempre sucede con los suyos, es pulcro y bien documentado. Contextualiza y complementa el texto de las memorias, ofreciéndonos las coordenadas académicas y políticas en las que debe ubicarse a su autor, además de otros datos de interés que no figuran en las memorias, relativamente cortas y fragmentarias. El de Etlvino González tiene otro estilo, pues decide ceder la palabra a los propios textos de Mendizábal y de otros protagonistas de la breve historia de aquel Comité, así como a los documentos que el propio Comité fue produciendo, limitándose el autor a hilvanarlos y a explicar el sentido y ocasión de cada uno de ellos. Los textos son tan significativos por sí mismos, tan expresivos del talante del Comité y de sus miembros, y de las dificultades y enemigos con los que se encontraron, que hay que concluir que su opción ha sido acertada.

En cuanto a las memorias en sí, ya he dicho que son relativamente cortas y fragmentarias, pero muy suculentas e incluso, por momentos, sí, apasionantes. Su nivel literario no es muy alto, pero su valor biográfico e histórico sí lo es. Alfredo Mendizábal era hijo de Luis Mendizábal Martín, también catedrático de filosofía del derecho en Zaragoza y luego en la Central de Madrid. Alfredo se inscribió en la misma corriente neotomista de su padre, pero modernizándola y dándole pronto un giro democrático, liberal y pacifista en el que luego me detendré un poco más. Obtuvo la cátedra de Oviedo en 1926, y desde tierras asturianas pudo contemplar cómo se aceleraba la historia de España: la caída de la dictadura de Primo de Rivera, la proclamación de la República, la nueva Constitución, la revolución obrera de Asturias y, al fin, el inicio de la guerra civil, que, por fortuna, le encontró fuera de territorio español. La vida de Mendizábal parece marchar también a ese mismo ritmo. Sin abandonar sus labores académicas, se involucra cada vez más en la actividad política e incluso se afilia a la *Derecha Liberal Republicana* de Niceto Alcalá-Zamora y Miguel Maura, ya en 1930. Durante los años de la República su actividad publicista se incrementa. Escribe contra el fascismo y el comunismo, promueve y participa en grupos de orientación católica democrática. Por pura casualidad está a punto de ser fusilado durante la Revolución de Asturias por un grupo de mineros exaltados... pero aún así escribirá contra la salvaje represión que seguiría (por cierto, ya salvado de la ejecución, pero aún retenido por el grupo de mineros en su calidad de «burgués», «su sorpresa fue grande cuando les dije cuál era mi sueldo de catedrático y reconocieron que como mineros ganaban más...»). El estallido de la guerra civil le encuentra en Francia, y es entonces cuando llega la hora decisiva de su vida. De acuerdo con un pacifismo cada vez más arraigado en su espíritu, promueve iniciativas varias a favor de una salida pactada al conflicto, entre ellas el ya mentado *Comité Español por la Paz Civil*, y trabajará muy cerca de otros católicos demócratas franceses tan señalados como Jacques Maritain o Emmanuel Mounier. Llegará la derrota de la República, el inicio de la Segunda Guerra Mundial, la invasión alema-

na de Francia y el accidentado tránsito que le llevaría hasta los Estados Unidos de América, donde será profesor durante unos pocos años. Mendizábal interrumpe sus memorias en este momento, una vez recuperada la tranquilidad, para retomarlas sólo con un último episodio fechado en 1955, ya como traductor de la ONU instalado en Europa, que sirve para acreditar que las últimas décadas de su vida fueron más tranquilas y más alejadas de lo académico y de lo político. Morirá en 1981, habiendo regresado discretamente a España, a la casa de su hermano en Almería, olvidado por casi todos.

Las memorias tienen el gran acierto, voluntario o no, de marchar al mismo ritmo de la vida de su autor y, diría, de la propia historia de España. Un ritmo que es lento al principio y se incrementa después, al filo de la caída de la monarquía, para alcanzar su máxima intensidad al relatar los años de la guerra española y mundial. Mendizábal parece consciente de que la parte de su vida que puede tener un interés público fue precisamente esa, la que va desde 1930 hasta 1942, y quizá por ello interrumpe las memorias para retomarlas con ese episodio final de 1955, que no deja de cumplir las funciones de un epílogo.

III

Dos cuestiones me gustaría destacar con algo más de detalle, por cierto relacionadas. Una es la de su posición intelectual y política en términos generales; la otra es la de su posición ante la guerra civil, relacionada porque cabe considerar que deriva de la anterior.

Mendizábal se inscribe sin duda en la tradición del iusnaturalismo neotomista que dominaba la filosofía del derecho española de la época, como lo seguiría haciendo durante las primeras décadas del franquismo, hasta bien entrados los años sesenta. Esa inscripción cuadraba bien con su convencida fe católica. Sin embargo, ni el tomismo ni el catolicismo le llevaron a una posición reaccionaria en lo político. Antes al contrario, la lectura de los clásicos españoles del derecho natural, unida a la de los pensadores católicos europeos más progresistas de la época, le condujo a la asunción sin reservas del credo liberal y democrático y a un pacifismo de fundamento tanto cristiano como ilustrado, para el que consideraba que el mejor instrumento había de ser la progresiva racionalización jurídica de las relaciones internacionales. Su pensamiento en este punto estaba muy cerca del de Kelsen o del que hoy representa Ferrajoli. Importa destacar esta conjugación de iusnaturalismo tomista, catolicismo y liberalismo democrático para desacreditar la supuesta incompatibilidad entre los dos primeros y el tercero, supuesta al menos para el contexto de la España de la época. Hubo iusnaturalistas católicos de sólidas convicciones liberales y democráticas, y Mendizábal es la prueba (otros cuantos nombres significativos se pueden encontrar a lo largo de sus memorias). En todo caso, lo que hay que lamentar es que no los hubiera en mayor medida.

La posición de Mendizábal ante la guerra civil española fue la más minoritaria y en su día seguramente la más incomprendida: no tomó partido por ninguno de los dos bandos, y desde el primer momento propugnó una salida negociada al conflicto, como bien acredita la intensa actividad a favor de la paz que llevó a cabo durante los años de la guerra y que describe Etlvino González en la tercera parte del libro. La posición de Mendizábal, entiéndase bien, no era equidistante ni neutral, si de lo que se trataba era de elegir entre la República y la dictadura militar. Había demostrado ya su fidelidad a la

República y censuró sin reservas el golpe de estado de julio de 1936; a los golpistas asignó la mayor de las responsabilidades en la guerra, aunque también llevaba años censurando los aspectos de la política republicana, en particular de los partidos de izquierda, que creía que podían provocar un conflicto como el que finalmente se produjo. Por si quedaba alguna duda, tras la guerra ofreció pruebas claras de que nunca atribuyó la menor legitimidad al régimen franquista: su prolongado exilio de varias décadas, sus escritos políticos de los años cuarenta (de los que da cuenta el estudio introductorio de Rivaya) o la fundación de la Unión de Profesores Universitarios Españoles en el Exilio, de la que cuenta Rivaya que «tenía por finalidad proteger y ayudar a los docentes exiliados para que se reintegrasen a su trabajo [en universidades extranjeras, claro está], y del que formarán parte la mayoría de los profesores exiliados de la Universidad española, ya se encontraran en América o en Europa».

Siendo así, ¿por qué Mendizábal no tomó partido por la República ya en 1936, como hicieron tantos otros intelectuales demócratas? La respuesta sería la siguiente: porque, en realidad, y desde su punto de vista, en esa fecha lo perentorio no era tanto apoyar a la República sino acabar con la guerra lo antes posible. Para nuestro hombre, la verdadera alternativa era la de guerra o paz, y su opción era la única coherente con el pacifismo al que hemos hecho referencia hace un momento. Por eso, consideró que sus esfuerzos debían dedicarse a esa causa por encima de cualquier otra. Ya habría tiempo después, podemos imaginar que pensó, para restablecer el orden liberal y democrático en España. Un factor que adicionalmente puede explicar su posición fue la rápida deriva revolucionaria de la República española desde el momento de la sublevación militar, y los muchos excesos criminales que se cometieron en la zona republicana. Mendizábal no era un hombre de izquierda, al menos tal y como se concebía la izquierda en ese momento, ni mucho menos un marxista; muy al contrario, en varios escritos había censurado el marxismo y sus implicaciones políticas, sobre todo el comunismo soviético, por oponerse como el fascismo a la libertad individual y a la democracia. Esa deriva revolucionaria, inevitable o no, seguramente impidió a muchos intelectuales liberales cerrar filas con la República, porque si el dilema que se les presentaba lo era entre comunismo soviético y fascismo, no estaban dispuestos a tomar partido por ninguno de los dos. Hasta qué punto influyó este factor en la toma de posición de Mendizábal es difícil de decir, pero me parece que tiene más fuerza el factor pacifista: si había una guerra en marcha, y bien cruenta por cierto, lo más importante e inmediato era intentar detenerla, y a ese objetivo dirigió todos sus afanes. Si se equivocaba en sus creencias pacifistas y si, en cambio, llevaban razón los que creían que no quedaba más remedio que alinearse con alguna de las dos facciones, fuese por una cuestión de principios o porque no hubiese esperanzas de una tercera vía pacífica, es cuestión que no corresponde esclarecer aquí.

Lo cierto es que su posición, como era de esperar, no agradó a unos ni a otros. Recibió censuras de los que antaño habían sido sus amigos y compañeros, ahora ubicados a uno y otro lado de la trinchera; y fue expulsado de la Universidad no por uno, sino por los dos bandos. Nos cuenta Rivaya que en 1937 la Comisión Depuradora del Profesorado Universitario le separó definitivamente del servicio, una decisión que fue ratificada en Burgos, capital de la España sublevada, el 20 de julio de ese año, y por las mismas fechas el republicano ministro de Instrucción Pública le destituyó de su cátedra. Una vez acabada la guerra, el Tribunal de Responsabilidades Políticas le condenó

a quince años de expatriación, una condena que ya sabemos que él alargó voluntariamente mucho más. Hay condenas que valen más que cualquier medalla.

Pasados los años, veo en Mendizábal a un hombre comprometido con su profesión, con sus ideas, con su tiempo y con su país. Veo en él a un buen ciudadano que supo actuar de manera consecuente y decidida, a un modesto héroe civil al que una buena parte de los españoles del presente pueden asumir como propio. La publicación de sus memorias, además de una contribución importante a la historia de la cultura democrática española, sirve también para rendirle el debido homenaje, al que se suma discretamente esta reseña.

Ricardo GARCÍA MANRIQUE
Universitat de Barcelona

OLLERO TASSARA, Andrés, *El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*. Pamplona, Thomson. Aranzadi. 2007, 265 pp.

La tesitura de volver a dar clase tras diecisiete años ejerciendo de legislador, ha llevado al profesor Ollero a revisar algunas de sus más consolidadas posturas como la de no escribir nunca algo que pudiera asemejarse a un manual o tratado para uso escolar. Una actitud fundada en el temor de que alguien se considerara obligado a aprenderse y que, ahora, solicitando expresamente perdón por ello, reconoce haber abandonado.

Ahora bien, pese a ese reconocimiento y a la petición de perdón que lo acompaña, no parece que dicha actitud haya sido revisada tanto como a primera vista pudiera pensarse. Y es que, como el propio autor apunta, ha de resultar más que difícil «examinarse» de Teoría del Derecho a partir de un manual que comienza por modificar el nombre de la asignatura, ahora *El Derecho en teoría*, y que prosigue con un subtítulo, *Perplejidades jurídicas para crédulos*, al que se hace honor inmediatamente remitiéndose a la obligación de luchar contra la cómoda credulidad del alumno para lo que se le anima a que no se crea nada de lo que oiga o lea... y ello sin perjuicio de que se le incite a argumentar por qué no se lo cree.

Un manual que, además, –y esto ya no lo apunta el autor pero está en plena sintonía con lo anterior–, presenta una estructura peculiar. Y en efecto, si bien cada uno de los trece temas que lo integran se articulan en la forma habitual de texto y «contexto bibliográfico» correspondiente, sin embargo, vienen precedidos tanto de la referencia a una «posible lectura adicional recomendada» –también del propio autor–, cuanto de preguntas previas a cada lección, dado que «el profesor debería siempre premiar la mejor pregunta en vez de evaluar obligadas respuestas...»

Así las cosas, el futuro examinando se encuentra con un manual en el que, aparte de modificarse el rótulo de la asignatura, se le pide que no se crea lo que va a leer y que sea capaz de argumentar por qué no se lo cree. Asimismo se le recomienda que, antes de cada lección, lea otro texto y tenga en cuenta determinadas preguntas previas que habrán de llevarle, a su vez, a formular nuevas y mejores preguntas. No es de extrañar que el propio autor recurra al símil taurino y admita que trata de que los alumnos no vean los toros desde la barrera... Toros-capítulos, por cierto, en número de trece por si faltaba algo, que el profesor Ollero brinda a otros profesores a quienes reconoce deudas por saldar o simplemente impagables.

Todavía más pues, ese alumno, arrojado así al ruedo de la asignatura, se encuentra en primer lugar con un capítulo titulado *Vaya a saber usted qué es el derecho*, que ciertamente suena a resignado abandono a las primeras de cambio por mucho que el autor le atribuya una dimensión imperativa, tildándolo de ineludible mandato, de modo que si alguien quiere saber qué es eso del derecho en teoría ha de comenzar por aclarar qué es eso del derecho sin más. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que este primer tema está dedicado a la ciencia jurídica, la filosofía del derecho y la teoría del derecho, así como a sus mutuas relaciones hasta llegar a la conclusión de que tiene pleno sentido ocuparse de la filosofía jurídica en la medida que hace del jurista un profesional consciente de la filosofía –y de la concepción de la justicia– que colabora a consolidar.

El capítulo segundo, *Todos de acuerdo: Sólo es derecho el derecho positivo*, examina la respuesta positivista a la pregunta qué es el derecho, poniendo de relieve los diferentes tipos de positivismo, con especial atención al legalista, así como a las críticas iusnaturalistas que lo consideran indeseable por sus consecuencias prácticas, plasmadas en la *reductio ad Hitlerum*. El capítulo se cierra mostrando cómo la historicidad obliga a replantear el positivismo legalista, al igual que el iusnaturalismo del mismo corte y es que, según el autor, *poner* el derecho exige ir siempre más allá de lo que el texto de la ley propone, porque éste sólo resulta legible dentro de un contexto de sentido que en buena parte lo trasciende. A fin de cuentas, no cabe derecho más positivo que el que logra dar paso a lo históricamente razonable, gracias precisamente a una razonable interpretación.

De modo condicional-interrogativo se rotula el capítulo tercero *Si debe el derecho hacer justicia y cómo*, en el que se vuelve sobre el tema clásico de las relaciones entre moral y derecho, referencia a los derechos morales incluida, para llegar a la conclusión de que en realidad derecho y moral, más que dos códigos normativos, son dos dimensiones de la actividad humana. Una que apunta al logro de la máxima perfección o beneficio personal y otra que se conforma con ajustar, de modo mínimo, pero suficiente, el juego de la propia libertad con la de los demás, de modo que muy a menudo una misma conducta será moral y jurídica a la vez. El capítulo examina desde esa perspectiva la cuestión de la eutanasia, analizando el caso *Pretty*, para llegar a la conclusión de que, aun teniendo lo jurídico una dimensión radicalmente judicial, la ley cumple a su servicio una función normalizadora, lo que hace particularmente inadecuado el pretender afrontar por vía legislativa casos límite que podrían admitir por vía judicial una respuesta atenuante o eximente.

El capítulo cuarto, presentado disyuntivamente *¿Jueces críticos o ingenieros sociales?* examina con detenimiento las variantes teóricas de ambas posturas, marxismo, escuela de Frankfurt, uso alternativo del derecho, funcionalismo, realismo escandinavo... para acabar decantándose por la primera opción al sostener expresamente que el discernimiento crítico no es una aleatoria actitud de algunos juristas, sino que forma parte inevitable de toda actividad jurídica. Los juristas, según el autor, no se dividen entre los que optan por una tarea creativa y los que renuncian a ella, sino entre los que, conscientes de su creatividad, se saben obligados a responder de ella y los que la ejercen inconsciente e irresponsablemente.

Bajo el paradójico título de *Si el derecho es siempre por principio norma*, el capítulo quinto presta atención al normativismo, señalando sucintamente las razones para suscribirlo, así como los motivos que lo hacen problemático: fundamentalmente el tomar la parte por el todo. El derecho no es concebible sin normas, pero resultaría incompleto un planteamiento que lo presente como integrado sólo por ellas. Y es que, tal y como se muestra a partir de abundante jurisprudencia constitucional, el jurista parte de una *pre-comprensión* en la que valores jurídicos y realidad entran en correspondencia, buscando luego en las normas disponibles en el sistema el respaldo necesario para poder fundamentar una decisión. Así las cosas, habría que invertir el punto de partida, en vez de dar por hecho que el derecho es por principio norma, sería más razonable convertir en norma el reconocimiento de la inevitable e indispensable relevancia de unos principios de carácter inequívocamente jurídicos.

Jugando con la ambigüedad del término, el capítulo sexto *¿A qué nos da derecho el derecho?* vuelve sobre el normativismo y su reducción del dere-

cho a normas, con los corolarios de la prioridad del derecho objetivo sobre los subjetivos, el protagonismo de los deberes y la consideración de los derechos como residuales y reflejos. Como contrapunto, el autor atiende también al individualismo anglosajón y su concepción de los derechos entendidos competitivamente como triunfos frente al «estado y sus poderes», así como al replanteamiento, tras la segunda posguerra mundial, del concepto de ley que sólo sería ya legítima si respeta el marco de los derechos fundamentales. A partir de ahí, acude de nuevo a la jurisprudencia constitucional para tratar de demostrar que no tenemos derecho a todo lo no prohibido, sino que tenemos derecho a todo y sólo a aquello que aparece como resultado del ajustamiento de una relación social. Las normas no otorgan derechos, sino que los reconocen; el auténtico título fundamental de un derecho sería esa justicia o ajustamiento objetivo, tal y como el ordenamiento jurídico la va expresando mediante normas y principios.

De forma condicional/disyuntiva el capítulo séptimo *Si lo jurídico ha de servir de disfraz al fuerte o de protección al débil*, pone en cuestión la relación entre derecho y poder político, «uno de nuestros más arraigados prejuicios teórico-jurídicos», con el corolario de que el derecho sería inseparable del poder político. Y así, tras un amplio recorrido histórico desde Roma hasta el Estado social de derecho, acaba concluyendo que entender el derecho como mero instrumento de la voluntad del que manda, identificándolo con la fuerza, sería reducirlo a uno de sus aspectos, obviando que el derecho para ser obedecido ha de garantizar valores que el ciudadano considera propios y dignos de obediencia.

El capítulo octavo *¿Son jurídicos los derechos humanos?*, comienza aclarando el sentido de la pregunta que, a primera vista, podría parecer ilógica dado que, si calificamos como jurídico todo lo relativo al derecho, cómo no podría ser jurídico algo que identificamos como derechos. La cuestión en realidad es la de si hay derechos antes del derecho, si los derechos que tendría el hombre por el simple hecho de serlo son tan jurídicos como los otorgados por una ley. Al respecto se examinan las sucesivas generaciones de derechos fundamentales, con las antropologías subyacentes, para concluir que efectivamente no hay derechos antes del derecho, lo que no supone que no haya derechos antes del Estado, como se pone de manifiesto cuando los propios ordenamientos penales internos apelan al principio de justicia universal, con la consiguiente tipificación de crímenes contra la humanidad.

Garantizar derechos o calcular utilidades, es la disyuntiva que plantea el capítulo noveno y con la que puede abordarse la tendencia de lo jurídico a enlazar con términos, datos o realidades vinculadas a la economía. En efecto, cabe asumir que la regulación jurídica y la económica están llamadas a convivir en la vida social, lo que llevaría a estudiar sus posibles sinergias, o bien cabe una absoluta identificación entre la racionalidad económica y la justicia, dejando abierta la puerta a una creciente y casi exhaustiva sustitución de lo jurídico por lo económico. El autor, tras examinar sucintamente la evolución intelectual de Ihering, así como las metamorfosis de la idea de propiedad y el imperialismo metodológico de la economía, acaba alertando contra los peligros del economicismo, sea del signo que sea, y reivindicando las sinergias positivas entre derecho y mercado, debiendo erigirse el primero en garante del ámbito de racionalidad del segundo, haciendo efectiva la libre competencia.

Al interrogante que abre el capítulo décimo *¿Puede no imponer convicciones el derecho?*, el autor contesta negativamente: se quiera o no, el dere-

cho ha de imponer convicciones en la vida social. Conclusión que no deja de ser perfectamente compatible con el reconocimiento del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico, tal y como recoge el artículo 1.1 de la CE, y a la que se llega tras sucesivos análisis sobre democracia y pluralismo, democracia y derecho y el imposible derecho a ser tolerado. Asimismo se aborda la posibilidad de admitir excepciones en determinados casos, lo que lleva a un análisis de la objeción de conciencia y de la desobediencia civil. El capítulo se cierra con el examen de una posible extensión de la tolerancia al ámbito internacional hasta la consumación de un efectivo cosmopolitismo y en la que los derechos humanos se convertirían en el criterio decisivo para evaluar, en términos jurídico-internacionales, la *decencia* de los pueblos.

Rozando la contradicción óntico-deóntica con el rótulo *Prohibido el derecho natural pero haberlo haylo*, el capítulo undécimo se dedica a la defensa de un «iusnaturalismo inclusivo» que vendría a ser un paso más allá del llamado positivismo inclusivo, esto es del de aquellos que llegan a conceder que el derecho no funcionaría sólo gracias a elementos formalmente jurídicos, sino que exigiría el acompañamiento de otros materiales identificados como morales, lo que ciertamente supone una revisión del decimonónico punto de partida «sólo es derecho el derecho positivo». Para el autor, retomando una vieja doctrina aristotélica, no tiene ya sentido presentar el derecho natural como alternativa al positivo, sino que resulta más positivo detectarlo como estimulador y acompañante inevitable de su mismo proceso de positivación, nada simple pues en él juegan elementos jurídicos no estrictamente textualizables y cumple un papel decisivo la actitud práctica de los propios ciudadanos, animados por perspectivas de justicia.

Esa misma línea argumentativa se prosigue en el penúltimo capítulo de la obra, *Qué cabe considerar como derecho positivo* –sin interrogaciones–, y en el que autor se resiste a negar validez jurídica a la ley injusta, lo que parece obligar a considerarle positivista. Sin embargo, ello no sería sino una muestra más de ese iusnaturalismo inclusivo que defiende, pues negarse a identificar como jurídica una ley injusta, pese a reunir los requisitos exigidos de formalización institucional, sería tan absurdo como negarse a identificar como jurídicos los derechos derivados de la naturaleza humana, por el hecho de no reunir cumplidamente tales requisitos. La ley injusta es derecho, pésimo derecho, pero derecho, al igual, afirma el autor, que los derechos humanos, «pírricamente» jurídicos, si carecen de toda institucionalización formal.

Finalmente el capítulo decimotercero, *Qué hacer para que el derecho acabe teniendo razón*, cierra la línea argumentativa, afirmando, en primer lugar, que el derecho tiene algo que ver con la razón y que no se reduce a mera fuerza o cálculo económico. Esa vinculación de la actividad jurídica con la razón lleva consigo que el derecho deje de constituir un objeto más de la reflexión filosófica para convertirse en una prudencial filosofía práctica, esto es, la actividad jurídica misma consistiría en el arte de saber hacer prudentemente justicia, lo que exige saber ajustar las exigencias de la libertad y de la igualdad detectando el punto medio que aparece como solución proporcionada o razonable.

Y es que la actividad jurídica como filosofía práctica supone partir de la base de que el derecho tiene una realidad propia, que es captable racionalmente, supone admitir la existencia de una verdad jurídica y considerar posible el acceso cognoscitivo a esa realidad del derecho, resistiéndose a reducirla a mera imposición arbitraria.

Ni que decir tiene, a la vista de la peculiar estructura del texto, de las ambigüedades, interrogaciones, disyuntivas, cuasi-contradicciones, paradojas... con que se juega en los diversos capítulos y, sobre todo, a la vista de la afirmación que se acaba de recoger sobre una realidad propia del derecho racionalmente captable, que el libro del profesor Ollero va mucho más allá de un mero manual o tratado para uso de los alumnos y que se dirige asimismo a un lector especializado. Algo por cierto, de lo que el autor es plenamente consciente, pues incluso se muestra preocupado de que en algún momento ese posible lector pueda sentirse convencido de haberle entendido. Se tratará, sin duda, de un pasajero espejismo, por lo que le ruega que no se desanime y siga leyéndole.

Aurelio DE PRADA GARCÍA
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

PEÑA, Lorenzo, *Estudios republicanos. Contribución a la filosofía jurídica y política*, Madrid/México, Plaza y Valdés, 2009, 455 pp.

El libro de Lorenzo Peña *Estudios republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*¹ encierra un equívoco ya en el subtítulo: el libro no es primariamente un ensayo de filosofía política, sino de filosofía del derecho e incluso, todavía más, es primariamente un libro de doctrina jurídica que se extiende por varias áreas: del derecho español, derecho constitucional, internacional y otros campos especialmente del derecho público.

Mientras que hoy día generalmente se suele entender por «republicanismo» una teoría de filosofía política, lo que aquí encontramos es un enfoque desde la evolución de los ordenamientos normativos y unas propuestas legislativas, siempre con los conceptos y los planteamientos de análisis propios del jurista, mucho más que del filósofo político.

¿Qué diferencia hay? A nuestro entender el filósofo político tiende a elaborar en abstracto unas consideraciones sobre qué son y cómo habrían de organizarse las sociedades humanas y qué principios habrían de regir la creación y el funcionamiento de sus instituciones políticas. No tiene por qué hacerlo usando conceptos jurídicos ni presentando propuestas articulables en términos de textos normativos, ni en general le incumbe examinar críticamente tales textos, pasados o presentes. Su enfoque es más bien especulativo, de pura deducción.

En cambio, el filósofo del derecho tiende a articular su deducción ligada a textos y conceptos jurídicos, partiendo de situaciones normativas pasadas o actuales; así sea para recomendar su modificación desde el ángulo de unos principios o unos valores, siempre que se sienta capaz de reclamar para los mismos una cierta vigencia normativa en un orden de vinculatoriedad que no brote exclusivamente de su idea particular de las cosas sino que, de algún modo, pueda considerarse que ya está implícito, subyacente u objetivamente requerido por la dinámica de los sistemas normativos.

Todo eso, evidentemente, es susceptible de muchas matizaciones, pero probablemente este deslindamiento sirve un poco para clasificar a los estudiosos que se ocupan de temas de filosofía social en dos grupos, académicamente diferenciados, a cada uno de los cuales le corresponden una tradición, un estilo y una fisonomía terminológica. En tal encrucijada está clara, a nuestro juicio, la ubicación de Lorenzo Peña en este libro, que se decanta por lo jurídico. Así, por ejemplo, no asume la recomendación de virtudes cívicas (que suele hoy asociarse a la propuesta republicana) porque le parece que tal prédica no entra en el campo de una filosofía jurídica –y, de entrar, sería para mal, puesto que la virtud no debería imponerse por ley.

Eso determina que su republicanismo no sea esencialmente político-filosófico sino jurídico. En el capítulo introductorio del libro se hace una crítica del neo-republicanismo de varios autores, principalmente anglosajones, con relación al cual Peña marca una serie de discrepancias fundamentales. Por debajo de tales divergencias de detalle, lo que encontramos es que, en realidad, las propuestas respectivas se sitúan en ámbitos distintos. Peña se interesa por un republicanismo de República, un republicanismo

¹ PEÑA, L., *Estudios republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, Madrid/México, Plaza y Valdés, 2009, 455 pp.

como forma de Estado, y concretamente por el orden constitucional, sus principios y valores.

Por eso reduce a un mínimo las consideraciones genéricas sobre el papel del gobernante y la fundamentación de su legitimidad y su misión para centrarse, más bien, en problemas específicos de organización constitucional: un comentario muy extenso de la Constitución republicana de 1931 y de las circunstancias que llevaron a la ineficacia de esa norma en 1939 (capítulo 2); otro comentario, todavía más amplio, sobre aspectos centrales de la Constitución de 1978, que se hace parcialmente en comparación con la de 1931, y que culmina con un examen de los problemas jurídicos de su entrada en vigor; un estudio sobre el valor jurídico del concepto de memoria histórica y su posible proyección como una directriz de política legislativa (capítulo 4); una propuesta relativamente detallada de lineamientos para una eventual remodelación constitucional de nuestra democracia (lo que llama la «democracia justificativa»: capítulo 5); estudios sobre la situación de varias de las libertades reconocidas en la Constitución española (capítulos 8 y 9, sobre diversos aspectos de las libertades de asociación y de pensamiento), y finalmente, cuatro capítulos de derecho comparado y de consideraciones sobre un orden jurídico-internacional justo, abrazando ahí el ideal de una República universal.

Hay otros capítulos que encajarían más difícilmente en la lectura que estamos proponiendo, como el 7 («Un acercamiento republicano a los derechos positivos»)², el 6 («Los valores republicanos frente a las leyes de la economía política»), aparte del 1 («El valor de la hermandad en el ideario republicano radical»). Incluso en ellos Lorenzo Peña se muestra siempre más jurista de lo usual en los filósofos políticos, hasta en el modo de expresarse.

Lo que hemos visto explica por qué la propuesta de Lorenzo Peña en este libro gira en torno al problema de qué organización del Estado es la más adecuada, no sólo en general sino también teniendo en cuenta la historia de las constituciones en España (abundando en el volumen referencias a las constituciones decimonónicas y a las circunstancias de su entrada en vigor y de su extinción normativa). Peña se esfuerza por presentar el republicanismo de 1931 como una continuación del liberalismo histórico español, especialmente el liberalismo regeneracionista del primer cuarto del siglo xx, brutalmente interrumpido en 1923.

Ese trasfondo histórico-doctrinal no es el único en este libro, que reivindica otras tradiciones, especialmente la del republicanismo francés, desde la Constitución jacobina de 1793 y, todavía más, la de la II República, la de 1848, hasta el republicanismo radical de Léon Bourgeois y el solidarismo de Léon Duguit, que quiere conjugar con la tradición del krausismo español, principalmente representado por Francisco Giner de los Ríos, al que se cita profusa y reiteradamente, cuya obra, a través de Fernando de los Ríos y Adolfo González Posada, fue una de las fuentes inspiradoras de la Carta Magna de 1931.

En cambio, salvo en la discusión –del capítulo 0– con el neo-republicanismo cívico de Philip Pettit³, están ausentes las referencias usuales entre los filósofos políticos al concepto de libertad colectiva de James Harrington y

² Es un tema predilecto del autor, que ya le dedicó el libro de la misma editorial: PEÑA, L. y AUSÍN, T. (comps.), *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, México/Madrid, Plaza y Valdés, 406 pp.

³ Pettit fue, por cierto, colega de Lorenzo Peña en Canberra durante un semestre en 1992-1993.

toda su progenie anglosajona (el ciudadanía), esa noción de libertad como no-dominación.

Al margen de la crítica a ese concepto –en parte por su vaguedad–, Peña va a dirigir dos reproches a esa tradición y, aún más, a sus epígonos actuales: (1) que lo que ofrecen tiene poco que ver, quizá nada, con una propuesta de Res Publica, y (2) que su alternativa frente a las corrientes comúnmente llamadas «liberales» (para Peña individualistas o ego-autonomistas) es muy poco colectivista, al paso que, a su juicio, un genuino republicanismo ha de ser, ante todo, un re-publicanismo, con un énfasis en lo público; no lo público como una arena de libre desarrollo de las iniciativas privadas para la creación de riqueza y la procura del bienestar (aunque sea procediéndose después a una redistribución), sino, en primer lugar, una organización pública de los servicios colectivos y de la promoción mancomunada de la riqueza; no una intervención correctora, subsidiaria, sino fundamental, con iniciativa propia, en el espíritu del republicanismo radical de la escuela de Burdeos y de su plasmación en la política legislativa francesa que caracterizó a los tres decenios de «les trente glorieuses», con el Estado del bienestar, que nuestro autor defiende con uñas y dientes. Peña sostiene que ésa era también la orientación socializadora de la Constitución de 1931.

El republicanismo de Lorenzo Peña es, pues, un estatismo, conteniendo una propuesta de acción emprendedora del sector público que quizá en este momento suena mucho menos heterodoxa que unos meses o años atrás, cuando seguramente el autor estaba escribiendo su obra, marcadamente a contracorriente. La crisis está cambiando súbitamente muchas mentalidades. Hasta hace poco incluso los más intervencionistas en las discusiones de filosofía política lo único que defendían era un conjunto de medidas redistributivas, no un retorno a la acción planificadora y a la empresa pública de los años cincuenta y sesenta, que es lo que Peña nos propone sobre la base de una crítica sin paliativos (en el cp. 6) a la creencia en que existen leyes objetivas del mercado, leyes económicas. Esa crítica le lleva a negar que el mercado se rija por unos imperativos que impongan límites a la acción directiva de los poderes públicos, por una lógica empresarial y un mecanismo auto-regulador de oferta y demanda. A su juicio el mercado es errático e impredecible y la política de intervención pública no tiene que ajustarse a unas exigencias económicas sino al revés.

Es más, sostiene que, en realidad, los poderes públicos siempre han intervenido y siempre han sido promotores de creación mancomunada de riqueza, sin la cual tampoco habría sido posible una iniciativa privada que viene no sólo canalizada por el ordenamiento jurídico sino posibilitada por la acción económica estatal –desde las obras públicas de regadío de la antigua Mesopotamia hasta el presente.

Hemos dicho que Peña quiere volver al modelo constitucional de 1931. Entre los méritos que le atribuye podemos mencionar los siguientes.

– Proclamar axiológicamente el carácter del Estado como una República de trabajadores, lo cual es una pauta de política legislativa y hermenéutica jurídica, que se tradujo entonces, dadas las condiciones históricas, en modestos avances sociales pero que, en otro contexto, podría llevar mucho más lejos.

– Ligar tal proclamación al planteamiento socializador de la propiedad privada que, si bien no prosperó en los términos propuestos por la comisión que presidía Luis Jiménez de Asúa, sujetó empero la propiedad privada al interés colectivo de la nación de un modo hoy impensable (previéndose incluso la expropiación sin indemnización que hoy sería jurídicamente imposible).

– Configurar a España como una República unitaria, con una autonomía regional más limitada y excepcional que la que se ha delineado en el actual ordenamiento jurídico-constitucional.

– Instituir un parlamentarismo racionalizado, en el cual las mociones de censura no-constructiva estaban sujetas a constreñimientos pero eran posibles tanto contra el presidente del gobierno cuanto contra sus ministros, lo cual habilitaba una responsabilidad parlamentaria que, en el sistema de 1978, queda prácticamente bloqueada.

– Desechar el Senado, optando por el unicameralismo, cual ya lo hiciera la pionera de nuestras constituciones, la de 1812, barriendo así obstáculos a la prevalencia de la voluntad popular mayoritaria representada en el Congreso. Si el anteproyecto de Ossorio (el jurista a cuya memoria dedica Peña su libro) comportaba un senado corporativo, nuestro autor no ve con mejores ojos uno de representación territorial.

– Invertir al presidente de la República con un poder moderador equilibradamente diseñado para impedir derivas causadas por fluctuaciones electorales, como se acreditó en la práctica al oponerse la Presidencia, en 1934-1935, al acceso a la jefatura del gobierno de una fuerza cripto-monárquica. Sin embargo, Peña piensa que fue un error configurar tan democráticamente la Presidencia, en lugar de haber optado por un colegio meritocrático, mejor capacitado, en general, para el ejercicio de esa función moderadora y arbitral por encima de los partidos.

– Abrazar un pacifismo internacionalista cabal al renunciar a la guerra como instrumento de política y, por lo tanto, a las alianzas militares.

Peña no se abstiene, así y todo, de criticar al constituyente de 1931 en cinco puntos: (1) su fundamento doctrinal, que le parece menos sólido que el que había estampado en su Título Preliminar la Constitución de 1873 (no promulgada); (2) no haber reconocido el derecho del pueblo a hacer la revolución cuando sufre una grave opresión; (3) el inadecuado e inoportuno tratamiento de la cuestión religiosa; (4) la opción por el modelo kelseniano de justicia constitucional concentrada, y (5) la solución del problema regional, que a su modo de ver era esencialmente una cuestión específica del fet catalá, el cual hubiera podido tratarse con una fórmula diferente que a nadie se le ocurrió.

Para Peña una razón para reivindicar la Constitución de 1931 es una que- rencia legalista: su desaparición del ordenamiento jurídico plantea un enigma para cualquier teoría sobre la relación entre vigencia y eficacia, porque nunca hubo un acto jurídico que la abrogase, ya que ni siquiera los preceptos promulgados por el régimen totalitario que siguió entraron a derogar la Carta Magna de 1931 (como lo analizó ya en su día Nicolás Pérez Serrano –cuyas consideraciones al respecto cita y glosa Peña). Desde esa perspectiva Peña suscita también dudas acerca de qué ordenamiento estaba vigente en el momento de adoptarse la Constitución actual, o sea: qué regla de reconocimiento, material y formal, habilitaba a entronizar el nuevo texto. Si las reglas de reconocimiento incluyen no sólo habilitaciones formales sino también imperativos materiales, ello afecta sin duda a cómo conceptuemos los procesos de mutación constitucional. Si unos son conformes con la normativa vigente en el momento de su institución, otros, sin serlo, pueden tener legitimidad por emanar de un apoderamiento insurreccional que, habiendo brotado del pueblo, exprese la vocación de ruptura con un orden de cosas opresor. Esa alternativa plantea un problema de clasificación para el caso que nos ocupa.

A pesar de sus méritos y su enorme interés, el libro que estamos comentando no escapa a las críticas. Vamos a formular cuatro.

(1) Aborda una temática excesivamente amplia y diversa. El autor ya atiende en el prólogo a una posible objeción a su obra en el sentido de que no ha ofrecido ningún criterio de selección de los temas, contestando que se trata de una colección de ensayos, algunos de ellos escritos con anterioridad pero sólo uno de ellos previamente publicado en otra versión; no ve oportuno explicar al lector por qué ha incluido esos ensayos y no otros. Sin duda opina que tal opción incumbe a la libre discrecionalidad de un autor o que entrar en tales explicaciones no valdría la pena, malgastando un espacio editorial limitado. Tal vez sea así. Mas de hecho la disparidad de temas es realzada por diferencias en el tratamiento formal de los capítulos, incluso en aspectos de presentación: en uno de ellos no hay notas ni bibliografía, mientras que en otros el aparato de notas y referencias es abrumador, ocupando más de la mitad del texto.

(2) La selección bibliográfica es muy variable según los capítulos, aunque en general podría decirse que el elenco de referencias es insuficiente (exceptuados los capítulos finales sobre temas relacionados con el Derecho internacional). Comprendemos que haber entrado en discusión con un abanico más amplio y actualizado de interlocutores alargaría un libro ya muy extenso y tal vez rompería un poco el formato expositivo de la obra (que, pese a la diversidad, sabe preservar una unidad); no obstante, se puede también pensar que había otra salida al dilema: la de podar algunos capítulos más.

En particular hay una laguna bibliográfica que llama la atención, y es la omisión del libro de Jean-Fabien Spitz⁴, una obra de vocación parecida, desde la perspectiva transpirenaica, que intenta sintetizar la tradición republicana francesa (a la que tan adicto es Peña) con el neo-republicanismo cívico de Pettit –que en cambio no concita su simpatía⁵.

(3) Algunas de las ideas propuestas en el libro son muy radicales, otras muy convencionales o consensuales y otras están en el medio. Entre las primeras podemos mencionar: la meta, por temporalmente alejada que esté, de extinguir la propiedad privada (una socialización paulatina de la riqueza en la línea del proyecto constitucional de 1931 según salió de la pluma de Luis Jiménez de Asúa); el aserto de que en las monarquías constitucionales la Corona está investida de amplias potestades de intervención política que puede y debe ejercer; la negación –a la que ya nos hemos referido más arriba– de que existan leyes del mercado como mecanismos de operatividad racional de agentes no coordinados entre sí; el derecho de los pueblos (incluido el español) a ser indemnizados por los males que se les han infligido en un pasado más o menos reciente. ¿Son demasiadas audacias? Cabe preguntárselo.

(4) La sección III del libro, «Hacia una República universal», contiene muchos elementos de reflexión interesantes sobre temas de derecho comparado y justicia internacional, pero no responde del todo a su título, pues no se presenta ningún proyecto de tal República, ni siquiera un lineamiento abstracto, ni se traza itinerario alguno conducente a ese ideal.

⁴ SPITZ, J.-F., *Le Moment républicain en France*, París, Gallimard, 2005, 523 pp.

⁵ Mencionemos que ambos autores comparten las referencias de Alfred Fouillée y Léon Bourgeois.

Esas cuatro críticas no empañan el valor de una obra cuya fisonomía singular se perfila como una aportación que nos saca de los paisajes doctrinales a que estamos habituados. Y es que una de las particularidades de este libro es el fundamento filosófico de su propuesta doctrinal. Frente a la prevalencia en España de ideas de cuño kantiano (racionalidad ético-política formal más que de contenido, orientación procedimentalista, supremacía de la autonomía del individuo, principio de dignidad), la inspiración de Peña viene de fuentes enteramente dispares: el eudemonismo de Leibniz, la ética material de los valores, el consecuencialismo británico y la prioridad del hecho jurídico en Giner y en Costa. Por ello profesa un pluralismo axiológico que trata de articular con un planteamiento de lógica jurídica subyacente en todo el libro (y de hecho referido explícitamente más de una vez), pero que en esta obra nunca aparece expresamente tematizado.

El libro de Lorenzo Peña se lee con agrado y con afición, pero, todavía más, es un almacén de datos: hechos individuales y colectivos en el trasfondo de grandes actos de derecho público; informaciones históricas; abundante cita de documentos a veces olvidados. Pero su principal valor no es éste, sino la calidad de sus argumentos y discusiones, su lógica aplicada, su capacidad de convencer y persuadir.

Concepción FERNÁNDEZ ALONSO

RUIZ SANZ, Mario, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2009, 332 pp.

La monografía objeto de este comentario es un estudio sistemático sobre el papel de la coherencia en el Derecho. Se trata, para precisar un poco más, de una indagación muy meditada en torno a las potencialidades y los límites de la coherencia en (y para) la justificación externa de las premisas normativa y fáctica en el razonamiento judicial. Tomando como hilo conductor la distinción de MacCormick entre coherencia normativa y coherencia narrativa, Ruiz Sanz construye, o tal vez mejor propone, un modelo moderado o una «mejor teoría» coherencialista alineada, en términos generales, con las llamadas teorías débiles, entendiendo por tales aquellas que atribuyen a la coherencia un valor auxiliar y complementario en la argumentación judicial. El estudio se nutre además de consideraciones sobre los fundamentos epistemológicos subyacentes al estatuto asignado a la coherencia en las teorías de la argumentación jurídica, así como de apuntes referidos a la teoría narrativa que brindan soporte a las tesis defendidas en el texto.

Ruiz Sanz plantea una aproximación conceptual equidistante, por un lado, de la reducción de la coherencia a la consistencia (o coherencia lógica) y, por otro, de la indistinción entre la coherencia y la difusa noción de integridad. En el primer capítulo reconstruye la génesis de la exigencia de coherencia lógica del sistema jurídico, exigencia deudora del iusracionalismo y erigida por el positivismo formalista del diecinueve en dogma, virtud asociada a la ficción del legislador racional y postulado metodológico de la ciencia jurídica. Las inercias del formalismo habrían tendido a reducir la coherencia a la propiedad de la consistencia (la ausencia de antinomias o contradicciones), un atributo cuya satisfacción es dable exigir idealmente a cualquier ordenamiento desde el punto de vista de su sistematicidad formal que, para el autor, necesita sin embargo ser complementado por una noción de coherencia atenta a la sistematicidad material o sustancial expresada en los principios y valores receptados en la cúspide de los ordenamientos contemporáneos. En el llamado Estado constitucional la coherencia adquiere, para el autor, un contorno más amplio que el de la consistencia, un significado que, «aunque no pueda definirse con precisión» (p. 29), reenvía a la exigencia de una suerte de cohesión o armonía teleológica y axiológica capaz de manejar en el plano de la interpretación la relación inevitablemente conflictiva de aquellos principios y valores. Ruiz Sanz apela a «cierta coherencia valorativa», si bien no incurre en la tentación sacralizadora de concebir a los actuales ordenamientos constitucionales como un todo coherente y unitario. Tratando de marcar distancias respecto a esta tentación –y el que sería su corolario, a saber, la sustitución de la ficción teórica e ideológica del legislador racional por la del intérprete omnisciente de «la moral» sin complementos de especificación al parecer ya cristalizada, como es frecuente leer hoy, en el texto constitucional–, el autor dedica enteramente el tercer capítulo de su libro a analizar críticamente la teoría interpretativa de Dworkin, definida con razón como una teoría fuerte y local. En particular, centra su atención en las convergencias y divergencias entre el concepto de coherencia que él postula y las diversas versiones de la noción globalizante del «Derecho como integridad» que ha propuesto el autor estadounidense.

Repasa, así, las características y las aporías de la concepción dworkiniana de la integridad en el ámbito de la adjudicación y las críticas vertidas por

autores como Raz, Levenbook (críticas que el propio Ruiz Sanz matiza) o Waldron, subrayando que el declarado cognoscitvismo ético y los presupuestos fuertemente ontológicos y holistas de la teoría del Derecho como interpretación acaban absorbiendo la coherencia en la integridad. Noción que, junto a la tan sugerente como lábil idea de la novela en cadena, ha servido a Dworkin para justificar su atendible filosofía política igualitaria, pero también, o especialmente, «su tesis central sobre la posibilidad de que existan únicas respuestas correctas para resolver los casos controvertidos en el marco del razonamiento judicial» (p. 129). Una tesis que se compadece mal con la bien real existencia de concepciones rivales de la justicia –que son, también, concepciones rivales sobre el modo de resolver las relaciones de principios en conflicto– y que, al decir de Ruiz Sanz, parece desembocar en una «fórmula apriorística en torno a la dimensión axiológica de aplicación a las proposiciones normativas» (p. 141).

El grueso de *La construcción coherente del Derecho* está dedicado, como se ha dicho, al análisis de la coherencia normativa y narrativa en la argumentación de las decisiones judiciales. El autor ha emplazado, no obstante, entre los dos capítulos comentados un segundo capítulo en el que propone un concepto de verdad que explica su ya apuntada posición equidistante y que resulta, a la vez, útil para comprender su coherencialismo abierto, flexible y moderado. Ruiz Sanz declara preliminarmente que «(...) en última instancia, la concepción que se sustente sobre el papel que juega la coherencia en el Derecho será deudora de la comprensión más o menos próxima a lo que se conoce como coherencialismo en el ámbito de la epistemología, que a su vez dependerá del concepto de “verdad” que se sostenga» (p. 52). El análisis de las relaciones entre coherencia y verdad es vehiculado a través de una demorada exposición de las concepciones (o teorías) de la verdad de filiación semántica (la teoría de la verdad como correspondencia en sus dos versiones: el realismo ingenuo de base ontológico-metafísica y el formato gnoseológico-semántico tarskiano), sintáctica (la concepción de la verdad como coherencia en sus declinaciones fuerte o radical y débil o moderada) y pragmática (la concepción consensual de la verdad como aceptabilidad racional justificada, glosada en el texto mediante un análisis del neotranscendentalismo lingüístico-discursivo de Habermas y Apel).

Acogiendo la distinción entre *significado* de la verdad (es decir, las condiciones de uso del término «verdadero») y *criterio* (de decisión) de la verdad (es decir, las condiciones de aceptación de la verdad de una proposición), el autor sostiene que la coherencia es un instrumento operativo como criterio de verdad (p. 88) o «un criterio epistémico de identificación de proposiciones verdaderas», que considera «compatible con el correspondencialismo [semántico] y conectado a la aceptabilidad racional» (p. 89). Respecto a la cuestión de la compatibilidad entre correspondencia, coherencia y aceptabilidad en el ámbito del razonamiento judicial, creo que Ruiz Sanz asume, desde una posición próxima al realismo interno, la asimetría de la noción (semántica) correspondencialista con respecto a las concepciones convencionalistas del conocimiento, asimetría fundada justamente en la distinción entre significado y criterio de verdad. Así, escribe que el correspondencialismo –es decir, la teoría semántica de la verdad de Tarski, o la versión davidsoniana que él prefiere– «da la respuesta más convincente a la pregunta sobre qué puede entenderse por verdadero», y que los criterios de coherencia y aceptabilidad racional responden mejor «a la exigencia de cómo y de qué forma puede considerarse la afirmación de que un enunciado es verdadero» (p. 89),

de modo que aboga, con algunos matices, por un pensamiento articulado que asigna a la verdad el significado de la correspondencia e introduce como criterios epistemológicos auxiliares la coherencia y la aceptabilidad justificada. Este planteamiento queda explicitado del siguiente modo en el capítulo final, dedicado a la proyección de la coherencia narrativa en la elaboración de la premisa menor: «se puede afirmar que la idea de verdad aplicable a la declaración de los hechos es en principio la de su correspondencia con la realidad y que los criterios de coherencia narrativa o de consenso racional y de aceptabilidad justificada sirven de técnica complementaria como criterios subjetivos subsidiarios, respectivamente, que bien pueden ayudar a construir la premisa fáctica, también de la normativa» (p. 239).

Antes, el capítulo cuarto del libro ofrece en su parte central una exposición de lo que cabe reclamar al (o esperar del) requisito/condición de coherencia (según la terminología de MacCormick) cuando en casos controvertidos el intérprete tropieza con problemas de relevancia normativa y se ve enfrentado a la necesidad de argumentar si la elección/construcción del significado de la norma aplicada es concordante con el resto de normas del sistema, o si puede subsumirse en principios generales o valores que «desde la consideración de factores extrasistemáticos, pero explicables a través de los componentes del sistema: reglas, principios y valores» (p. 161) resulten aceptables en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria.

A partir de la distinción entre el *principio/criterio* de coherencia¹ y el *argumento* de coherencia y de la relación de género a especie existente entre el primero y el segundo (cfr., pp. 165 y 181), Ruiz Sanz reconstruye cuidadosamente la estructura del argumento de coherencia, un argumento «plurifuncional» de «carácter formal, sistemático y auxiliar de otros tipos de argumentación» (p. 177). Al margen de sus usos puramente retóricos u ornamentales, el argumento de coherencia tiene, como se explica y ejemplifica con referencias de la jurisprudencia constitucional española, una *vis* proyectual negativa (desacreditar y eliminar las atribuciones de significado generadoras de incompatibilidad entre normas), pero también positiva (atribuir el significado «más conforme con la Constitución» y suplir lagunas a la búsqueda de la «armonía axiológica» del ordenamiento). Una dimensión positiva que, porque es consciente de los límites del argumento de coherencia y del necesario concurso de técnicas argumentativas complementarias, Ruiz Sanz acepta a condición de que la coherencia no termine convirtiéndose en el criterio último de justificación. La reflexión sobre la proyección práctica de la coherencia normativa se sitúa en la órbita de las teorías de la argumentación jurídica de corte procedimental y del constructivismo ético. No es posible pormenorizar aquí los muy puntualizados análisis meta-meta discursivos que el autor introduce en este capítulo sobre las relaciones entre Derecho y moral y la unidad del razonamiento práctico. Ruiz Sanz considera, finalmente, que el coherencialismo integrado de Hage –críticamente comparado en el texto con la postura de Dworkin– constituye, aun con algunas cautelas y matices, la aproximación más fértil y más próxima al papel auxiliar y a la modesta, pero

¹ Principio o criterio que el autor, retomando la tormentosa cuestión de los contornos conceptuales de la coherencia, diferencia de la unidad del sistema jurídico en contraste crítico con las posiciones teóricas y los autores (vgr: Kelsen) que, a su juicio, han identificado/ confundido ambas propiedades (Cfr., pp. 166 ss).

no menor, función práctica que él atribuye a la coherencia en su dimensión normativa (Cfr. pp. 198-206).

El capítulo final («Los hechos y la coherencia narrativa»), el más amplio y enjundioso, contiene una interesante introducción sobre la utilidad de la técnica narrativa, la creación literaria y la investigación histórica en la argumentación jurídica y sobre la aplicación a las ciencias sociales de la noción teórica de los «mundos posibles». Esta introducción sirve al autor para hacer del concepto de verosimilitud/veracidad el eje de su reflexión sin renunciar a plantear el problema de la verdad de los hechos en términos de la teoría de la correspondencia, despojada, eso sí, de toda connotación de inocencia epistemológica. En lo esencial, se analiza allí la conveniencia y la deseabilidad de que el intérprete haga uso de la técnica y la metodología narrativista en el relato de hechos probados cuando, como es frecuente en el proceso penal, sólo resulta posible acudir a indicios que dan lugar a pruebas indirectas y no concluyentes para afirmar la verdad procesal en relación a la primera inferencia, inductiva y teórica, de que consta el razonamiento judicial, la también llamada premisa menor o *quaestio facti*. Inferencia cuyas premisas son el conjunto de las pruebas recogidas y cuya conclusión es una proposición del tipo «x ha cometido el hecho y», es decir, un enunciado dotado de valor veritativo aunque, justamente porque referido a hechos mudos, pretéritos, directamente inaccesibles y no reproducibles sino de forma mediata en el proceso, sólo en términos de mayor o menor probabilidad.

Como señala el autor, «el problema se encuentra en determinar hasta qué punto un relato coherente plasmado en los hechos probados de una sentencia ha de tomarse como verdadero o, lo que es lo mismo, resulta aceptable» (p. 256). A fin de dilucidar el rol del criterio de coherencia en el paso cualitativo de hechos naturales a hechos institucionales —o cuando, como se dice gráficamente en el texto, el juez ha de «transformar la verosimilitud en verdad» (p. 249)—, Ruiz Sanz retoma la justificación de su postura epistemológica compatibilista y armonizadora en los términos arriba apuntados, adoptando no obstante como referencia el modelo-límite cognoscitivista propuesto por Ferrajoli, un modelo para el que motivar el enjuiciamiento en materia de hechos es justificar una inducción. En coherencia, valga la palabra, con esta elección, el extenso y, de nuevo, constantemente puntualizado análisis que realiza Ruiz Sanz de la gnoseología inductiva en la fase investigadora y la formulación de la hipótesis acusatoria —ilustrada con ejemplos literarios del uso del método abductivo o razonamiento hacia atrás— y en la elaboración de la premisa menor en el proceso penal —proceso en el que, como bien se señala, probabilidad implica un grado mayor o menor de arbitrariedad del operador y, por lo tanto, una forma de poder que, de acuerdo con el modelo-límite, sólo las garantías procesales y epistemológicas pueden limitar y controlar a fin de asegurar un conocimiento de la verdad dotado del mayor grado de probabilidad— desemboca en la defensa de una versión muy prudente de la aplicación al proceso de la *narrative coherence* que se hace cargo de los problemas que lleva aparejada la reducción de la veracidad de los hechos a la coherencia contextual de la (o de una) narración. «A pesar de los inconvenientes advertidos, escribe Ruiz Sanz, la coherencia (...) puede funcionar como un instrumento metodológico en la premisa menor del razonamiento judicial, esto es, para facilitar la determinación de los hechos probados en la *quaestio facti*. Por este motivo y aunque tenga un carácter subsidiario, auxiliar y reducido, puede jugar un papel importante en la construcción del relato de los hechos que serán subsumidos por el juez

tras su calificación jurídica en la premisa mayor, pero parece que su función no va más allá» (p. 275). Se diría, en todo caso, que la reflexión que cierra el capítulo sobre los límites cognoscitivos, técnico-jurídicos y políticos a los que se enfrenta la coherencia narrativa (Cfr., pp. 277-286) constituye una advertencia sobre sus riesgos antes que una justificación de sus virtualidades como instrumento puesto al servicio de la motivación de los hechos en la sentencia. Pero es ésta una conclusión seguramente apresurada, que el lector atento deberá reconsiderar cuando recorra la clarificadora nota final que Ruiz Sanz escribe con saludables dosis de modestia y autoironía. Y es que el tono conjetural y la (acaso deliberada) inconclusividad que el autor imprime al texto en algunos de sus tramos –dicho esto, naturalmente, a favor de esta actitud intelectual– convierten a *La construcción coherente del Derecho* en una permanente invitación al debate. Esta breve nota no ha podido hacer justicia a la riqueza y la complejidad de la obra comentada, un libro interesante, muy pensado, original, erudito y sin duda importante.

Pablo MIRAVET BERGÓN
Universitat de València

V

NOTICIAS

Crónica de las XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, «Viejos temas, nuevos problemas». Universidad de La Rioja, Logroño, 26 y 27 de marzo de 2009

A finales del mes de marzo de 2009, los días 26 y 27, y tal y como se había acordado en la Asamblea de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá de Henares en marzo de 2007, se celebraron en la Universidad de La Rioja, Logroño, las sesiones de las XXII Jornadas de nuestra Sociedad. En esta ocasión, se vertebraron en torno al título «Viejos temas, nuevos problemas», en un intento de hacer alusión a una propuesta de desarrollar temas «clásicos» a través de cuestiones actuales, y la organización corrió a cargo del área de Filosofía de Derecho de la Universidad anfitriona.

En sintonía con la dirección que tomaron las Jornadas desde 2007, las celebradas en la Universidad de Alcalá, se pretendió que la estructura fuera algo diferente a la que se considera más tradicional. De esta forma, realizadas una serie de consultas a los miembros del *comité asesor* y a la misma dirección de la Sociedad, desde la Universidad de La Rioja diseñamos una dinámica de trabajo que cumpliera, de un lado, con ese interés de renovación, y de otro, recogiera, en la medida de lo posible, las distintas sensibilidades y opciones académicas que integran la Sociedad. Así, el programa quedó configurado con tres sesiones de exposición de ponencias y tres talleres-seminarios, además de un tiempo para la defensa de una selección de las comunicaciones recibidas, y al margen de una serie de actividades complementarias fuera de lo estrictamente académico, todo ello puntualmente anunciado en una página web que se habilitó al efecto.

El primer día, el jueves 26 de marzo, y tras el proceso de bienvenida, acreditación y entrega de material, tuvo lugar el acto de inauguración en el Aula Magna de la Universidad, donde se desarrollaron todas las Jornadas, y que contó con la presencia del consejero de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de La Rioja, el rector de la Universidad de La Rioja y el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, además, lógicamente, de representantes de la Junta Directiva de la Sociedad y de la Organización de las Jornadas. Inmediatamente después dio comienzo la primera de las tres sesiones de ponencias. Cada una de estas tres sesiones contó con tres intervencio-

nes de unos veinte-veinticinco minutos cada una, y con una persona que actuó como presidente-moderador, que realizó una presentación general de la sesión y posteriormente hizo una recapitulación de las cuestiones que consideró más sugerentes, dando pie, en cada caso, a interesantes debates. La primera sesión llevaba por título «Derechos Humanos. Algunos retos actuales», y en ella se tocaba un tema que ha sido de interés para buena parte de los miembros de la Sociedad. La presidencia de la Sesión corrió a cargo de Jesús Ignacio Martínez García, de la Universidad de Cantabria, y en ella intervinieron, por este orden, María José Añón Roig (Universidad de Valencia), con la ponencia «Una propuesta para garantizar el derecho a la existencia: la renta básica»; Pablo de Lora Deltoro (Universidad Autónoma de Madrid), con «La familia humana y otros animales», y Antonio Madrid Pérez (Universidad de Barcelona), con una intervención titulada «El acceso a los derechos: las experiencias del proyecto dret al Dret».

Tras una pausa para un descanso y un café continuaron las Jornadas con la segunda de las sesiones, «Derecho-Política-Poder», otra de las cuestiones que han estado presentes en los trabajos de numerosos miembros de la Sociedad. En este caso, las tres intervenciones fueron, por este orden, las siguientes: Macario Alemany García (Universidad de Alicante), «Paternalismo y democracia»; Encarna Bodelón González (Universidad Autónoma de Barcelona), «Leyes de igualdad y derechos con perspectiva de género», y Alfonso Ruiz Miguel (Universidad Autónoma de Madrid), «Educación ciudadana y neutralidad estatal», y presidiendo y moderando la sesión y el debate, José Ignacio Lacasta Zabalza, de la Universidad de Zaragoza. Al finalizar esta segunda sesión tuvo lugar una comida para todos los participantes de las Jornadas en la misma Universidad de La Rioja.

Se reanudaron las Jornadas a primera hora de la tarde, con un tiempo dedicado a la presentación y defensa de una selección de las comunicaciones recibidas y donde se pudo observar una variedad de temas que cabe ser leída como una buena salud de la diversidad de intereses entre los miembros de la Sociedad. A continuación tuvo lugar el primero de los seminarios, el dedicado a *Cine y Derecho* y que, como muy correctamente dijo uno de sus coordinadores, Benjamín Rivaya García, de la Universidad de Oviedo, suponía una «puesta de largo» de esta relación, cine y Derecho, que ha dado lugar a asignaturas, seminarios, proyectos de investigación e, incluso, a una colección bibliográfica que dirige otro de los que fueron responsables de este seminario, Javier de Lucas Martín (Universidad de Valencia). El seminario se inició con una selección de escenas vinculadas con el cine y el Derecho preparada desde la Organización. Siguió una ponencia del ya citado Benjamín Rivaya, «Las posibilidades del cine para la docencia e investigación jurídica», y a continuación hubo una mesa redonda en las que, de forma práctica y a través de una serie de breves proyecciones, se expusieron distintas experiencias y propuestas de utilización del cine como herramienta docente y de investigación jurídica. En dicha mesa redonda participaron: Ricardo García Manrique (Universidad de Barcelona), José Luis Pérez Triviño (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona), María José García Salgado (Universidad de Oviedo), Mario Ruiz Sanz (Universidad de Valencia) y Juan Antonio Gómez García (Universidad Nacional de Educación a Distancia). Bien entrada la tarde concluía este seminario en el que no sólo se habló de cine y Derecho y de su relación, sino donde se expusieron, a la vez, cuestiones de investigación y de docencia, lo que, entendimos, contribuyó a valorizar aún más la que fue una de las actividades que contó con un mayor eco entre los asistentes. Finalmen-

te, y ya en la noche del día 26, tuvo lugar, como actividad complementaria a lo académico, una visita nocturna guiada por el Logroño histórico.

La jornada del viernes 27 de marzo se inició con la «tercera sesión», la dedicada a «Derecho y Ciencia: Cuestiones de bioética y biotecnología». Presidida y moderada por Andrés Ollero Tassara (Universidad Rey Juan Carlos), esta sesión contó con las intervenciones siguientes: Ascensión Cambrón Infante (Universidad de A Coruña), expuso «Los problemas de la biotecnología y su tratamiento jurídico. ¿Ciencia o doctrina del Derecho?»; Héctor Silveira Gorski (Universidad de Lleida), «El derecho ante la tecnociencia genética. Reflexiones y desafíos», y Ángel Pelayo González-Torre (Universidad de Cantabria), «La autonomía personal en el seno de la relación médica. El consentimiento informado». Tras el debate sobre las cuestiones suscitadas en esta sesión hubo un descanso-café, y posteriormente se desarrollaron el segundo y tercer seminario, «coloquio sobre un libro con su autor». Algún pequeño cambio de última hora hizo conveniente una reestructuración de la dinámica de estos dos seminarios, que habían sido pensados para realizarse simultáneamente en dos espacios más reducidos. Al final, se unificaron los dos seminarios, lo que no quitó interés a los mismos. Resultó un seminario presidido por José Martínez de Pisón Caveró (Universidad de La Rioja), y en él se discutió sobre dos libros con sus dos autores. El presidente de la Sociedad, Carlos Alarcón Cabrera (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), fue el encargado de debatir con Francisco Laporta San Miguel (Universidad Autónoma de Madrid), sobre el libro de este último *El imperio de la Ley. Una visión actual*. Mientras que Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza), se ocupó de debatir con Jorge Malem Señá (Universidad Pompeu Fabra), a propósito del libro de éste titulado, *El error judicial y la formación de los jueces*. Esta actividad, que no es extraña en congresos y jornadas de otras disciplinas, fue pensada como una vía para fomentar la discusión y el debate entre los asistentes. En la elección de las publicaciones se atendió tanto a unos criterios de cercanía temporal, como de que pudieran ser los temas de un interés general y de actualidad. La dinámica, la que se había pensado, en grupos más reducidos, o la que se hizo finalmente, con todos los asistentes, puede, sin duda, mejorarse, como también pueden mejorarse los criterios de selección de las publicaciones; pero creemos que, con todo, quedó una imagen positiva de la actividad y que se podría repetir en sucesivas Jornadas. Por otra parte, no se puede dejar de lado que ese mismo mes, marzo de 2009, se había fallado el Premio Nacional de Investigación «Pascual Madoz» en el área de Derecho y Ciencias Económicas y Sociales, en el autor del primero de los libros, Francisco Laporta.

Las Jornadas se cerraron con la celebración de la Asamblea de la Sociedad, donde se aceptó la propuesta de los colegas de la Universidad de Extremadura de responsabilizarse de la organización de las XXIII Jornadas. Ya para acabar nos desplazamos a la Bodega Dinastía Vivanco, Briones, La Rioja, donde tuvo lugar una comida y una posterior visita al Museo Cultura del Vino sito en la referida bodega.

Raúl SUSÍN BETRÁN
Universidad de La Rioja

VI

NECROLÓGICAS

Jesús González Amuchástegui (1959-2008)

I. Nacido en Madrid el 11 de agosto de 1959, falleció en esa misma ciudad el 14 de noviembre de 2008. Cursó la carrera de Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, al término de la cual siguió la especialización en Derechos Fundamentales (1983) en el Instituto de Derechos Humanos de esa misma universidad. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1987) y licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, especialidad de Análisis Económico y Economía Cuantitativa, también por la Universidad Complutense de Madrid (1994). Su tesis en Derecho, bajo dirección del profesor Gregorio Peces-Barba Martínez, dedicada a *Louis Blanc y su aportación a los orígenes del socialismo democrático*, sostuvo la figura y obra de Louis Blanc (1811-1882) como primer ejemplo de una doctrina genuinamente socialista y democrática fraguada durante la Monarquía de Orleans en el interior de las sociedades republicanas, en tanto que defensor de la conciliación entre la República jacobina y reivindicación del sufragio universal y los núcleos de clase simbolizados en las aspiraciones de los trabajadores de los pequeños talleres.

II. En 1990 obtuvo la plaza de profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Consultor de UNIFEM («Mujer y derechos humanos» 1995-1996). Letrado al servicio del Consejo General del Poder Judicial (Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de septiembre de 1997. «BOE» de 30 de septiembre de 1997, p. 28468), asumió entre esa fecha y el año 2000 el cargo de jefe del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo («Asistencia en el diseño del Proyecto Institucional del Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia 2000-2001») y asesor del Fondo de Naciones Unidas de Ayuda a la Mujer. Intervino en el Seminario sobre Derechos Humanos y Jurisdicción en América Latina (14, 15 y 16 de abril de 1999), organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Comisión de Relaciones Internacionales de la Asociación Jueces para la Democracia, quedando a su cargo, junto a Mariano Aguirre, director del Centro de Investigaciones para la Paz, la ponencia «Los Derechos Humanos en el tercer milenio. Universalismo y multiculturalismo»; en el Seminario Internacional sobre Reforma Legal y Judicial y Control de la Corrupción en América

Latina y el Caribe, organizado por The World Bank Institute (Madrid, 2 de julio de 2002) en el panel «¿Qué hacer cuando el sistema legal y judicial es capturado por las élites políticas?», al que presentó el documento «Interferencia del poder ejecutivo en el poder judicial», así como en el Proyecto Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial para el año 2003 (Programa de capacitación para jueces y magistrados iberoamericanos, organizado por el Consejo General del Poder Judicial de España) dentro del Curso «Ámbito Derechos Humanos e Integración» con la ponencia «Derechos humanos. Universalidad y relativismo». Por Acuerdo de la excma. señora Presidenta del Tribunal Constitucional doña María Emilia Casas Baamonde, de fecha 4 de octubre de 2004, se le nombró jefe del Gabinete Técnico de la Presidencia del Tribunal Constitucional. Participó también, por dos veces, como observador internacional de la ONU en la supervisión de procesos electorales en Bosnia.

III. Fue codirector en 1999, junto al profesor Santos Pastor Prieto, de la tesis doctoral de Liliana Maspóns Bincha, presentada en el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de Las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid con el título *Derechos fundamentales a prestaciones. Sus diferentes dimensiones: concepto, fundamento, positivación y efectividad*, y en 2005, junto al profesor José María Sauca Cano, de la de Lucía Barros Freitas, asimismo en el mencionado Instituto, titulada *Discriminación sexista y otras formas de violencia estructural e institucional contra la mujer*. Impartió docencia como profesor invitado en varias universidades españolas y latinoamericanas. De entre éstas, en México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Colombia, Ecuador y Perú, donde trabajó especialmente en temas relacionados con los derechos humanos. Profesor de *Curso sobre interpretación constitucional* organizado por la Universidad de Jaén y el Ayuntamiento de Andújar (9 de noviembre de 2000), actuando como ponente junto al profesor Peces-Barba, y del II Máster sobre Protección de los Derechos humanos (3 de octubre de 2005-30 de junio de 2006), desarrollado en el Colegio de San Ildefonso de la Universidad de Alcalá de Henares. Profesor, por último, de Introducción al Dret (I), estudios de Economia i Ciències Empresarials, en el curso académico 2007-2008 de la Universitat de Girona. El XIV Congreso italo-español de Teoría del Derecho celebrado en esta Universidad los días 14-15 de noviembre de 2008 estuvo dedicado a su memoria. El Círculo de Bellas Artes de Madrid, donde había presentado su última obra (*Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, 2004), le rindió homenaje el 4 de marzo de 2009 en un acto en el que intervinieron Álvaro Cuesta, Ernesto Garzón Valdés, Pablo Pérez Tremps y Juan Barja.

IV. Su trayectoria de investigación iusfilosófica se conecta a materias de teorías de la justicia y Derechos humanos, éstos tanto de libertad como sociales. En una constante y fecunda dedicación, su producción abarca así temáticas de universalidad, con críticas frente a la pretensión de establecer un paradigma universal de moralidad crítica; acerca del concepto y fundamento de los derechos humanos, con análisis pluridisciplinar integrador de las dimensiones de la moralidad, protección jurídica y eficiencia económica, particularmente en norte a la evaluación moral de objetivos sociales y políticas públicas; en relación al pluralismo cultural y jurídico ante debates en torno a la vinculación que pueda existir entre el reconocimiento de los derechos humanos y la aceptación de un modelo único de organiza-

ción político-social capaz de asegurar su efectiva vigencia; respecto a tolerancia, principio de dignidad humana, y principio de solidaridad para con las minorías y grupos diferenciados, en especial derechos de las mujeres; relativismo sociológico y crítica a un ilimitado derecho de los pueblos a la autodeterminación e identidad cultural. Respecto de su intensa preocupación por la organización de un orden internacional, justo fue la enfermedad quien finalmente le obligaría renunciar a una presencia activa en el proyecto de *Carta Mediterránea*, en favor de una modificación, bajo liderazgo de España a través de la iniciativa Alianza de Civilizaciones, de la Declaración de Derechos Humanos promoviendo la inclusión de todos los países, en especial africanos o asiáticos, que no firmaron el acuerdo inicial de 1948.

V. Militante de base (Agrupación de Majadahonda. Madrid) de las filas socialistas desde 1986, patrocinó ante la celebración del IX Congreso regional de la Federación Socialista Madrileña (23 de noviembre de 2000), apoyado por Peces-Barba, el denominado grupo «Alternativa», con el fin de «convertir la Federación Socialista Madrileña en el auténtico lugar de referencia de la izquierda» y neutralizar el pacto entre los sectores mayoritarios que en su seno negociaban un candidato consensuado a la secretaría general del PSOE en Madrid. Su intento renovador se frustró desde las presiones del sector guerrista. «Poco antes del congreso, «altas instancias» del partido –escribió Pablo Herreros tras su muerte– le pidieron que no se presentase; que no era el momento de «crear divisiones, sino de remar todos juntos». Y él, fiel a su profundo sentido de la responsabilidad, acató la petición y retiró su candidatura, con el íntimo deseo de que su renuncia fuera buena para el socialismo. No tardó mucho en comprobar que su generosidad y su rectitud no eran valores muy apreciados en el mundo de la política, del que poco a poco se fue alejando con desdén». Mantuvo siempre, no obstante, leal colaboración al partido de su militancia y así prestó su nombre, si bien ocupando el simbólico puesto 55, a la candidatura del Partido Socialista Obrero Español a las elecciones a la Asamblea de Madrid de 2003.

VI. Obra impresa: *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1989; Edición a G. Jellinek; E. Boutmy; E. Doumergue, y A. Posada, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Ed. Nacional, 1984; «Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 6, 1989, pp. 135-152; «¿Son los derechos humanos universales?», en *¿Filosofía del Derecho*, 15, 1998, pp. 49-78; «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 101, 1991, pp. 123-136; [junto a José Antonio Martín Pallín y José Luis Cascajo Castro] «Los Derechos Sociales y su protección en la Constitución», en *Jornadas de Derechos Humanos y Marginación*, Madrid, Cruz Roja Española. Oficina Central, Gamma, 1991; «Concepto y problemas actuales de los derechos humanos», en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 1, 1, 1993, pp. 33-99; «Louis Blanc», en José Félix Tezanos Tortajada (coord.), *Teoría política del socialismo*, Madrid, Iniciativas Editoriales Sistema, 1993, pp. 45-70; *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994; «Derechos Humanos y escasez:

entre la economía y la moral», en José M. Sauca Cano (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 273-284; «Derechos humanos: universalidad y relativismo cultural», en Rafael Nieto Navia (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de derechos humanos*, San José (Costa Rica), Corte Interamericana de derechos humanos, 1994, pp. 209-222 [Examina los resultados de la Conferencia de Viena, a la luz de su Declaración final]; «El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 2, 1994, pp. 929-944; «Solidaridad y derechos de las minorías», en AA.VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, 1994, pp. 147-160; «Mujer y Derechos Humanos: Concepto y Fundamento», en Jesús González Amuchástegui, Germán Bidart, Alda Facio, Violeta Bermúdez, José Hustado, Roxana Vásquez, Segado Fernández, Rocío Villanueva, Samuel Abad, Enrique Bernal Ballesteros y Rhonda Copelon, *Derechos Humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*, Lima, Edit. Movimiento Manuela Ramos, 1996, pp. 9-51 [También en *Revista de Extremadura. Cuadernos de Investigación y Cultura*, 20 (mayo-agosto, 1996), pp. 57-65]; Prólogo a Steven Lukes, *De los derechos humanos: las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Stephen Shute- Susan Hurley (ed. lit.), trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998; Prólogo a Richard Rorty, *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998; *Ética y derechos humanos*, prólogo de Mario I. Álvarez Ledesma, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000 [Conferencia pronunciada en el Salón de Usos Múltiples de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, el 6 de junio de 1999]; «Las Teorías de los Derechos Humanos», en *Revista de Administración Pública*, 105, 2002, pp. 19-41; «Corrupción, democracia y responsabilidad política», en Rodolfo Vázquez-Miguel Carbonell (eds.) *Poder, derecho y corrupción*, México, Instituto Federal Electoral-Siglo XXI, 2003, pp. 63-80; *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; «Los límites de los derechos fundamentales», en Jerónimo Betegón Carrillo, Francisco Javier Laporta San Miguel, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo Argüelles (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 2004, pp. 437-472; «Louis Blanc y la concepción socialista jacobina de los derechos humanos», en Gregorio Peces Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Manuel Rodríguez Uribe (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, t. III, vol. IV. Siglo XIX* (La filosofía de los derechos humanos), Madrid, Dykinson, 2007, pp. 905-942 [Cap. XXXVII de la obra] «Algunas discrepancias con Ernesto Garzón en materia de derechos humanos», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 101-104; «Nosotros: el ámbito de decisión política. Diez tesis y una reflexión», en *Claves de Razón Práctica*, 181, 2008, pp. 38-40.

VII. Fuentes: «Un jurista apoyado por Peces-Barba pugnará por la Secretaría General del PSOE en Madrid», *El País* (Madrid), ed. de 6 de octubre de 2000; Pascual García-Manuel Sánchez, «Blanco se reúne con Acosta para evitar en la FSM lo ocurrido en Asturias», en *El Mundo* (Madrid), ed. de 8 de noviembre de 2000; Pascual García-Manuel Sánchez,

«El guerrismo rechaza al candidato de Zapatero y propone a Simancas», *El Mundo* (Madrid), ed. de 18 de noviembre de 2000.

VIII. Bibliografía: Pablo Pérez Tremps, «Jesús González Amuchástegui», en Obituario, *El País* (Madrid), ed. de 15 de noviembre de 2008, y Pablo Herreros, «Jesús González Amuchástegui. El deleite de una vida», en Obituario, *El Mundo* (Madrid), ed. de 16 de noviembre 2008.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

Joaquín Herrera Flores:
«Derechos humanos, procesos de lucha y el arte
del mantenimiento de la motocicleta»

En una entrevista al poeta y escritor cordobés Antonio Gala, un periodista le preguntó si creía en la vida después de la muerte. Con su mirada irónica y de horizontes profundos, Gala le respondió con otra pregunta: «¿usted se acuerda de algo antes de nacer?». El periodista le contestó que no se acordaba de nada. «Pues cuando te mueras –sentenció el poeta– será exactamente igual. Si no tienes ningún recuerdo antes de nacer, lo mismo sucederá después de muerto».

Asimismo, el economista y filósofo alemán con espíritu costarricense, Franz Hinkelammert, como católico confeso, manifestó, medio en broma medio en serio, que los ateos le resultaban más simpáticos y le mostraban más confianza que los creyentes, porque al no creer en otro mundo y en otra vida después de la muerte, se preocupaban más en mimar, conservar y aprovechar este mundo y esta vida. Con esta reflexión Hinkelammert cuestionaba a quienes, en nombre de la religión, han ocasionado sacrificios humanos y genocidios, así como han legitimado sistemas de dominación y discriminación socio-económica y cultural. No es que se les exima a todos los ateos de actos similares, pero si uno piensa que sólo existe la vida presente que vivimos, lo más seguro es que ponga más empeño en protegerla y disfrutarla.

El día 2 de octubre de 2009, a los 53 años, dejaba de latir el corazón de Joaquín Herrera Flores, tras casi veinte días de resistencia en la UCI, después de una operación de vida o muerte. Ese trágico momento expresaba el fin de la lucha por vivir de una persona que todos los días demostró la importancia de amar, sentir, discernir, interpelar y transformar la realidad que, simultáneamente, nos viene dada y que construimos a cada instante. Al pensar en la muerte de quien fuera mi maestro y gran amigo, inmediatamente me vinieron a la cabeza estas dos anécdotas de Antonio Gala y Franz Hinkelammert, porque si había alguien que se aferrara a la vida y la viviera intensamente sabiendo que era la única posible que iba a poder disfrutar, ese era Joaquín Herrera. Siempre tuvo muy claro que todos nos convertiremos en polvo de estrellas y, por esta razón, las acciones que desarrolló y las ideas que elaboró tenían como referente la finitud de la contingencia humana, pero a partir de la infinitud de posibilidades que el ser humano genera a la hora de crear y recrear mundos.

Resulta embarazoso e incómodo traducir y expresar en palabras algunos rasgos de la personalidad y la obra de quien se reconocía más trianero que sevillano, sobre todo en estos momentos en los que, tal como él pensaba, no está ahora en ningún sitio oyéndonos, porque una vez muerto es igual que antes de nacido. Es cierto que están ahí sus palabras, sus ideas, sus trabajos, sus libros, sus escritos y la memoria de la experiencia y los encuentros que tuvimos quienes lo conocimos, pero él ya no nos habla ni nos escucha. Únicamente queda el débil consuelo de que podemos hablarnos y escucharnos, recreando y resignificando sus acciones e ideas, quienes queremos seguir manteniendo su legado.

Conocí personalmente a Joaquín Herrera el año 1989 como profesor responsable de la materia de Filosofía del Derecho en quinto curso de carrera del Plan Antiguo del 65 y 65 Reformado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. También compartía docencia con quien en esas fechas era su amigo, Ramón Soriano Díaz, en la asignatura de Sociología del Derecho. Muchos años antes y de pequeño, lo veía jugar al baloncesto como alápívot en el Club Náutico de Sevilla con su larga cola en el pelo y su aire despistado. Fue en mi último año de licenciatura cuando me encontré en el aula con una persona desgarbada, larguirucha y con una nariz prominente que, años más tarde, se operaría. Con meliflua voz y seductora, nos explicaba que la realidad era como un iceberg: hay un tercio de su estructura que vemos en la superficie, pero también contiene dos tercios de zonas ocultas y ciegas que no visualizamos y que son necesarias descubrir. Además, entre otras cosas, nos hablaba de un concepto flexible y provisional de Filosofía del Derecho entendido como una reflexión crítica y generalizada que, partiendo de las ideas de democracia, derechos humanos y Estado de Derecho, se dedica, principalmente, al análisis y clarificación de los presupuestos conceptuales, metodológicos, ideológicos y axiológicos, tanto de las normas como de las ciencias jurídicas particulares; también precisaba que los derechos humanos eran aquellos bienes jurídicos dotados del mayor grado de contenido axiológico cuyo reconocimiento y puesta en práctica eran exigencias ineludibles para entender la naturaleza de nuestra civilización y, además, servían de medios para satisfacer las necesidades humanas. Sus lecciones magistrales y sus charlas las aderezaba con anécdotas e historias literarias (influido por Gyorgy Lukács y por el *Ulises* de James Joyce) y a través de narraciones imbuidas del espíritu oriental budista y de la filosofía Zen. En ellas, lo real y lo ficticio formaban una sorprendente, atractiva y renovada realidad.

En este periodo, Joaquín Herrera exponía en clase públicamente los avances desarrollados en su tesis doctoral *La fundamentación de los derechos humanos: Teoría de las necesidades y de los valores en la «Escuela de Budapest»*, defendida en 1986 y de la que salió su primer libro, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, en la editorial Tecnos (1989). Por aquella época, bajo la dirección de Antonio Enrique Pérez Luño, retomó la línea emprendida por quien fuera su maestro de vincular las tesis de la ética discursiva de J. Habermas y la teoría de las necesidades y los valores desarrollada, principalmente, por Agnes Heller. Joaquín Herrera, en su manera de entender el Derecho y la Filosofía, se decantaba más por una línea materialista e inmanente y empezó a desplegar su pensamiento crítico cimentado sobre las fuentes de la Primera Escuela de Frankfurt, el pensamiento marxista y de Rosa de Luxemburgo combinado con los aportes transformadores y revolucionarios de Gyorgy Lukács, Mihaly Vajda, Feren Fehér y la misma Agnes

Heller, surgidos en el contexto del efímero levantamiento emancipador húngaro de la década de los cincuenta.

Fue durante los años 1992 y 1993, tras un viaje a Cuba, cuando empezó a sentir atracción por el mundo latinoamericano. Tras un crucial encuentro con Juan Marchena, profesor de Historia de América, y justo cuando éste fue director de la Sede Iberoamericana de La Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía, Joaquín y yo comenzamos la andadura de organizar diversos cursos de verano y lo que fueron las cuatro ediciones del Programa de Maestría de Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica. El contacto con los miembros del movimiento *Direito Alternativo* brasileño (Amilton Bueno de Carvalho, Lédio Rosa de Andrade, Edmundo Lima de Arruda, Wilson Ramos Filho) y con diversos representantes de teorías críticas del Derecho (Carlos María Cárcova, Alicia Ruiz, Enrique María, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Víctor M. Moncayo, entre otros) le permitió exponer su crítica al formalismo jurídico, apoyado en el concepto de poder constituyente de Toni Negri, y la necesidad de sacar a la luz y cuestionar los presupuestos teóricos e ideológicos no sólo del Derecho, sino del sistema de relación dominante establecido por el capitalismo para, de esta manera, poder iluminar y ayudar a quienes sufren sus efectos perversos a caminar y dar los pasos necesarios para la emancipación. También maduró la idea de entender los derechos humanos como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana, idea que discutíamos junto con Rafael Rodríguez Prieto durante las reuniones que celebrábamos en su casa alquilada de la avenida de la Cruz Roja.

Tras el periodo de La Rábida hasta 1998, vinieron los años en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. El Programa de Maestría en Teorías Críticas pasó a ser Programa de Doctorado de Derechos Humanos y Desarrollo (que codirigí durante cuatro ediciones) y todavía hoy permanece, pero ahora denominado Máster-Doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo. Este programa lo mimó como si fuera su mayor tesoro, dada la oportunidad que ofrecía como un espacio de encuentro intercultural y de discusión comprometida y crítica entre estudiantes procedentes, principalmente, de América Latina y grandes especialistas (como Franz Hinkelammert, François Houtart, Helio Gallardo, Raúl Fonet Betancourt, Antonio Carlos Wolkmer, Salo de Carvalho, Boaventura de Sousa Santos, entre muchos otros) sobre temas tan variados como el Derecho, los derechos humanos, la globalización, los movimientos sociales, el diálogo intercultural, el derecho penal del enemigo, el galantismo jurídico, el concepto de desarrollo, el capitalismo, las relaciones internacionales, etc. Fueron años inolvidables e intensos, en los que la fraternidad, los encuentros en su casa y por los bares de Sevilla, hicieron crecer en lo personal y en lo intelectual a muchas personas. Ni el aneurisma que padeció en Brasil hace diez años ni la leucemia diagnosticada en su sangre años después, lograron detener su empeño en seguir dotando de sentido y de carácter a su realidad, interviniendo activamente en ella. Siempre reconoció la deuda que tenía con sus queridos amigos brasileños por salvarle la vida, pues decía que le dieron la oportunidad de nacer de nuevo. Todos esos años sirvieron para ir gestando su noción fronteriza de proceso cultural y la necesidad que vio en crear una asignatura transversal a la que llamó teoría de la cultura. Y desde la dimensión cultural empezó a entender los derechos humanos como medios que nos sirven para apropiarnos de las capacidades y las potencialidades humanas, y como formas de reacción ante entornos de relaciones.

Curiosamente, cuanto más enfermo estaba, más productivo fue. Entre los años 2003 y 2004 escribió *El proceso cultural: Materiales para la creatividad humana*, *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*, y *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los tres libros salieron a la luz en 2005. Cuestionando la cultura patriarcal, el capitalismo y el trascendentalismo iusnaturalista existente en muchos discursos de los derechos humanos, para Joaquín Herrera resultaba crucial potenciar la indignación frente a las injusticias y las opresiones, contribuyendo a visibilizar las asimetrías de las relaciones económicas, culturales, étnicas, sexuales y políticas existentes. Asimismo apostaba para que toda la humanidad, desde sus entornos y contextos plurales, tuvieran, como sujetos activos, antagonistas y subversivos, el acceso igualitario y no jerarquizado a aquellos bienes que son necesarios y que son exigidos para poder desarrollar una vida digna de ser vivida y a partir del respeto de las diferencias. En estas ideas, el *conatus* spinoziano aparecía como motor impulsor de las acciones humanas y Joaquín profundizó en el diseño de lo que llamaría, en el año 2000, el diamante ético como método de interpretación compleja, espacio-temporal, contextual y relacional de los derechos humanos.

Sin caer en reduccionismos ni pecar de simplista, hay un libro escrito por Robert Pirsig, *Zen y el arte de mantenimiento de la motocicleta*, que condensa la forma de ser y de pensar de Joaquín Herrera Flores. Lo protegía como si fuera su referente y su fuente de inspiración. Cuando uno lo lee, percibe que el protagonista de la novela, Fedro, es Joaquín. Y se encuentra con una serie de conceptos, ideas y actitudes que quedaron reflejadas en la manera de pensar y de actuar de nuestro estimado iusfilósofo trianero. Por ejemplo, Fedro se lanza a la búsqueda de lo que llama *Calidad*, que se define como aquella cosa que existe y que, sin ella, el mundo no puede funcionar con normalidad. Un mundo sin poesía, sin arte, sin humor, sin chistes y sin risas, sin deportes, etc., no la posee. Sin ella, la racionalidad quedaría incólume y el mundo podría funcionar, pero todo sería insulso. Calidad es sinónimo de todo aquello que vale la pena y da sentido a la vida para seguir viviéndola. Además, en el libro se cuenta que la Calidad sólo puede hallarse entre el objeto y el sujeto. No es una cosa, es *un acontecimiento en el cual el sujeto adquiere conocimiento del objeto. Es el acontecimiento en el que se posibilita el conocimiento a la vez de sujetos y objetos*. Saber mantener y poner a punto una moto, para quien la ama y aprecia, pone calidad a su vida.

La parte más curiosa la encontramos cuando en el libro de Pirsig se asemeja la Calidad a un tren de mercancías. Se explica que el conocimiento clásico enseñado por la Iglesia de la Razón, propio de la racionalidad científica, serían los vagones y la máquina. El conocimiento romántico, propio de las artes, estaría en el borde del ataque de la locomotora. En cierta forma, Occidente cayó en el error de separar ambas formas de interpretar la realidad, pero hay que saber combinarlas. El auténtico tren de conocimiento no es ninguna entidad estática que aísla y separa, sino que va siempre a alguna parte por una vía llamada Calidad. La vía de la Calidad lleva al tren y sin el filo cortante de la experiencia propio de las artes, del conocimiento romántico y de la racionalidad estético-expresiva. Con ello, se obtiene una combinación en red entre modos diversos de conocer el mundo que acentúan la capacidad creativa humana y la posibilidad de expresar las múltiples formas

de ser sujeto. La Calidad que crea el mundo surge como relación entre el hombre y su experiencia. Es un participante en la creación de todas las cosas.

Joaquín era un amante del deporte, de la literatura, del cine, de la poesía y del humor, y su tren de mercancías poseía un empuje muy nítidamente orientado. Por eso siempre buscaba la Calidad en todas sus investigaciones y en todos sus encuentros con los demás. Lo hacía percibiendo que todo es presente y acontecimiento, que nada está en el pasado ni está en el futuro, sino que hay que hacerlo con un sentido del disfrute y del compromiso con el tiempo y el espacio en cada acción y en cada relación que esculpía. Durante muchos años se iba con la bicicleta a hacer caminos, sonreía potenciando el humor y construía mundos al leer o escribir literatura –un ejemplo de esta mirada se puede comprobar en su última obra, *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*–. Cuando su corazón le impidió sobreesfuerzos, sustituyó la bici por su todo-terreno y su motocicleta, pero su tren nunca se detenía. De esta manera se permitía el lujo de añadir más movimiento a su vida y descubrir la Calidad del mundo.

Gracias a la lectura de *Zen y el arte del mantenimiento de la motocicleta*, descubrí de dónde «Fedro» Herrera Flores sacaba la idea de que era mejor viajar que llegar. Y que vivir tan sólo para una cierta meta futura es poco profundo. Son los flancos de la montaña y el espíritu del valle los que sustentan la vida, no la cumbre; o que hay instantes en la vida que es mejor acudir a las verdades colaterales, que son aquellas que se ven con el rabillo del ojo. Con ellas, se expande el conocimiento por los costados, no linealmente. También aprendí mejor por qué no hay que confundir la teoría o las declaraciones verbales acerca de la realidad con la propia realidad, ya que por ellas se hacen guerras y se mata. Finalmente, percibí la importancia de las respuestas «Mu» propias de la cultura Zen y que quiebran la simplicidad de aquellas posiciones maniqueas y que dualizan la interpretación del mundo, fragmentándolo, amputándolo y jerarquizándolo. «Mu» es una respuesta que no quiere decir ni sí ni no, sino «ninguna respuesta», porque manifiesta que el contexto de la pregunta es tal que la respuesta a base de sí o no es errónea. Es decir, las respuestas «mu» son apropiadas cuando el contexto de la pregunta se hace demasiado pequeño para la verdad de la respuesta. Para Joaquín, el pensamiento liberal, el formalismo, el iusnaturalismo y la cultura cocida y nacida dentro del capitalismo en su versión dominadora tienen que ser cuestionados por medio de respuestas «mu», ya que se necesita siempre ampliar los contextos de quienes preguntan, de lo que se pregunta, del procedimiento que se utiliza para preguntar y para responder, y de las intenciones con la que se hace la pregunta. «Mu» dice que la respuesta está más allá de la hipótesis y, como el iceberg, hay que ir más allá de las apariencias o de las zonas iluminadas y que son naturalizadas sin cuestionamiento alguno.

La pérdida de Joaquín ha supuesto un vacío muy grande para muchas personas. Pese a mis desencuentros con él en los últimos años, sigo buscando su sonrisa, su genio, sus ideas, sus intuiciones y su manera de generar Calidad y las re-significo para proyectarlo sobre mi horizonte de sentido. Para quienes alguna vez lo apreciaron, cuando escuchen alguna vez una canción flamenca, espero que piensen que Joaquín está tocando la caja de música con un ritmo que va más allá que el marcado por un tren de mercancías.

En Sevilla, febrero de 2010

LIBROS DE JOAQUÍN HERRERA FLORES PUBLICADOS:

- HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*. Madrid, Tecnos, 1989.
- *El proceso cultural: Materiales para la creatividad humana*. Sevilla, Aconcagua, 2005.
 - *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 33. Bilbao, Universidad de Deusto, 2005.
 - *Los derechos humanos como productos culturales*. Crítica del humanismo abstracto. Madrid, Libros de la Catarata, 2005.
 - *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*. Traducción Nilo Kaway. Porto Alegre, movimiento; Florianópolis, CESUSC; Florianópolis, Bernúncia, 2007 (la versión en castellano está en trámite de publicación).
 - *La reinención de los derechos humanos*. Ed. Atrapasueños, 2008 (traducido al portugués y publicado en la editorial Lumen Juris, Río de Janeiro).

David SÁNCHEZ RUBIO
Universidad de Sevilla

Joaquín Ruiz Giménez: Un camino hacia la democracia

Conocí personalmente a Joaquín Ruiz Jiménez en la primavera de 1956 cuando, escasas semanas después de ser destituido por Franco como ministro de Educación, se reincorporó a sus tareas docentes en la Universidad de Salamanca. Allí es donde comencé yo enseguida a colaborar con él, luego (en 1960) en la Universidad de Madrid como ayudante de su cátedra de Filosofía del Derecho. Desde entonces –¡hace ya más de cincuenta años!– le he tratado como maestro y amigo, también formando parte del grupo inicial que durante casi quince años publicamos *Cuadernos para el Diálogo*.

Ahora en su fallecimiento me consuela poderle evocar en la imagen, en la realidad, de un hombre que ha ido siempre a más, que supo ir siempre a mejor, a mucho mejor en su trayectoria vital, pública y privada. Fue así, con generosidad, con respeto a la conciencia de los demás, como hubo de influir en tantos españoles a lo largo de todo ese incitante y complicado tiempo nuestro en el que se fueron acrecentando las vías de discrepancia y de oposición para la transición de la dictadura a la democracia.

Destacaría en esa trayectoria como ideas-fuerza de su criterio y personalidad los, entre otros, tres componentes fundamentales. El primero, de principio a final, su cristianismo, religiosidad y espiritualidad, vivida y sentida por él cada vez en mayor lejanía de lo que implicaba el nacional-catolicismo y más cercana a lo que supuso después el Papa Juan XXIII y el Concilio Vaticano II. En ese tiempo se inscribirían sus propuestas de apertura como ministro de Educación, apoyando la reinserción de algunos intelectuales del exilio y de las protestas de jóvenes demócratas que darían lugar a la denominada generación del 56.

De ahí deriva –en segundo lugar– su gran tarea, su presencia e influencia cultural, política y social a través de la revista y los libros del grupo editorial «Cuadernos para el Diálogo», publicados desde 1963 hasta 1976. Allí, en sus páginas y en sus actividades colaterales, esta buena parte de la cultura plural y de las posiciones políticas democráticas que, en interrelación, también habrían de coadyuvar en ese personal «camino hacia la democracia» de Joaquín Ruiz Giménez.

Y asimismo, con esos mismos valores y caracteres, hay que entender su labor como profesor en la universidad apoyando en todo momento a quienes, entonces jóvenes, intentaban en medio de grandes dificultades la renovación

de la filosofía jurídica española: la crítica del derecho natural teológico y teocrático, la recepción de direcciones nuevas de pensamiento, su traslación al campo de la filosofía y la realidad política democrática.

Joaquín Ruiz Giménez ha sido ante todo un hombre de principios, de convicciones fuertes, un cristiano cada vez más kantiano, que respetaba muy seria y sinceramente la conciencia. Pero también era un hombre realista, que siempre asumía las propias responsabilidades y tenía muy en cuenta las repercusiones sociales, las consecuencias de los hechos y los pensamientos. Y finalmente dos secretos en esta hora final: uno, le habría encantado ser un gran dramaturgo; otro, era negado para cualquier tipo de música (me temo que incluso la celestial).

Elías DÍAZ
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)

Joaquín Ruiz Giménez: Un soñador para el pueblo

Seguramente Buero Vallejo no me reprochará desde el Parnaso que utilice el título de una de sus obras para identificar a Joaquín Ruiz-Giménez, mi profesor, mi maestro y mi amigo, de quien aprendí tanto y a quien tanto quise y admiré. Desde 1962 y hasta hace pocos años, cuando la enfermedad nubló su gran inteligencia, mi vida ha estado siempre marcada por su ejemplo y su magisterio. Era un esposo y un padre ejemplar, y también un educador para sus discípulos y para todos los estudiantes que tuvo cuando volvió a la Universidad en 1956 y hasta su jubilación. Creo que es muy adecuado el calificativo de soñador para un pueblo. Era siempre idealista, bienintencionado y colocando a la moral y al amor a España y a los españoles por encima de egoísmos e intereses particulares, de ideologías y partidismos. En *La Razón de Ser*, que publica en octubre de 1963, cuando se inicia *Cuadernos para el Diálogo*, resume un sueño para el renacer de España que esperaba con la democracia: «Sólo tres cualidades se exigen para lograr presencia activa en estas páginas: un mutuo respeto personal, una atenta sensibilidad para todos los valores que dan sentido a la vida humana y un común afán de construir un mundo más libre, más solidario y más justo».

Con esa filosofía, siendo ya catedrático en Madrid, se lanzó a recorrer los caminos de España para predicar los derechos humanos, la democracia y la libertad. Yo le acompañé en muchos de esos itinerarios pedagógicos, donde desde esas ideas de fondo defendía la moderación, el respeto y la amistad cívica para cambiar las mentalidades de la dialéctica del odio y del amigo-enemigo, horribles trazas de la Guerra Civil. Fue un cristiano ejemplar, modesto, discreto, no dogmático, tolerante y respetuoso con las personas y las ideas. Le horrorizaba pensar que uno de los objetivos de los vencedores de la Guerra Civil fuese exterminar las ideas de los perdedores, exterminando las personas que las representaban.

En la plataforma de comunicación que fue *Cuadernos* estaban convocadas y presentes todas las ideologías que luego conformaron el abanico de los partidos democráticos. Su tozuda lealtad a sus convicciones más profundas le impidieron incorporarse a la UCD, manteniéndose fiel a su democracia cristiana abierta y poco confesional. No tuvo éxito y después tampoco le apoyaron ni le agradecieron suficiente lo que había hecho para educar a las multitudes como apóstol de la libertad. Fue Defensor del Pueblo ejemplar

en su trabajo. Sólo lo consiguió a partir de 1982 durante el Gobierno socialista. Su independencia, su lealtad a las obligaciones del cargo y su compromiso con las reclamaciones de los ciudadanos marcaron su mandato. No fue comprendido y no tuvo la continuidad necesaria para consolidar la institución. Creo que fue grande la responsabilidad de quienes decidieron su sustitución. Su larga vida ha sido un ejemplo para todos y su familia y sus amigos podemos estar muy orgullosos de haber querido y respetado a una persona tan ejemplar.

Gregorio PECES-BARBA
Universidad Carlos III de Madrid

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 y *abstract* de máximo 10 líneas en castellano y en inglés, respectivamente, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto.

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 exclusivamente 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.

Al trabajo se adjuntarán los datos personales del autor, entre los que deberá figurar tanto una dirección electrónica como una dirección postal de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones. Deberá a su vez incluirse la relación del autor con la institución pública o privada en la que desarrolla su actividad profesional (por ejemplo, en el caso de ser profesor universitario, la universidad en la que ejerce su labor habitualmente).

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

II. Sistema de citas:

Se podrá optar por uno de los siguientes:

A. *Sistema abreviado*: referencia bibliográfica más elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95).

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. En el elenco bibliográfico, si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica, si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: GONZÁLEZ VICÉN 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32, y GONZÁLEZ VICÉN 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp. 1-48.

B. *Sistema tradicional*: citas bibliográficas al final del artículo. Las notas se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

apellido/s, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F., *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o artículo incluido en libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Admisión de originales:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*». El evaluador interno será un miembro del Consejo Asesor o del Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. El evaluador externo será decidido por el Consejo Asesor o del Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos, es decir, 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 Asesor o del 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, observaciones 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 de Redacción, y en su caso, al Consejo Asesor de la revista.

Serán criterios excluyentes para la no 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 o sin las formalidades oportunas señaladas.
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, una vez decidida la admisión definitiva del trabajo y hechas las oportunas modificaciones señaladas por los *referees*, en su caso, a través de 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, junto a una copia del contenido de los *referees* negativos.

El Consejo de Redacción del *AFD*.

