

**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 XXVII
2011

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2011

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): 007-11-066-0
NIPO (M.º de Justicia): 051-11-010-3
Depósito Legal: M-11151-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

PRESENTACIÓN DEL ANUARIO 2011

El *Anuario de Filosofía del Derecho* 2011, correspondiente al tomo XXVII, recoge contribuciones provenientes de diversos enfoques y perspectivas de la filosofía jurídica y política, como ya es tradicional en nuestra revista. Uno de los objetivos prioritarios de la misma es mostrar la riqueza y complejidad de planteamientos y de reflexiones que emergen, se mantienen o se revisan en torno a los temas propios de la disciplina. Así se procura contribuir, desde el marco editorial de una publicación con periodicidad anual, a establecer un diálogo abierto y enriquecedor entre los miembros de la comunidad iusfilosófica.

El *Anuario* está dividido en varias secciones. La titulada *Estudios de Teoría y Filosofía del Derecho* está compuesta por doce trabajos que desarrollan aspectos vinculados principalmente a la ciencia jurídica, historia del pensamiento jurídico, teorías de la justicia y la teoría de la argumentación y toma de decisiones en el ámbito del derecho. A lo largo de estas páginas queda patente la diversidad de enfoques a la que se hacía mención al comienzo de esta presentación. A continuación, se incluye en la sección rotulada *Debates*, un diálogo entre el profesor Rodríguez Prieto y la profesora Lucena Cid sobre aspectos de la obra de John Searle. Por su parte, la sección dedicada a la crítica bibliográfica ofrece un conjunto de exposiciones y reflexiones sobre libros dedicados a materias filosófico-jurídicas o afines, que dan buena cuenta de los intereses plurales presentes en la filosofía del derecho actual. Con ello se pretende dar difusión a obras publicadas recientemente y vinculadas a este amplio ámbito de investigación. De acuerdo con nuestras intenciones, 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 con colaboraciones en esta sección para así fomentar la importante tarea divulgativa y sin duda enriquecedora del panorama global a través de la que se muestra la buena salud de nuestra disciplina. La última de las secciones del *Anuario de Filosofía del Derecho* da

cuenta de la celebración del *Congreso Internacional de Filosofía y Derecho: Neutralidad y Filosofía del Derecho*, celebrado en Girona del 20 al 22 de mayo de 2010. El propósito de esta sección es hacerse eco de los eventos que hayan tenido lugar durante el año, para así dar a conocer las actividades que se vienen desarrollando sobre filosofía jurídica y política, pero para ello necesitamos pedir de nuevo vuestra colaboración respecto a este tipo de acontecimientos académicos.

Una vez más no quiero terminar esta presentación sin invitar a participar activamente en este foro que es el *Anuario de Filosofía del Derecho* con aportaciones capaces de incidir en cuestiones centrales y con repercusión sobre distintas áreas geográficas y académicas. El esfuerzo que llevamos a cabo desde el *Consejo de Redacción* de esta revista cobra sentido ante la impronta que comienzan a tener las revistas especializadas en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales, cuyos criterios de calidad están siendo revisados y baremados desde diferentes y hasta divergentes índices de puntuación que se pretenden repercutir sobre una correcta valoración y clasificación de las revistas especializadas. La nuestra parece ser que se encuentra en una dinámica adecuada y positiva, pero sin duda mejorable. Para encontrarse en óptimas condiciones de valoración, resulta necesaria la implicación de todos aquellos que intentamos hacer posible que la filosofía del derecho tenga la importancia que merece entre las materias jurídicas y políticas. En ese empeño estamos y así esperamos obtener fructíferos resultados.

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Directora del *AFD*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN. MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i>).	5
I. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
– AYMERICH OJEA, IGNACIO (Universitat Jaume I. Castellón): <i>La integración de normas, principios y estadísticas en la argumentación jurídica</i>	13
– CABRA APALATEGUI, JOSÉ MANUEL (Universidad de Málaga): <i>Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable</i>	37
– DE PRADA GARCÍA, AURELIO (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid): <i>Hacia una justicia glocal</i>	63
– DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO (Universidad de Jaén): <i>La identidad de la Filosofía del Derecho como materia útil para juristas</i>	83
– LACASTA ZABALZA, JOSÉ IGNACIO (Universidad de Zaragoza): <i>La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española</i>	111
– MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ MARÍA (Universidad de La Rioja): <i>El pensamiento liberal español y la independencia de América: Flórez Estrada y Blanco White</i>	137
– MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS IGNACIO (Universidad de Cantabria): <i>El riesgo de la justicia</i>	161
– RUIZ RUIZ, RAMÓN (Universidad de Jaén): <i>El desplazamiento de la discrecionalidad del legislador al juzgador: causas y recelos</i>	187
– SANTOS ARNAIZ, JOSÉ ANTONIO (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid): <i>La filosofía del derecho de Alessandro Baratta: el legado de una época</i>	209

	Pág.
– SEGURA ORTEGA, MANUEL (Universidade Santiago de Compostela): <i>Argumentación, justificación y principio de autoridad</i>	233
– SENENT DE FRUTOS, JUAN ANTONIO (Universidad de Sevilla): <i>El ajuste o desajuste de las prácticas normativas en Ignacio Ellacuría: hacia una nueva dimensión de lo normativo</i>	247
– VEGA LÓPEZ, JESÚS (Universidad de Oviedo): <i>Aristóteles, el Derecho positivo y el Derecho natural</i> ...	281
 II. DEBATES	
– RODRÍGUEZ PRIETO, RAFAEL (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla): <i>John Searle: ¿Una ontología política del consumidor? A propósito de la Ontología Política de John Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales</i>	321
– LUCENA CID, ISABEL V. (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla): <i>La intencionalidad colectiva y la construcción de la realidad social y política: una respuesta al Profesor Rodríguez Prieto</i>	337
 III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
– BERNUZ BENEITEZ, MARÍA JOSÉ (coord.): <i>El cine y los derechos de la infancia</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 210 pp. y SAN MARTÍN SEGURA, DAVID y SUSÍN BELTRÁN, RAÚL (coords.): <i>Derecho y política en la sociedad del riesgo. Ocho propuestas de cine</i> , Logroño, Universidad de La Rioja, 2009, 183 pp. (Andrés García Inda. Universidad de Zaragoza)	365
– CAMPIONE, ROGER: <i>El nomos de la guerra. Genealogía de la «guerra justa»</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 190 pp. (José Antonio García Sáez. Universitat de València)	371
– HAAR, INGO / FAHLBUSCH, MICHAEL (Ed.): <i>Handbuch Der Völkischen Wissenschaften</i> . K. G. Saur Verlag, München 2008, 846 pp. (Emilio Mikunda Franco. Universidad de Sevilla)	375
– LEMA AÑÓN, CARLOS: <i>Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social</i> , Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III, Editorial Madrid, Dykinson, 2010, 296 pp. (Eusebio Fernández García. Universidad Carlos III de Madrid)	387

	Pág.
– OTERO PARGA, MILAGROS, <i>El Sistema Nacional Mexicano de Educación Judicial</i> , México, Consejo de la Judicatura, Poder Judicial y Gobierno del Estado de México, 2009, 350 pp. (Francisco Puy Muñoz. Universidade de Santiago de Compostela)	390
– SANTOS ARNAIZ, JOSÉ ANTONIO, <i>Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra</i> , Granada, Editorial Comares, 2008, 326 pp. (Julián Sauquillo González. Universidad Autónoma de Madrid)	394
– SEN, AMARTYA, <i>The Idea of Justice</i> , London, Allen Lane, 2009, 468 pp. (César Arjona Sebastia. Universitat Ramon Llull. Barcelona)	401
– SOLANES CORELLA, ÁNGELES (ed.): <i>Derechos Humanos, migraciones y diversidad</i> . Colección Derechos Humanos. Vol. 18. Publicacions de la Universitat de València, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. 293 pp. (Víctor Manuel Merino i Sancho. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona)	408
– VÁZQUEZ, RODOLFO, RUIZ MIGUEL, ALFONSO y VILAJOSANA RUBIO, JOSÉ MARÍA: <i>Democracia, religión y Constitución</i> , Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, 229 pp. (Rafael Ramis Barceló. Universitat Illes Balears)	416
– VERGARA, ÓSCAR (ed.): <i>Teorías del sistema jurídico</i> , Granada, Comares, 2009, 325 pp. (Cristóbal Orrego. Universidad de los Andes)	419
– ZAPÁTERO, VIRGILIO y GARRIDO, M. ^a ISABEL (eds.): <i>Los derechos sociales como una exigencia de justicia</i> , Madrid, Universidad de Alcalá-Cátedra Democracia y Derechos Humanos, 2010, 344 pp. (Andrea Núñez Uribe)	424

IV. NOTICIAS

– Crónica del I Congreso Internacional de Filosofía y Derecho: Neutralidad y Teoría del Derecho. Universitat de Girona. Girona, 20, 21 y 22 de mayo de 2010 (María del Carmen Vázquez Rojas. Universitat de Girona)	433
---	-----

I

**ESTUDIOS DE TEORÍA
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

La integración de normas, principios y estadísticas en la argumentación jurídica

Por IGNACIO AYMERICH OJEA
Universitat Jaume I (Castellón)

RESUMEN

El problema clásico de la integración de las ciencias normativas y las descriptivas tiene un nuevo frente en el creciente papel de las estadísticas en la argumentación jurídica. En este artículo se analizan ejemplos que muestran la extensión de este modo de razonamiento, las carencias formativas de juristas y científicos sociales que conducen a la incomunicación recíproca de sus metodologías y los problemas derivados de crear, aplicar e interpretar normas jurídicas sobre la base de datos estadísticos puntuales y asistemáticos, así como los efectos sociales de las normas. Se reflexiona sobre la necesidad de reforzar el papel de los principios cuando la argumentación jurídica integra información estadística como justificación.

Palabras clave: *Estadísticas, argumentación, metodología, principios jurídicos, igualdad.*

ABSTRACT

The classical problem of integration between normative and descriptive sciences must face the increasing role of statistics in legal argumentation. This paper analyzes a set of cases which show the extent reached by this way of reasoning, the training lack in both lawyers and social scientists that leads

to a reciprocal incommunication of their methodologies and the problems set by the establishment, implementation and interpretation of legal standards on the grounds of scattered statistical data, as well as the social effects of norms. It also tries to think about the needed strengthening of the role of principles when legal arguments come to terms with statistical information as a justification.

Key words: *Statistics, argumentation, methodology, legal principles, equality.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PAPEL DE LAS ESTADÍSTICAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.—3. LA COMUNICACIÓN ENTRE LA METODOLOGÍA JURÍDICA Y LA ESTADÍSTICA.—4. LA ARTICULACIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS EN EL MÉTODO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.—5. LA ARGUMENTACIÓN CON ESTADÍSTICAS COMO DIRECTRICES.—6. LA ESPIRAL DE LOS EFECTOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.—7. CONCLUSIÓN.—8. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

«Para el estudio racional del derecho, el buscador de antigüedades puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el perito en estadística y el experto en economía»¹. La afirmación de Holmes es evidentemente excesiva, pero argumentar con estadísticas ha dejado de ser un hecho excepcional en el mundo jurídico. La reforma del artículo 153.1 del Código Penal español se presentó ante la opinión pública justificando el agravamiento de las penas en caso de ser el autor varón con diversos argumentos, entre ellos que estadísticamente la comisión de este delito es mucho mayor entre varones que entre mujeres. En otras palabras, el conocimiento de la discordancia entre lo que la norma vigente prescribe y las estadísticas sobre los casos que de hecho se producen justifica la reforma normativa. Pero el derecho opera por medio de enunciados prescriptivos, y no descriptivos. El rigor científico de los enunciados por medio de los cuales se describen estados de cosas del mundo es la base de los problemas metodológicos de otras ciencias. Los de la ciencia jurídica, por el contrario, no se refieren a la verificabilidad, a la correspondencia de los enunciados normativos con estados de cosas, sino a su validez.

¹ HOLMES, O. W. *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 35.

¿Cómo pueden articularse la función descriptiva y la prescriptiva del lenguaje de modo que la argumentación jurídica se desarrolle simultáneamente sobre ambas? Se trata de articulación, y no de fusión porque, como afirma Larenz, «se puede decir, por ejemplo, que la vigencia en sentido normativo se corresponde con la efectividad de la norma en sentido sociológico, pero no se puede definir la una por la otra»². El propósito de este artículo es examinar bajo qué condiciones es posible esta integración argumentativa utilizando a las estadísticas como referente de aquellas formas de razonamiento en que los efectos sociales de las normas –especialmente los que se expresan cuantitativamente– terminan siendo un argumento jurídicamente relevante. Me gustaría precisar en primer término que, siguiendo a Atienza, por argumentación jurídica debe entenderse tanto la interpretación y aplicación como la producción normativa: «Si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar –racionalizar– el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender este control al momento de la producción de las normas»³. Consideraré, por tanto, casos de ambos tipos. Hecha esta precisión creo que hay ejemplos que permiten constatar fácilmente el creciente papel de las estadísticas en la argumentación jurídica.

2. EL PAPEL DE LAS ESTADÍSTICAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Un ejemplo de nuestro país puede ser la STC 128/1987, de 16 de julio, que basa su argumentación en el examen de las consecuencias fácticas de las normas expresadas por medio de datos estadísticos. Se planteaba la constitucionalidad de ciertas medidas de discriminación positiva orientadas a facilitar la integración laboral de mujeres casadas y con hijos a su cargo. Argumenta el Tribunal que no toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo contraviene al principio de igualdad, sino sólo aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. No constituye discriminación una medida de carácter temporal tendente a acelerar la igualdad *de facto* entre varones y mujeres, pero que dejará de ser válida tan pronto ésta se alcance. Por tanto la medida «sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una

² LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 190.

³ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (2.ª reimp.), p. 237.

necesidad de revisión periódica al respecto»⁴. Y se documenta la desigualdad existente haciendo uso de la encuesta de población activa de 1986, comparando la tasa de actividad de mujeres y varones en general (29,1% frente a 68,4%), y particularmente de mujeres y varones casados, observándose entre estos dos grupos una diferencia notable (20,9% frente a 70,92%), que justifica la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa. Es destacable que la constitucionalidad de una norma se vuelve variable y se supedita al análisis fáctico de las condiciones sociales estadísticamente acreditadas. No son los hechos los que deben ser evaluados por su concordancia con la norma, sino la norma la que es valorada en función de su concordancia con los hechos.

Más recientemente la STC 59/2008, de 14 de mayo, resuelve la constitucionalidad del ya mencionado artículo 153.1 del Código Penal, que establece una aplicación distinta de la pena en caso de que el agresor sea varón y la víctima sea o haya sido su mujer, o haya tenido o tenga con él una relación afectiva análoga. Se argumenta que el mayor desvalor en que se justifica la diferencia de trato viene dado por una necesidad objetiva de protección del sujeto pasivo del delito. «Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena»⁵. Este argumento es la contestación al planteamiento realizado en el Auto de 29 de julio de 2005 de la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, por medio del cual había ésta promovido la cuestión de inconstitucionalidad. Al reproducir en los antecedentes el argumento correspondiente del Auto, el TC expone que «en cuanto a la magnitud del fenómeno sociológico y criminal de la violencia doméstica, demostrado estadísticamente, se podría argumentar la necesidad de una reacción penal frente a esa realidad que pone en peligro bienes jurídicos constitucionalmente protegibles, asegurando su proporcionalidad». De nuevo los datos estadísticos se integran en la argumentación jurídica como razones justificatorias.

El Consejo Constitucional francés siguió una línea argumental opuesta al declarar inconstitucionales algunos artículos de la Ley 2000-493, de 6 de junio de 2000, a favor del igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas⁶. Esta ley fijaba unos objetivos de representación paritaria que debían alcanzarse en las elecciones y obligaba al gobierno a presentar al poder legislativo «un estudio detallado de la evolución de la feminización de las elecciones cantonales, de las elecciones senatoriales y municipales no afectadas por la ley,

⁴ STC 128/1987, de 16 de julio. F.J.º octavo.

⁵ STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008. F.J.º 9, a.

⁶ Cfr: http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=INTX9900134L

de los órganos deliberativos de las estructuras intercomunales y de los ejecutivos locales» (art. 16). Entendió el Consejo Constitucional que por medio de esta ley se habían introducido disposiciones que «no son normativas, sino objetivos», y que precisamente «en la medida en que no fijan más que un objetivo» no pueden servir de justificación para disposiciones compulsivas o penalizadoras⁷.

En aquellos países donde el realismo jurídico y el pragmatismo han tenido una mayor influencia, como ocurre en Estados Unidos, se puede comprobar también un mayor peso de los argumentos jurídicos basados en estadísticas. Creo que es útil fijarse en los lugares donde esta forma de argumentación ha encontrado más eco, ya que la observación de una tendencia en su despliegue más amplio permite adivinar por dónde pueden evolucionar los hechos allí donde la tendencia es más incipiente, como ocurre en España. Como han analizado detalladamente Erickson y Simon, el uso de estadísticas en la argumentación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos experimentó un notable incremento a partir de los años 70, en que se desarrolla una nueva sensibilidad hacia la eficacia social del derecho, y no se ha detenido desde entonces⁸. Así, por ejemplo, un estudio socioeconómico llevado a cabo en 1970 por Coons, Clune y Sugarman mostró evidencias estadísticas de que el sistema de financiación de las escuelas públicas de California, ligado a impuestos locales sobre la propiedad, creaba diferencias en el rendimiento escolar de los estudiantes en función de que los centros estuviesen en municipios con mayor o menor renta. En la causa *Serrano v. Priest*, dichas estadísticas fueron incorporadas en los fundamentos de la decisión del Tribunal Supremo de California de declarar nulo este sistema de financiación por ser contrario al derecho a la igual protección de la ley, lo que seguidamente inició una cadena de reformas legislativas estatales sobre la materia a lo largo del país⁹.

La legislación antidiscriminatoria y la discriminación positiva, como recuerda Susan Atkins¹⁰, se constituyeron entonces como disciplinas académicas coherentes, formando parte de un movimiento que trataba de superar el positivismo dominante a base de estrechar la brecha entre la creación legislativa y jurisprudencial del derecho y las consecuencias sociales de éste. En Europa el cambio comenzó algo más tarde pero obedeció a razones semejantes, entre las que Josephine Shaw destaca «la desilusión con la ineficacia del derecho antidiscriminatorio basado en demandas individuales, que tuvo un impacto

⁷ Cfr: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2000/2000429/2000429dc.htm> p. 2.

⁸ Cfr. ERICKSON, R. and SIMON, R. J., *The use of social science data in Supreme Court decisions*, Urbana, University of Illinois Press, 1998.

⁹ Cfr. COLLINS, S. M., «The use of social research in the courts». En EVAN, W. M (ed.), *Law and sociology*, New York, The Free Press of Glencoe, 1979, pp. 570-71.

¹⁰ ATKINS, S. «Teaching and research: where should we be going?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. M. *Discrimination: the limits of law*, London, Mansell, 1992, p. 435.

mínimo a lo largo del tiempo, y con el fracaso de las medidas introducidas [en Alemania] por la Ley de promoción del empleo de 1969»¹¹. La evolución de legislación británica contra la discriminación fue marcada por la aparición de sucesivos estudios estadísticos que mostraban la realidad de los grupos más desfavorecidos por prácticas discriminatorias. A partir de tales estudios se promulgó la Ley de Discriminación Sexual de 1975, y más tarde la Ley de Relaciones Raciales de 1976¹².

Un proceso paralelo siguió la sensibilización social y política contra la discriminación en Estados Unidos, movilizada por datos estadísticos sobre crímenes cometidos contra minorías de diversos tipos, y que condujo finalmente a la aprobación de la legislación federal contra los *hate crimes*, compuesta por la Hate Crimes Statistics Act, la Violence Against Women Act, y la Hate Crimes Penalty Enhancement Act. Jenness describe cómo el proceso prelegislativo fue dinamizado por grupos de activistas que publicaron datos estadísticos sobre crímenes motivados por prejuicios contra minorías, y lograron credibilidad sobre la base de demostraciones empíricas acerca de la existencia y gravedad del problema¹³. Es significativo que la primera de estas leyes, la «Hate Crimes Statistics Act» de 1990, requería al fiscal general del estado (Attorney General) a reunir estadísticas completas sobre crímenes que evidencien prejuicios basados en la raza, la religión o la orientación sexual. El debate parlamentario no discurió inicialmente en el plano de la oportunidad de introducir un nuevo de agravante de racismo o xenofobia, sino sobre la cuestión fáctica de si realmente existía en la sociedad norteamericana una tendencia creciente a la comisión de delitos motivados por ese tipo de circunstancias y sobre qué método emplear para detectar y probar tales tendencias. De ahí que la primera norma aprobada (la Hate Crime Statistics Act) tuviese por objetivo establecer la metodología que pudiese demostrar este tipo de patrones criminalísticos, más que a corregirlos. Sólo después de ella fueron aprobadas las demás leyes propiamente penales.

La reorientación de la legislación y la jurisprudencia sobre la base de datos estadísticos es planteada por Lucke¹⁴ al hilo de otro caso: la

¹¹ SHAW, J., «Positive action for women in Germany: the use of legally binding quota systems». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.*, p. 394.

¹² Cfr. ATKINS, S., *op. cit.*, p. 435.

¹³ JENNESS, V., «Managing differences and making legislation: social movements and the racialization, sexualization and gendering of federal hate crime law in the U.S., 1985-1998». En *Social problems*. Núm. 46, vol. 4 (1999), p. 556. Un caso semejante es descrito por Manning. Se refiere el autor a la influencia que tuvo en la legislación el uso de información sobre las consecuencias del uso de energía nuclear por parte de grupos de activistas. Cfr. MANNING, P. K. «The limits of knowledge: the role of information in regulation». En HAWKINGS, K. y THOMAS, J. M. (eds.). *Making regulatory policy*, University of Pittsburgh Press, 1990, pp. 49-87.

¹⁴ Cfr. LUCKE, D., *Die angemessene Erwerbstätigkeit im neuen Scheidungsrecht. Zur soziologischen Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe*, Baden-Baden, Nomos-Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, 1982, pp. 18-19.

reforma del procedimiento de divorcio en 1977 en Alemania. Como observa esta autora, la reforma extendió al plano sociológico lo que hasta entonces se dirimía teniendo en cuenta casi exclusivamente las circunstancias individuales de los cónyuges, ya que el juez debía estimar las posibilidades de incorporación al mercado de trabajo de aquel de los cónyuges que se hubiese dedicado al cuidado de los hijos, dejando de lado una eventual carrera profesional. A partir de ese momento se volvió un argumento jurídicamente invocable la estadística de desempleo por grupos profesionales, por sexos, etc. Carbonnier, en Francia, plantea también la conveniencia de que los jueces resuelvan los procedimientos de separación y divorcio atendiendo no sólo a la información referida individualmente a los cónyuges sino teniendo en cuenta los datos estadísticos generales¹⁵.

Me parece oportuno prestar atención al caso español de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que en su artículo 25.3 establece que las tarifas de primas deberán ser suficientes para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y constituir las provisiones técnicas adecuadas¹⁶. La determinación de qué sistema de cálculo puede emplear cada una de las aseguradoras para prever la cobertura de las obligaciones contraídas no se deja a su disposición, sino que el Reglamento que desarrolla esta Ley establece la obligación de emplear un determinado método estadístico (art. 76.5), que es pormenorizadamente detallado en los artículos 77 a 80. El caso es relevante como ejemplo de una de las modalidades de integración de las estadísticas en la argumentación jurídica, según trataré de mostrar más adelante. Pero también porque de nuevo se plantea con ella la posibilidad de un trato diferenciado en función del sexo. Efectivamente, el artículo 34.1.b establece que dichas estadísticas, «En caso de que contengan probabilidades diferentes para cada sexo, deberán justificarse estadísticamente, sin que en ningún caso puedan incorporar el efecto del riesgo por embarazo y parto»¹⁷.

En dirección contraria, el Consejo de la Unión Europea aprobó el 13 de diciembre de 2004 la Directiva 14438/2004 que pretende ampliar la igualdad entre varones y mujeres desde el ámbito laboral a otros ámbitos de la vida cotidiana, entre ellos los seguros. La comisaria europea de empleo y asuntos sociales, responsable de esta iniciativa, defiende así esta medida: «La necesidad de esta provisión puede demostrarse fácilmente sustituyendo la palabra sexo por raza. ¿Admitiríamos que las personas de raza blanca pagasen diferentes primas de seguro que las de raza negra, aun habiendo evidencia estadística de que la esperanza de vida es más corta entre los negros? La respuesta

¹⁵ Cfr. CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 223 ss.

¹⁶ Según el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

¹⁷ Real Decreto 1318/2008, de 24 de julio, de modificación del Reglamento.

es rotundamente no. Entonces, ¿por qué debemos considerar aceptable esa misma discriminación entre hombres y mujeres? Cuando abordamos las consecuencias de la propuesta debemos tener en mente este principio fundamental»¹⁸.

El problema es paralelo al de la discriminación inversa hacia las minorías étnicas en Estados Unidos. La imagen del problema de la integración no siempre se corresponde con la realidad. En su investigación sobre las desigualdades entre minorías étnicas, Sowell¹⁹ descubrió que frecuentemente se hacen valer datos que en realidad no responden exclusivamente a la discriminación racial, sino a una combinación de razones. Por ejemplo, el nivel de renta medio de la minoría hispana es muy inferior al de la minoría judía, lo que permitiría suponer que los primeros sufren alguna forma de discriminación histórica. Pero la edad media de ambos grupos está en el primer caso alrededor de los 20 años y en el segundo por encima de 40. No es descabellado pensar que, dejando fuera de consideración la variable del origen étnico, las personas suelen tener a los 40 años un nivel de renta superior que a los 20. Tomar el dato estadístico bruto del nivel de renta y correlacionarlo con el origen étnico pero no con la media de edad y aceptarlo tal cual como demostración de la situación más desfavorecida de una minoría determinada puede llevar a una percepción errónea de los hechos, desvirtuándose así el argumento si llega a invocarse ante una eventual legislación antidiscriminatoria posterior. Que una disparidad estadística se transforme directamente en una discriminación en sentido jurídico es un salto en el vacío.

No todo dato estadístico debería valer directamente como argumento jurídico porque antes es necesario revisar si responde a criterios estadísticos de fiabilidad. Pero esto nos lleva a un nivel de análisis más serio, un nivel en el que difícilmente podremos soslayar la discusión técnica (tanto en el aspecto metodológico como en el sustantivo) de la investigación estadística. Pardolesi comenta que todo aquél que se embarca en este tipo de esfuerzo pasa por «la experiencia de que el máximo de eficacia, obtenido del inexorable recurrir a tablas y diagramas, está estrechamente ligado a la disponibilidad de una información completa, de esas que en la práctica se consiguen reunir, si es que se consigue, una vez resuelto el problema»²⁰. De ahí que la articulación de argumentos estadísticos y jurídicos no sea una cuestión pacífica y que haya quien, como Luhmann, considere que «por el momento, es imposible ver cómo se podrían relacionar cuestiones jurídicas, con la

¹⁸ DIAMANTOPOULOU, A., *Por un seguro sin discriminación sexual*. Artículo publicado en el diario «Cinco Días», 17 de diciembre de 2003.

¹⁹ Cfr. SOWELL, T., *Ethnic America*, New York, Basic Books, New, 1981.

²⁰ PARDOLESI, R., «Análisis económico del Derecho. ¿Un moderno minotauro en el laberinto?». En. VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 125. También a ello se refiere CARBONNIER en *Ensayos sobre las leyes*, Madrid, Civitas, 1998, p. 216.

precisión necesaria para la decisión, con teorías sociológicas o con métodos de investigación social empírica»²¹ y, respecto de la tendencia a argumentar jurídicamente a partir de datos sobre los efectos sociales de las normas, afirma Bengoetxea que «existen en esta sede numerosos problemas metodológicos»²². Sostiene Erickson, por el contrario, que a pesar de que la exigencia de rigor metodológico con que deben formularse los datos estadísticos pueda suponer una dificultad, «la falta de habilidad de los científicos sociales para explicar todos los aspectos del comportamiento humano no debería socavar las contribuciones que pueden hacer. No hay razón por la que la ciencia social descriptiva no pueda aportar las razones decisorias a las resoluciones judiciales normativas»²³.

3. LA COMUNICACIÓN ENTRE LA METODOLOGÍA JURÍDICA Y LA ESTADÍSTICA

Los primeros problemas de comunicación entre el método jurídico y el estadístico derivan del simple hecho de que los profesionales de cada uno de estos campos no están formados para procesar la información del otro. Dworkin afirma que el realismo jurídico trató de impulsar una metodología en la que se analizaran las instituciones jurídicas como procesos sociales, «pero descubrieron que los abogados no cuentan con la formación ni con el aparato estadístico necesario para describir instituciones complejas, a no ser de manera introspectiva y limitada»²⁴. Es la misma explicación que emplea Pardolesi para dar razón de la resistencia al método del análisis económico del derecho²⁵. De ahí que observe Bobbio que indagar sobre el porqué del cambio de papel del derecho en la sociedad nos llevará a plantearnos «las razones que hacen inaplazable un mayor contacto entre juristas y científicos sociales»²⁶.

Collins opina que tanto jueces como abogados suelen desatender las posibilidades que les ofrece el uso de datos estadísticos, y la única causa de ello es una cierta tradición de escepticismo hacia las ciencias sociales, unida a las carencias en la formación jurídica sobre los aspectos

²¹ LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 14.

²² BENGOETXEA, J., «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho». En *Telos. Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*. Vol. II. núm. 2 (diciembre de 1993), p. 45.

²³ ERICKSON, R. J. y SIMON, R. J., *The use of social science data in Supreme Court decisions*, Urbana, University of Illinois Press, 1998, p. 17.

²⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 47.

²⁵ Cfr. PARDOLESI, R., *op. cit.*, pp. 135 ss.

²⁶ BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p. 228.

tos de las ciencias sociales relevantes para el derecho²⁷. Razones semejantes llevarían a que el análisis económico del derecho invada sectores tradicionalmente jurídicos: «Los economistas han descubierto un nicho desocupado en la investigación jurídica, en concreto: la ausencia de razonamiento cuantitativo, y se están moviendo rápidamente para ocuparlo»²⁸. La menor autonomía de la ciencia jurídica frente a la economía es sólo una de las facetas del problema, que Luhmann ve en términos más amplios: «Los juristas, a los que resulta ajena la discusión sobre la planificación en la ciencia económica, en la ciencia política o en la sociología, suelen tener en general poca comprensión para las dimensiones de este problema»²⁹. Parafraseando a Holmes, si el jurista del futuro no desarrolla su capacidad para argumentar con estadísticas, puede ver cómo su lugar es ocupado por otros profesionales. De hecho, el incremento del número de causas en las que se argumenta sobre la base de pruebas estadísticas ha hecho necesario replantear la formación de los jueces estadounidenses, quienes contaban con pocas habilidades para seguir este tipo de razonamientos. De ahí que, por encargo del Federal Judicial Center, Kaye, Freedman y Rubinfeld publicasen una guía para el uso de estadísticas en la litigación³⁰. El Federal Judicial Center es la agencia de los tribunales federales de Estados Unidos dedicada a la formación e investigación.

Mientras el principio de jerarquía normativa garantiza que carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otras de rango superior, el examen de las normas desde su concordancia con hechos sociales probados estadísticamente no puede regirse por el mismo esquema. No está claro cómo los argumentos fácticos pueden integrarse con los normativos siguiendo ese mismo principio. Como dice Dworkin, «Tampoco es asunto de los jueces, particularmente en los casos constitucionales, anular las decisiones de otros funcionarios porque están en desacuerdo respecto de la eficiencia de las prácticas sociales»³¹. En efecto, la jerarquía normativa obliga a examinar la concordancia de las normas con otras de rango superior, pero no la concordancia con técnicas de control social probadamente eficaces de acuerdo a exigencias científicas. En un sentido muy próximo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que «no es de la competencia de este Tribunal, y menos aun en la resolución de un recurso de amparo, determinar las medidas concretas que el legislador o el apli-

²⁷ COLLINS, S. M., *op. cit.*, p. 572.

²⁸ COOTER, R. y ULEN, Th., *Law and economics*, London, Glenview, 1988, p. 9.

²⁹ LUHMANN, N., *op. cit.*, pp. 61-62.

³⁰ KAYE, D. H. y FREEDMAN, D. A., «Reference guide on statistics» y RUBINFELD, D. L. «Reference guide on multiple regression». Ambos publicados en VV.AA *Reference manual on scientific evidence*, Washington DC, Federal Judicial Center, 2000. (2nd edition). Hay disponible una versión electrónica en: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf)

³¹ DWORKIN, R., *op. cit.*, p. 329.

cadador de la ley pueden o deben adoptar en cumplimiento del deber de promoción de la igualdad real y efectiva que les impone el artículo 9.2 de la CE»³².

4. LA ARTICULACIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS EN EL MÉTODO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Hemos visto los casos de argumentación basada en estadísticas. Pasemos a considerar el caso de los principios. Hay tres sentidos que, según Pérez Luño, pueden asignarse a los principios: el metodológico, el ontológico y el axiológico³³. Es decir, como criterios de interpretación, como normas de aplicación directa, y como valores orientadores del ordenamiento. Propongo una leve reformulación de esta definición agrupando a los dos primeros en lo que podríamos llamar «función de consistencia interna del ordenamiento» y dejando el segundo como «función de legitimación externa», y con estas categorías retrocederé hacia la época de la formación del método jurídico contemporáneo para destacar la función que entonces se asignó a los principios.

El postulado básico sobre el que se sentaron las bases de este método fue que las dos funciones de los principios se consideraban indisolublemente unidas. Los valores socialmente vigentes se consideraban idénticos con las normas que ocupaban la cúspide en la jerarquía normativa, y esta jerarquización tenía además el sentido de que las normas de rango inferior guardaban con las superiores una relación de deducibilidad lógica. Es decir, que el sistema jurídico estará gobernado por una serie de máximas claramente comprensibles para todos los ciudadanos y que les permitirán juzgar las decisiones de los poderes públicos. Claro está que para que esto sea posible debe presuponerse una jerarquía lógica libre de error que lleve deductivamente de estos principios a cada decisión legislativa o gubernativa. Es decir, un método jurídico exacto, como explica Calvo: «El desarrollo de una nueva axiomática conceptual, perfilada como trasunto del método geométrico, conduce a un nuevo planteamiento: la construcción de un sistema conceptual simplificado que permite, primero, exponer sucintamente el contenido del derecho y, segundo, abrir unas posibilidades ilimitadas para resolver cualquier caso hipotético que pudiera presentarse con un reducido número de axiomas de carácter abstracto»³⁴.

³² STC 8/1986, de 21 de enero, F. J.º 7.

³³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1990, pp. 289-90.

³⁴ CALVO GARCÍA, M., *Ciencia jurídica y orden dogmático. Los fundamentos del método jurídico*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1991, p. 35.

En otras palabras, la necesidad de adaptación del derecho a un entorno social cambiante, o también la necesidad de resolver casos difíciles, conducirán inevitablemente a argumentaciones demasiado técnicas para la capacidad de comprensión de los ciudadanos, cuyo respaldo a la legitimidad del sistema no puede hacerse depender de un conocimiento detallado del ordenamiento. Cuál sea la cadena deductiva que va de los principios hasta las últimas consecuencias normativas puede quedar así más allá de la comprensión de la mayoría de los ciudadanos, y no podrá llevarse a cabo por ellos mismos por ser una forma de razonamiento muy especializado. Pero esta dificultad no puede afectar en ningún caso a la comprensión de los principios mismos, que debe ser accesible a cualquiera. Así los principios contribuyeron a que la función de estructuración lógica impregnara el método jurídico, dando lugar a la codificación, según explica Hassemer: «Un sistema codificado permite simplificar, como hemos descrito, las exigencias de legitimación de las decisiones jurídicas sólo cuando se entiende que la norma recogida en los códigos representa principios jurídicos aceptados. La apelación a la norma significa entonces, al mismo tiempo, apelar al principio jurídico del que la norma es portadora. Mediante la norma se traspa de los principios a la decisión la orden o indicación que ha de resolver ésta»³⁵.

Con el tiempo se han alterado estos presupuestos metodológicos, y el cambio no consiste en un mero retoque sino, como afirma Calvo, «una auténtica revisión de los fundamentos del método jurídico»³⁶. Las dimensiones de este cambio son varias, pero por lo que afecta a la articulación argumentativa de normas, principios y estadísticas quisiera fijar mi atención en una de ellas. Bobbio ha llamado la atención sobre el hecho de que la metodología jurídica ha atravesado diversas fases en función de la emulación que ha hecho del método de otras ciencias, entre las que cita a las matemáticas, la historiografía, la historia natural (ciencias descriptivas y taxonómicas), las ciencias de la cultura, las ciencias naturales explicativas (física, química o biología) o la lingüística³⁷. Pero podríamos también destacar la falta de un paralelismo con la metodología económica. La propia etimología de la palabra *economía* nos lleva a focalizar la atención en la conducta individual, pues se trata de la administración *doméstica*. La relevancia histórica de la fisiocracia o de los ensayos sobre la riqueza de las naciones al estilo de Adam Smith está en que introdujeron un nuevo paradigma al poner en el centro de atención los factores públicos, colectivos, que explican el desarrollo económico, en lugar de situar a la acción individual como explicación de la riqueza. De ahí que se hable del nacimiento de la economía *política*, como forma de marcar la diferencia con

³⁵ HASSEMER, W., «Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Debate, 1992. pp. 206-07.

³⁶ CALVO GARCÍA, M., *op. cit.*, p. 75.

³⁷ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 99-100.

la anterior acepción de la palabra. La teoría de la mano invisible conlleva la presuposición de que la ciencia económica no puede partir de la calificación moral de la acción individual y generalizar este criterio para explicar los resultados a escala social, ya que el hecho de que cada cual persiga su propio interés puede resultar colectivamente beneficioso. Lo relevante no es la corrección de la teoría de la mano invisible, porque la moderna teoría de juegos puede llegar a conclusiones muy diferentes pero se sigue formulando sobre la misma presuposición: el comportamiento óptimo desde el punto de vista del agente individual puede resultar contraproducente para el conjunto de actores porque no son conscientes de los efectos de la interacción de sus acciones.

Mientras Aristóteles podía plantearse la licitud o ilicitud de la economía especulativa frente a la productiva en términos de rectitud moral de la acción individual, la economía política indaga fenómenos como la relación entre la política monetaria y los fenómenos inflacionarios, relación que explica las tendencias del mercado en su conjunto, más allá de las reacciones individuales a las variaciones de precios. La rectitud moral del préstamo con interés es juzgada desde Aristóteles hasta el Renacimiento en cuanto acción individual, mientras que los efectos globales que este juicio tiene sobre el bloqueo de las posibilidades de desarrollo económico debido a la falta de un sistema financiero sólido pasan desapercibidas. La ciencia económica, por tanto, se desarrolló en la medida en que cambió su objeto de atención y con ello pudo procesar información sobre el comportamiento económico del conjunto social. De ahí al desarrollo de metodologías para analizar las interacciones entre variables económicas generales (tasas de desempleo, de inflación, de retorno de capital, etc.) sólo quedaba el obstáculo de alcanzar la suficiente capacidad técnica para obtener tal información, que es en lo fundamental de tipo estadístico.

Este cambio metodológico en la ciencia económica no ha tenido un paralelo en la ciencia jurídica. En el momento en que se sentaron las bases de la metodología que surge alrededor de la codificación no había a disposición de los legisladores y de la opinión pública datos de tipo estadístico sobre la realidad social global al nivel que los hay actualmente, y por ello no podían tampoco incorporarse apenas a la argumentación jurídica. Sin embargo, la creciente disponibilidad de este tipo de información puede afectar a la concepción del funcionamiento de las normas. El principio de generalidad de la ley puede operar de forma distinta cuando no disponemos de datos que nos describan la totalidad de casos y cuando sí tenemos esa información. Si partimos de la primera posibilidad, se define entonces cuál es la conducta debida en el caso típico y este es el criterio que habrá de mantenerse en todos los casos que se presenten, con independencia de cuál sea finalmente el número total de casos en que se aplique la norma. El criterio mediante el que se fija la conducta debida tiene que ser deducible de los principios de justicia que informan el sistema, según lo expuesto anteriormente.

Supongamos ahora que conocemos el total de casos de una categoría dada. La formulación de la norma que los regule puede entonces tomar en consideración cuál haya de ser el criterio normativo que consiga incrementar o reducir el número total de casos resultantes, y ese criterio normativo puede diferir sustancialmente del criterio que nos habría parecido pertinente a la hora de juzgar una acción individual. Cuando se está en disposición de comparar cada caso individual con el total de casos de la misma categoría pueden llegar a ser contrapuestas la generalización en forma de definir un criterio justo para el caso típico y la que trata de lograr una modificación en el número total de casos. Desde el punto de vista de la conformidad de una acción individual con principios generales de justicia, que en el total se dé un mayor o menor número de casos de un tipo más grave no hace más grave a cada uno de los casos.

El incremento de la capacidad de control por el desarrollo de la administración pública moderna y el incremento de información sobre la eficacia social de las normas explorada por las ciencias sociales hacen que las expectativas se vean reformuladas de modo que la evaluación social de la legitimidad de las normas dependa menos de valorar aisladamente la acción típica en función de su concordancia con principios de justicia y más de su capacidad para provocar efectos sociales globales estimados como beneficiosos. Pero la integración de estadísticas en la argumentación jurídica puede ser problemática porque la metodología jurídica clásica fue definida para poder establecer el criterio con que habrá de ser juzgado un caso, teniendo presente que el caso debe poder ser aislable del conjunto de circunstancias sociales y tratado como una individualidad. En la realidad, ninguna acción es una mónada, un átomo aislado e independiente del sistema de relaciones sociales, pero para que la solución de los conflictos sea decidible es preciso que haya también una resolución individualizada³⁸. Sin embargo, la estadística nos aporta información sobre el sistema social en su conjunto. Y no siempre es lógicamente consistente asignar las características de un conjunto a cada uno de los elementos que lo componen.

5. LA ARGUMENTACIÓN CON ESTADÍSTICAS COMO DIRECTRICES

Para analizar el tipo de estructura argumentativa implicado en la incorporación de datos estadísticos en la metodología jurídica voy a

³⁸ Cfr. al respecto GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «El axioma liberal individuo-sociedad y sus consecuencias para el control formal». En AÑÓN, M. J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P. (Coordinadores), *Derecho y sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 425-434.

tomar como punto de partida la tipología de los enunciados jurídicos de Atienza y Ruiz Manero. La argumentación con estadísticas podría ser incluida, según lo casos, entre las directrices de mandato o entre las directrices permisivas. Los elementos implicados en este tipo de enunciados son a) estructura condicional que vincula un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, b) condición de aplicación abierta, c) modelo de conducta abierto. No definen qué conducta debe seguirse para alcanzar el estado de cosas fijado como objetivo y d) ordenan (de mandato) o permiten (permisivas) procurar alcanzar un estado de cosas en la mayor medida posible, por lo que admiten modalidades graduables de cumplimiento³⁹.

Los principios jurídicos, a diferencia de las directrices, establecen que debe seguirse un determinado modelo de conducta definido de forma cerrada⁴⁰. Por tanto, salvo que concurran otros principios de mayor peso, debe cumplirse de manera plena. Las reglas de fin, también a diferencia de las directrices, establecen de manera cerrada el estado de cosas que se debe alcanzar. No cabe ponderación para valorar su cumplimiento en la mayor medida posible. Las directrices, sin embargo, están configuradas de manera máximamente flexible. Esto permite que su cumplimiento esté abierto a diversas variables por dos flancos. En el flanco que podríamos llamar «retrospectivo», si concurren con principios deben ceder ante éstos. En el flanco «prospectivo», la oportunidad de su cumplimiento, la definición de la conducta a seguir y el grado de logro del estado de cosas final queda vinculado a consideraciones tanto normativas como fácticas. Y esto permite que una argumentación basada en estadísticas que constaten un estado de cosas pueda integrarse con la consideración normativa en el cumplimiento de la norma. Ahora bien, y esto es lo más importante, existe un nexo lógico entre el aspecto «retrospectivo» y el «prospectivo». Cuanto más peso tengan las consideraciones fácticas de oportunidad, más ceñida queda la directriz en su limitación por los principios. Y esto nos lleva a la relación entre directrices y principios.

Existe un vínculo entre la apertura a condiciones fácticas de oportunidad y la delimitación por los principios, como afirman Atienza y Ruiz Manero: «los principios [jurídicos] están conectados con la realización de todas las funciones sociales desempeñadas por el derecho, pero aquí nos interesa sólo la que tiene que ver con la utilización del

³⁹ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas...* cit., pp. 167 ss.

⁴⁰ La diferencia entre principios y directrices, por más que reciba otras denominaciones, es comúnmente aceptada. Así se refiere a ella, por ejemplo, Larenz: «Los principios ético-jurídicos son pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden “justificar” decisiones jurídicas. Se distinguen de los principios técnico-jurídicos, que se basan en razones de oportunidad, por su contenido material de justicia; por este motivo pueden ser entendidos como acuñaciones y especificaciones especiales de la idea del Derecho, tal como ésta se muestra en la conciencia jurídica general en este grado de evolución histórica». LARENZ, K., *op. cit.*, p. 418.

poder para realizar ciertos objetivos sociales (para configurar las condiciones de vida de la sociedad) y con su legitimación y control (...). La primera de estas funciones –o, si se quiere, el lado positivo de esa función compleja– se conecta con la nueva realidad del Estado contemporáneo –del Estado del bienestar– que genera un Derecho que no se conforma ya con desempeñar las clásicas funciones de represión y garantía, sino que pretende operar también como una técnica de ingeniería social (...). Ahora bien, junto con esta tendencia a acrecentar –por así decirlo– el poder del Derecho en la sociedad, aumenta también la demanda de que ese poder esté limitado por criterios morales que los ordenamientos incorporan bajo la forma de derechos humanos o derechos fundamentales. Por eso, los principios jurídicos (...) encuentran una formulación cada vez más explícita en las declaraciones de derechos recogidas en las Constituciones»⁴¹. Ya en la declaración francesa de derechos de 1789 se pusieron éstos a la cabeza del sistema jurídico como principios de legitimación. Señala también Atienza que actualmente la legitimación de los poderes públicos depende de que alcancen objetivos sociales sin vulnerar derechos fundamentales. «El logro de este difícil equilibrio –que viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo– dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos»⁴².

Luhmann lo plantea en términos semejantes. Cuando se consideran excepciones a una norma en consideración a los efectos indeseables que podría producir el mantenimiento inflexible de la misma es necesario distinguir los argumentos de principio que justifican la norma de las particulares condiciones de aplicación: «La regla puede tener una validez y observancia general aun no siendo aplicada a todos los casos individuales. Esto exige, en comparación con las normas que valen sin excepción, un mayor grado de abstracción para la justificación de la regla, una formulación más abstracta de la *ratio legis*»⁴³. La evolución hacia un derecho que reintegra en la argumentación jurídica las consecuencias sociales de la aplicación de la norma debe hacerse reforzando el papel de los principios en la argumentación jurídica.

6. LA ESPIRAL DE LOS EFECTOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

En la actualidad se ha estrechado el círculo mediante el cual los datos sobre los efectos sociales de las normas son reintroducidos por los poderes públicos en la política legislativa, produciéndose nuevos efectos cuya constatación nos devuelve al principio del círculo. Se

⁴¹ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas...* cit., p. 25.

⁴² Ídem. p. 25.

⁴³ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 62.

sucedan cada vez más rápidamente las reformas tributarias, laborales o incluso penales al hilo de nuevas estadísticas sobre recaudación, desempleo o victimología. Las exposiciones de motivos de estas leyes no ocultan este origen de las razones del legislador. Pero no queda nada claro que este círculo esté gobernado por argumentos de principio. Como argumenta Febrajo, «Las consecuencias producen consecuencias, y de consecuencia en consecuencia uno se da cuenta al final todo puede influir en todo en el cuadro de la sociedad. El investigador tiene, pues, necesidad de criterios, de puntos de vista para interrumpir en algunos puntos el razonamiento funcionalista; porque las consecuencias pueden seguirse remitiendo unas a otras hasta el infinito»⁴⁴. Es el problema que se conoce como «espiral de los efectos», al que también se ha referido Atienza⁴⁵. El incremento de información sobre los resultados de las decisiones en el entorno social abre la posibilidad de adoptar decisiones más ajustadas, que una vez ejecutadas nos llevan a una mayor información sobre los resultados..., y así sucesivamente⁴⁶.

Desde el momento en que se pierde la capacidad de controlar desde la propia norma el conjunto de hechos relevantes y, con ello, las consecuencias relevantes dentro de la ilimitada red de la causalidad, sólo quedan posibilidades reales de resolver –de adoptar una decisión para un caso– desde criterios de valoración económicos, políticos o sociológicos que son aducidos de forma casuística, coyuntural y asistemática. Coincide también en este punto Bengoetxea: «No se funciona sobre la base de una mayor o menor probabilidad de las consecuencias ni sobre un cálculo de probabilidades con base en inducciones a partir de datos acumulados previamente sobre las repercusiones de decisiones similares anteriores, sino que se postulan dichas repercusiones como suposiciones, o en el mejor de los casos, como hipótesis basadas en el sentido común»⁴⁷. En ningún caso, como digo, argumentos de principio. Frente a esta tendencia Luhmann cree que las posibilidades de supervivencia del modelo clásico de la metodología jurídica ya no pueden prorrogarse más tiempo. «La técnica jurídica liberal, la libertad para conectar la elección del criterio de optimización a condiciones colaterales, probablemente ha llegado ya a sus límites. No se pueden multiplicar a discreción tales condiciones colaterales, sino que en definitiva se ha de buscar una expresión del interés de regulación en un nivel de agregación más

⁴⁴ FEBRAJO, A., «Funcionalismo sociológico y aplicación del derecho». En VV. AA. *La crisis del derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995. p. 161.

⁴⁵ ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997. p. 46.

⁴⁶ Sobre la espiral de los efectos en las decisiones jurídicas, Cfr. BÜLLESBACH, A. «La ciencia jurídica ante las ciencias sociales». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W., *op. cit.*, p. 372 ss.

⁴⁷ BENGOETXEA, J., *op. cit.*, p. 45.

elevado»⁴⁸. En otros términos; todo intento de abrir el sistema jurídico al examen de los efectos sociales de las normas evaluados estadísticamente tiene que hacerse llevando a un mayor grado de abstracción los principios básicos de este sistema.

Si se utiliza la información estadística sobre los efectos de las normas como criterio de decisión y, al mismo tiempo, se intenta mantener un control normativo de las decisiones, sólo quedan –como argumenta Luhmann– «tres salidas: o bien la decisión será programada detalladamente (hasta el nivel de computadora) por vía legislativa; o se postula un orden transitivo de todos los valores relevantes, o se procede de manera oportunista, es decir, se toman las decisiones basándose en criterios indeterminados y mudables en cada caso y sólo para cada caso»⁴⁹. La primera opción creo que ha quedado bien representada en la legislación sobre el seguro privado que he comentado anteriormente: unas instrucciones extraordinariamente pormenorizadas a las compañías de seguros sobre cómo establecer el cálculo de las primas mediante unas técnicas estadísticas específicas, en lugar de unas normas generales sobre contratos de seguro.

La última opción significa la renuncia al principio de generalidad de la ley si se adopta como criterio constante. Supone un ordenamiento extremadamente casuístico y en absoluto gobernado por principios. La primera opción tampoco es realizable como único criterio, porque la inflación normativa que provocaría haría inviable un control social eficiente. La regulación tan detallada de cómo valorar las consecuencias de las estimaciones estadísticas que hacía la legislación de seguros puede ocurrir en puntos localizados del sistema jurídico, pero de generalizarse haría a éste inabarcable. Queda la segunda opción, que consiste en delimitar un conjunto cerrado de criterios de valoración de las consecuencias y jerarquizarlo internamente. Este conjunto, dispuesto a priori, permite restringir el campo de los efectos sociales de las normas que merecen consideración, porque muchos de ellos quedarían descartados desde el inicio, y la relación causal infinita de la espiral de los efectos sería sustituida por jerarquías de valoración.

En el caso ya citado de la Federal Hate Crime Law en Estados Unidos uno de los problemas que se plantean es el de la construcción de la imagen social a partir de datos estadísticos dispersos. El hecho de que algunos grupos de activistas se movilizasen para llamar la atención sobre ciertas tendencias criminológicas deja abierta la duda de qué otras tendencias no han llamado la atención pública (y, especialmente, de los legisladores), simplemente porque no ha habido datos al respecto. Parecidos son los casos de la legislación para lograr la paridad representativa por sexos. El razonamiento es que con las normas electorales vigentes se produce como resultado una infrarrepresenta-

⁴⁸ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 86.

⁴⁹ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 67.

ción política de las mujeres, desigualdad que está estadísticamente probada. Como ese hecho se considera (con razón) injusto, se establece una norma orientada a producir el resultado de la paridad. Pero no se plantea, al mismo tiempo, el problema social global de la infrarrepresentación de otros grupos. Por ejemplo, la de la población rural frente a la urbana. ¿Cómo se acotan aquí las consecuencias relevantes? ¿Por qué son relevantes los datos de infrarrepresentación femenina pero no los de la rural? ¿Cómo resolver el problema de la doble infrarrepresentación de la mujer rural? ¿Debe legislarse en la dirección marcada por el grupo de presión que aporte datos y olvidar a aquellas otras direcciones de las que no hay información? Estas preguntas no han tenido respuesta porque, como ya he comentado, la mayor parte de la argumentación a partir de estadísticas se atiene a una estimación de los resultados de las normas basada en una percepción superficial del asunto. Pero la reflexión metodológica no puede pasarlas por alto.

Una vía de solución del problema, además de las propuestas por Luhmann, es tratar el problema del criterio de delimitación de las consecuencias relevantes como una cuestión de responsabilidad política, como hace Lacey⁵⁰. Nonet y Solznick incluso ven con optimismo el proceso por el que el derecho se va volviendo un sistema abierto, enriqueciendo sus fuentes y sus presupuestos cognitivos, y perdiendo su anterior autonomía. Se vuelven a integrar, además, los juicios morales con los jurídicos, la participación jurídica y la política, y el derecho se vuelve sensible, capacitado para dar una respuesta ágil a los problemas sociales⁵¹. En mi opinión, estas soluciones representan muchos más problemas de los que pueden llegar a resolver. Fundamentalmente por cómo se resentirían las garantías de los derechos fundamentales. Pero también por la complejidad de los procedimientos de legitimación del poder, que dejarían por esa razón un margen excesivo a la arbitrariedad. No creo que sea necesario argumentar demasiado sobre la necesidad de preservar las conquistas básicas de la seguridad jurídica contemporánea.

7. CONCLUSIÓN

En la línea que argumenta Habermas, pienso que la tensión entre la seguridad aportada por la metodología jurídica tradicional y la tendencia a introducir razonamientos de oportunidad a partir de datos estadísticos asumidos acríticamente ha llegado a su punto máximo.

⁵⁰ Cfr. LACEY, N., «From individual to group?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.*, p. 120.

⁵¹ NONET, P. y SELZNICK, P., *Law and Society in transition: toward responsive law*. New York, Harper and Row, 1978, pp. 110 ss.

«Escindidas y desgarradas así entre facticidad y validez la teoría de la política y la teoría del derecho se disgregan hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos»⁵².

Pero la integración metodológica debe hacerse de modo que se puedan controlar normativamente las consecuencias jurídicamente relevantes, sin que queden indeterminadas y sin que queden tampoco completamente supeditadas a razones políticas coyunturales. En el caso de las medidas de acción positiva o discriminación inversa, Estados Unidos ha priorizado hasta ahora las emprendidas contra discriminaciones por razón de sexo, de raza o de discapacidad. Pero ha habido allí propuestas para extenderlas a la gente de baja estatura y a los obesos⁵³, que también padecen discriminaciones y pueden tener más dificultades para incorporarse al mercado laboral (y hay estudios que aportan datos estadísticos que muestran efectivamente esas dificultades). El problema es dónde trazar un límite, porque ¿qué nos permite descartar que alguien aporte estadísticas sobre la menor integración de los tímidos? La hipótesis no es más que una ironía para poner de manifiesto que antes de llegar a tal extremo debe haber un criterio que fije con claridad hasta dónde las estadísticas se aceptarán como argumento jurídico relevante. En otro caso, la espiral de los efectos no podrá ser detenida.

La respuesta a este problema, como ya he adelantado, sólo puede ser normativa. Las ciencias sociales no pueden suministrar ese criterio, que debería estar controlado desde principios jurídicos. Como dice Luhmann, «si se considera que las consecuencias son siempre aspectos artificialmente aislados de una realidad futura, el problema de la justificación de la decisión se desplaza a las condiciones de tal aislamiento y retorna así a los fundamentos dogmáticos del sistema. Si es que alguien puede hacerlo, es la dogmática quien ha de fundamentar y limitar el empleo de las expectativas de consecuencias como criterios de decisión, no al revés»⁵⁴. Pero al mismo tiempo la metodología jurídica debe ser capaz de manejar con solvencia información sistematizada y científicamente acreditada sobre los efectos sociales de las normas, información que se suele formular en términos estadís-

⁵² HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 1998, p. 68.

⁵³ Cfr. MILLER, Paul S., «Coming up short. Employment discrimination against little people». En *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Núm. 22 (1987), y «Fat people's fight against job bias». En *US News & World Report*, 5 de diciembre de 1977, pp. 78-80.

⁵⁴ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 71.

ticos. Las señaladas carencias formativas de los juristas en este campo no hacen más que abrir brechas para la penetración de argumentos formulados en otras ciencias y no gobernados por principios jurídicos, como ha venido ocurriendo con el análisis económico del derecho. Es de celebrar la abolición de la pena de muerte en Nuevo México el 18 de marzo de 2009, pero no tanto que los argumentos utilizados para ello fueran fundamentalmente de eficiencia económica. Poco ayuda tampoco que el legislador ampare con argumentos estadísticos formas de discriminación por razón de sexo en el ámbito penal, donde el garantismo debiera ser máximamente exigente, y que luego sea respaldada en sede constitucional con una «confusa motivación, huera retórica y notable ambigüedad»⁵⁵.

Las consecuencias de incorporar a la metodología jurídica procedimientos de verificación de los efectos sociales de las normas controlados desde las mismas normas serían varias, pero quiero destacar fundamentalmente dos. En primer lugar, evitar que la proliferación de argumentos oportunistas llegue a amenazar algunos principios de legitimidad propios de la cultura jurídica democrática. Una persona poco sospechosa de inmovilismo en lo metodológico como Calsamiglia, que ha situado a la eficacia entre los componentes de la justicia, observa que «Argumentos de oportunidad, agilidad o finalidad han producido una tendencia al casuismo y al activismo. La recuperación de la previsibilidad, la certeza y la seguridad jurídica es tarea prioritaria, puesto que la disolución de estos valores supone la de los derechos y del Derecho»⁵⁶. La segunda consecuencia es que una metodología jurídica capaz de integrar información sistematizada sobre los efectos sociales de las normas tendería a atenuar la brecha entre principios de legitimación del sistema jurídico que en ocasiones tienen más de declarativo que de eficaz y los efectos reales del modo en que se aplican las normas, punto este sobre el que también ha llamado la atención Habermas⁵⁷. El objetivo es, por tanto, un reforzamiento del papel de los principios en la argumentación jurídica que satisfaga las exigencias normativas del ordenamiento tanto como las descriptivas de una adecuada concordancia con la realidad social.

⁵⁵ Según la expresión de Abel Souto, haciéndose eco de Díaz-Maroto y Villarejo o de Landrove Díaz. Cfr. ABEL SOUTO, M., «Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre». En CUERDA ARNAU, M. L. (Coordinadora), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, Tomo I. p. 87.

⁵⁶ CALSAMIGLIA, A., *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 1997 (2.ª ed.), p. 34.

⁵⁷ HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 106.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., «*Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*». En CUERDA ARNAU, M. L. (Coordinadora), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (2.^a reimp.).
- *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.
- ATKINS, S., «Teaching and research: where should we be going?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. M., *Discrimination: the limits of law*, London, Mansell, 1992.
- BENGOETXEA, J., «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho». En *Telos. Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*. Vol. II. núm. 2 (diciembre de 1993).
- BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*. Ed. Fernando Torres. Valencia, 1980.
- BÜLLESBACH, A., «La ciencia jurídica ante las ciencias sociales». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992.
- CALSAMIGLIA, A., *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. Ed. Fontamara. México, 1997 (2.^a ed.).
- CALVO GARCÍA, M., *Ciencia jurídica y orden dogmático. Los fundamentos del método jurídico*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1991.
- CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982.
- *Ensayo sobre las leyes*, Madrid, Civitas, 1998.
- COLLINS, S. M., «The use of social research in the courts». En EVAN, W. M (ed.). *Law and sociology*, New York, The Free Press of Glencoe, 1979.
- COOTER, R. y ULEN, Th., *Law and economics*, London, Glenview, 1988.
- DIAMANTOPOULOU, A., *Por un seguro sin discriminación sexual*. Artículo publicado en «Cinco Días», 17 de diciembre de 2003.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ERICKSON, R. and SIMON, R. J., *The use of social science data in Supreme Court decisions*, Urbana, University of Illinois Press, 1998.
- FEBRAJO, A., «Funcionalismo sociológico y aplicación del derecho». En VV.AA. *La crisis del derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995.
- GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «El axioma liberal individuo-sociedad y sus consecuencias para el control formal». En AÑÓN, M. J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P. (Coordinadores), *Derecho y sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta. Madrid, 1998.

- HASSEMER, W., «Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. *op. cit.*
- HOLMES, O. W., *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- JENNESS, V., «Managing differences and making legislation: social movements and the racialization, sexualization and gendering of federal hate crime law in the U.S., 1985-1998». En *Social problems* núm. 46, vol. 4 (1999).
- KAYE, D. H. y FREEDMAN, D. A., «Reference guide on statistics». En VV.AA. *Reference manual on scientific evidence*, Washington DC, Federal Judicial Center, 2000. (2.nd edition).
- LACEY, N., «From individual to group?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.* p. 120.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- LUCKE, D., *Die angemessene Erwerbstätigkeit im neuen Scheidungsrecht. Zur soziologischen Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe*, Baden-Baden, Nomos-Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, 1982.
- LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MANNING, P. K., «The limits of knowledge: the role of information in regulation». En HAWKINGS, K. y THOMAS, J. M. (eds.). *Making regulatory policy*. University of Pittsburgh Press, 1990.
- MILLER, Paul S., «Coming up short. Employment discrimination against little people». En *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Núm. 22 (1987).
- «Fat people's fight against job bias». En *US News & World Report*, 5 de Diciembre de 1977.
- NONET, P y SELZNICK, P., *Law and Society in transition: toward responsive law*, New York, Harper and Row, 1978.
- PARDOLESI, R., «Análisis económico del Derecho. ¿Un moderno minotauro en el laberinto?». En VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1990.
- RUBINFELD, D. L., «Reference guide on multiple regression». En VV.AA. *Reference manual on scientific evidence*, Washington DC, Federal Judicial Center, 2000 (2.nd edition).
- SHAW, J., «Positive action for women in Germany: the use of legally binding quota systems». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.*
- SOWELL, T., *Ethnic America*, New York, Basic Books, 1981.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable¹

Por JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI
Universidad de Málaga

«El hecho es que cada escritor crea sus precursores.»
J. L. Borges, «Kafka y sus precursores»,
en *Otras Inquisiciones* (1952).

RESUMEN

Los trabajos de Luis Recaséns Siches sobre interpretación jurídica suelen mencionarse como una de las primeras contribuciones a la moderna teoría de la argumentación jurídica. Este artículo explora las conexiones entre las teorías de la razón práctica –que recibe el significativo nombre de «logos de lo razonable»– y la interpretación jurídica en la obra de Recaséns, así como aquellos aspectos de la moderna teoría de la argumentación jurídica que están ya anticipados en sus tesis.

Palabras clave: *Recaséns; teoría de la argumentación jurídica; racionalidad; razonabilidad.*

ABSTRACT

The works of Luis Recaséns Siches on legal interpretation are usually mentioned as one of the first contributions to the modern theory of legal rea-

¹ Agradezco al Prof. José Calvo González los comentarios y sugerencias (entre otras, el propio título) que realizó a la primera versión de este trabajo.

soning. This paper explores the connections between the practical reason theory –meaningfully so-called «logos of the reasonable»– and legal interpretation theory in the works of Recaséns, just as those aspects of the modern legal reasoning theories that are already anticipated in his opinions.

Key words: Recaséns; theory of legal reasoning; rationality; reasonableness.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.–2. EL LOGOS DE LO RAZONABLE: a) *Los datos de la experiencia jurídica;* b) *La ontología de los problemas humanos;* c) *El contenido del logos de lo razonable.*–3. EL LOGOS DE LO RAZONABLE COMO TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: a) *El logos de lo razonable y los métodos de la interpretación jurídica;* b) *Interpretación y argumentación jurídica según el logos de lo razonable.*–4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Las consecuencias teóricas de la crisis del primer formalismo jurídico pueden resumirse en la aceptación generalizada de dos tesis: por un lado, la indeterminación o textura abierta del lenguaje jurídico, en tanto que lenguaje natural; y, por otro, el hecho de que los órdenes jurídicos reales no satisfacen los postulados de plenitud y coherencia, que si no eran propugnados explícitamente, estaban presupuestos en la teoría mecanicista de la aplicación jurídica. Las tesis antiformalistas, en definitiva, pusieron de manifiesto el carácter abierto y creativo del razonamiento jurídico y su conexión con el razonamiento práctico (moral, político). Bajo la influencia del relativismo y el escepticismo éticos, aparecen las corrientes irracionalistas (Kelsen, Ross), que veían en la interpretación y aplicación del Derecho un mero acto de decisión, bien al estipular o decidir entre los distintos posibles el significado de una disposición legal, bien al determinar la norma aplicable al caso concreto. Por su parte, las teorías de la argumentación jurídica pueden considerarse como una alternativa superadora de ambos planteamientos, el determinismo formalista y el irracionalismo: tomando como punto de partida que, efectivamente, la aplicación e interpretación del Derecho implican la toma de decisiones, ello no significa que éstas no puedan ser identificadas y justificadas con buenas razones. La evolución de estas teorías desde sus primeros –y erráticos– estadios hasta nuestros días ha sido enorme, hasta el punto de poder hablar de un enfoque argumentativo en el estudio del Derecho. Entre las contri-

buciones más significadas en la gestación de este paradigma argumentativo se encuentra la de Luis Recaséns Siches.

La importancia de su figura de Luis Recaséns Siches en la Filosofía del Derecho española e hispanoamericana del siglo xx está fuera de toda duda. Formado junto a los grandes maestros europeos de la disciplina (Stammler, del Vecchio, Kelsen) y en España con Ortega y Gasset, Recaséns recaló en México al estallar la guerra civil². Allí desarrolló una extensa obra a la que nunca se le ha hurtado un merecido reconocimiento. Se advierte, sin embargo, cierto olvido –que es preterición absoluta en la literatura no hispana³– en relación a sus aportaciones a la moderna teoría de la argumentación jurídica. Resulta sorprendente que, al margen de algunas menciones⁴ que sitúan a Recaséns junto a Viehweg, Perelman o Toulmin⁵, considerados unánimemente como precursores de la disciplina, pase casi inadvertida en los estudios dedicados a la obra⁶ de este autor su importante contribución a la moderna teoría de la argumentación jurídica.

Ciertamente, Recaséns era un perfecto conocedor de la literatura científica sobre la cuestión –de los autores mencionados y de otros muchos que con anterioridad habían preparado el camino de los teóricos de la argumentación (corrientes antiformalistas, hermenéuticas, etc.)– como evidencian las centenares de páginas que dedica al análisis y destilado de las ideas que habrán de servirle como punto de partida de su propia concepción del razonamiento jurídico: una concepción que puede ser calificada como el germen de una teoría de la argumentación jurídica, al menos en el mismo sentido en que lo son las Viehweg y Perelman. Ahora bien, los trabajos de Recaséns sobre el razonamiento y la argumentación en el ámbito jurídico en modo alguno pueden verse como una mera reproducción de las obras de Viehweg o Perelman; al contrario, y a pesar de las similitudes, en su

² Sobre la actividad política de Recaséns durante la II República española, véase Rivaya (2001).

³ Los trabajos generalistas de Neumann (1986) y Feteris (1999) ni siquiera lo mencionan.

⁴ *Vid.*, entre otros, García Amado (2000: 103), Bazán/Madrid (1991: 68, 74) o Atienza (1987: 190), (1989: 93) y (1996: 229), que ha pasado de considerarlo casi un autor secundario (1997: 50) a calificarlo «sin duda, como uno de los precursores de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica» (2006: 40, nota 11). Excepcionalmente, Gascón Abellán/García Figueroa (2005: 84 y ss.) le dedican un breve apartado en el epígrafe dedicado a los inicios de la teoría de la argumentación jurídica.

⁵ Las similitudes de la obra de Recaséns con la de Viehweg y con las de autores posteriores, como Alexy, ha sido apuntada por Atienza (1997: 50 y 2006: 40, nota 11, respectivamente).

⁶ Esta omisión resulta comprensible en los primeros estudios, coetáneos de los primeros desarrollos de la teoría de la argumentación; *vid.*, por ejemplo, González Díaz-Llanos (1968); De Castro (1974); Lorca Navarrete (1979); Bueno (1980) o Contreras Hauser (1983). Quizás en los más recientes sea donde la ausencia de referencias a este aspecto de la obra de Recaséns es más llamativa; *vid.* Becerra Bazal (1990); Palomino Tapia (1990); Núñez Carpizo (2001); Molina Piñeiro *et al.* (2003) y De Castro (2004).

Nueva filosofía de la interpretación del Derecho, publicada en 1956⁷, aparecen ya elementos distintivos que confieren a sus tesis una indiscutible originalidad y singularidad.

Recaséns articula sus estudios sobre interpretación y argumentación jurídica en torno a la idea del *logos* de lo humano o *logos* de lo razonable, en contraposición a la idea de lo racional, en un sentido estrictamente lógico. Como el resto de los considerados precursores de la teoría de la argumentación jurídica, rechaza frontalmente que la lógica deductiva proporcione un modelo adecuado para el razonamiento jurídico o que incluso ésta juegue un papel importante para el mismo. Igualmente crítico se muestra con la teoría del silogismo jurídico. A estas alturas resulta generalmente admitido que este tipo de críticas, tan frecuentes entre los autores antiformalistas, no fueron atinadas, incurriendo no pocas veces en excesos retóricos que conducen a errores teóricos en relación con los aspectos formales del razonamiento jurídico. Será la segunda generación de teóricos de la argumentación –Alexy, MacCormick, Aarnio o Peczenik– la que ponga orden en esta discusión.

Los comienzos de la teoría de la argumentación jurídica suelen ir asociados a dos corrientes de pensamiento: de un lado, el intento de superación de la estrecha concepción de la racionalidad resultante del positivismo cientificista, que la había reducido al principio de verificación y a la lógica formal, desterrándola del ámbito de la filosofía práctica; de otro lado, el abandono en la Teoría del derecho de los presupuestos metodológicos del formalismo jurídico. La *rehabilitación de la razón práctica* pretende recuperar para los dominios de la racionalidad las cuestiones morales y políticas, cuestionando, a partir de la idea de consenso y los diversos desarrollos de la teoría de la argumentación (tópica, retórica, teoría del discurso), las distintas formas de subjetivismo y escepticismo valorativo que habían crecido a la sombra del positivismo lógico. El resultado es una nueva configuración de los problemas prácticos (morales, políticos) y el encuadre de los problemas jurídicos como un tipo específico de aquellos. No obstante, y a pesar de la evidente conexión de ambas cuestiones, me parece que la búsqueda de nuevos modos de racionalidad en el ámbito jurídico está quizás más relacionada con la superación de la concepción formalista del Derecho que con una teoría de la razón práctica o de la justicia en sentido estricto.

En la obra de Recaséns se libran ambas batallas. El problema de la *axiología* o *estimativa* jurídica⁸ es un pilar esencial en su sistema filosófico (Recaséns, 1936: 305 y ss.), pero no es hasta la transformación

⁷ Algunos fragmentos de esta obra se anticiparon en forma de artículo; *vid.* Recaséns (1956b).

⁸ Resulta ineludible la referencia a Ortega en este punto; *vid.* Ortega y Gasset (2005). Para un provechoso y renovado planteamiento de la estimativa, véase Valdecantos (2008: 210 ss.).

de ésta en una lógica de lo razonable y la consustancial configuración de los problemas jurídicos como problemas estimativos, cuya solución se alcanza mediante un procedimiento esencialmente valorativo, particularista y argumentativo (muy distante del determinismo jurídico atribuido al formalismo jurídico, pero también a cierto iusnaturalismo clásico), que se percibe con claridad diáfana la confluencia de los planos filosófico y teórico-jurídico.

Este proceso también es gradual desde la orilla jurídica. Con la publicación de *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho* en 1956, Recaséns presenta el logos de lo razonable más como el fundamento de una alternativa a la concepción mecanicista de la interpretación y la aplicación del Derecho que como una teoría de filosofía moral. En un segundo estadio, con la publicación en 1971 de *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, que culmina y compendia los desarrollos parciales de varios trabajos anteriores (Recaséns, 1964; 1965a; 1965b; 1968), el logos de lo razonable se presenta ya como una teoría general de la razón práctica propiamente dicha, que hunde sus raíces en la tradición clásica de la dialéctica, la tópica y muy especialmente en el concepto aristotélico de *prudencia*. El logos de lo razonable, por tanto, trasciende el ámbito jurídico, hasta convertir el razonamiento jurídico en una provincia del razonamiento práctico general.

La conceptualización del razonamiento jurídico como un tipo específico –un *caso especial*, dirá Alexy– de razonamiento práctico merece el siguiente comentario. Si se los compara con los autores de la segunda generación, la primera hornada de teóricos de la argumentación presta una muy escasa atención a los elementos del método jurídico tradicional o la así llamada «lógica de los juristas». Quizás porque estuvieran más preocupados en enterrar definitivamente al formalismo jurídico y en construir una concepción alternativa, o quizás porque ello vaya implícito en los propios planteamientos de la tópica, la retórica o la prudencia en los que se inspiran, lo cierto es que ni Viehweg, ni Perelman, ni Recaséns, llegan a desarrollar un modelo argumentativo preciso y sistemático que se asemeje, siquiera de un modo aproximado, a lo que hoy se conoce como la «teoría estándar» de la argumentación jurídica, a la que están incorporados los argumentos y formas de argumentos de la metodología jurídica clásica en tanto que casos especiales de argumentos y formas de argumentos de la argumentación racional general. Si algún sentido tiene volver a la obra de estos autores es precisamente conocer cómo surgieron aquellas intuiciones que anticipan, con un mayor o menor grado de afinamiento, un modelo teórico hoy consolidado como el que constituyen las teorías de la argumentación jurídica.

2. EL LOGOS DE LO RAZONABLE

El logos de lo razonable, ya se ha dicho, no es una teoría de la argumentación específicamente jurídica, o no únicamente jurídica: aunque su alumbramiento tiene lugar en el contexto de una obra dedicada al razonamiento jurídico⁹, pronto se advierte que se trata de una construcción más amplia, que entronca con la renovación general de la razón práctica en los términos que ahora veremos. Recaséns sitúa el punto de partida o estímulo para la teoría del logos de lo razonable en la «experiencia jurídica»¹⁰, dentro de la cual destacan, entre otros, dos datos fundamentales: por un lado, el sentido de justicia y la experiencia de los valores, y, por otro, la ontología de los problemas humanos. A partir de aquí, el logos de lo razonable adquiere el perfil de una estimativa, antes que de una teoría moral.

a) Los datos de la experiencia jurídica

Del mismo modo que la filosofía moral kantiana se sustenta en la experiencia del *factum* moral de la voz de la conciencia, el punto de partida de la filosofía jurídica reside en el conjunto de datos que constituyen la «experiencia jurídica». El primero y más evidente de estos datos es el «sentido de justicia», que aparece ya en Aristóteles como aquel rasgo específicamente humano que nos distingue del resto de los animales. No sólo la idea, sino también la aspiración de justicia, están presentes, de un modo u otro, en todas las formas de vida humanas¹¹. Pero es la experiencia del conflicto, especialmente la «experiencia del conflicto concreto» o del «caso concreto» (Recaséns, 1971: 151), la que actúa como «estímulo radical» para la producción jurídica; y afecta tanto al legislador, como a los órganos jurisdiccionales, si bien en un sentido distinto: mientras en el primero, en tanto que manifestación de un problema que requiere una regulación, el conflicto opera como estí-

⁹ A propósito de las críticas por parte de los movimientos antiformalistas al papel de la lógica tradicional, en el razonamiento jurídico, Recaséns apunta que «lo que ha sucedido en el terreno jurídico representa sólo *un* caso de una cuestión mucho más general: de la cuestión concerniente al logos de lo humano, del cual el área jurídica constituye tan sólo un sector, a lado de otros sectores, como son el de la política, el de la economía, en suma, el ámbito todo de los problemas prácticos del comportamiento humano» (Recaséns, 1964: 19-20).

¹⁰ «[A] hablar de experiencia –dice Recaséns– se intenta manifestar que no se trata de objetos elaborados por la mente, que no se trata de aportaciones del sujeto pensante, sino que, por el contrario, se trata de objetos pre-existentes, los cuales nos aparecen como *datos* ante nuestra conciencia, de un modo previo a las interpretaciones que nuestra inteligencia pueda añadir después sobre tales objetos» (Recaséns, 1965b: 20).

¹¹ Tan es así, que, independientemente de las intenciones reales que esconda quien dice actuar en su nombre, el fin de la justicia resulta ineludible en los discursos públicos.

mulo en la creación de Derecho; en el segundo sentido –mucho más relevante para la teoría de la argumentación jurídica– expresa la tensión inevitable entre el carácter general de las normas creadas por el legislador y el carácter particular, único e inaprensible de una situación determinada. Pero, todo lo anterior carecería de sentido si no fuéramos capaces de experimentar «la conciencia de unos valores específicos» (Recaséns, 1971: 187). El Derecho positivo, sin ir más lejos, no es más que un conjunto de valoraciones y estimaciones¹²: toda norma positiva es una elección, una preferencia basada en una estimación o juicio de valor (Recaséns, 1971: 188). El Derecho positivo, por tanto, no es mera expresión de voluntad, sino, sobre todo, valoración:

«Aunque la norma de Derecho positivo emane de un mandato, de un poder efectivo, no puede de ninguna manera ser entendida como un mero hecho, pues es un hecho humano, y, a fuer de tal, tiene sentido o significación. Y ese sentido consiste cabalmente en la referencia a un valor, en la *pretensión de una justificación*: se manda esto y no aquello, porque quienes lo determinan creen que esto tiene justificación; creen que está justificado; creen que esto es preferible a lo demás; y, por ello, lo eligen entre todas las otras posibilidades concretas. O dicho de otra manera: la normatividad del Derecho positivo no tendría sentido si no se refiriese a un juicio de valor, que es el que la inspira» (Recaséns, 1971: 188; subrayado JMCA).

Cualquiera mínimamente familiarizado con las tesis defendidas por Robert Alexy puede apreciar las similitudes entre éstas y las palabras de Recaséns. El autor alemán sostiene que es inherente a las normas y las decisiones jurídicas el formular una pretensión de corrección (Alexy, 1997a: 207; 1997c: 41 y ss.), que lleva implícita un pretensión de justificación (Alexy, 1995b: 135 y ss.), sin la cual no pueden considerarse como tales normas o decisiones jurídicas. No se trata, por tanto, de una identificación o, al menos, una compatibilidad con unos valores o principios morales determinados, como en el iusnaturalismo clásico, sino de una consustancial inclinación o predisposición a la realización de la justicia, sean cuales sean los contenidos que se le atribuyan¹³. Diez años antes de que Alexy publicara sus primeras obras, Recaséns anticipaba un pensamiento casi idéntico:

«... corresponde esencialmente al Derecho la intención de orientarse hacia la realización de unos valores, es decir, pertenece a la

¹² «[P]ara que pueda haber Derecho positivo, es absolutamente ineludible, que, previa y conjuntamente, se den unos juicios estimativos, unas valoraciones» (Recaséns, 1971: 187).

¹³ En esta aspiración a la justicia (pretensión de corrección) se ha basado Alexy para defender una concepción no positivista del Derecho. Para esta autor, la pretensión de corrección implica una conexión conceptual –y, por tanto, necesaria– entre el Derecho y la moral. Ahora bien, esta conexión no compromete al Derecho con la realización de unos principios morales determinados, sino con estimaciones o juicios de valor no arbitrarios; justificados, en suma.

esencia misma del Derecho el pretender ser justo. Pero lo que pertenece a la esencia de lo jurídico es solamente esa intención de justicia y no su logrado cumplimiento» (Recaséns, 1966: 31).

No terminan ahí los paralelismos. Recaséns –como Alexy– reconoce en última instancia un límite sustantivo o axiológico más allá del cual qué sea Derecho no es independiente de su contenido. Dicho límite viene dado para Recaséns por la *dignidad humana*¹⁴, mientras que Alexy, siguiendo a Radbruch¹⁵, habla de la «injusticia insoportable» como límite conceptual de lo jurídico (Alexy, 1997c: 45 y ss.)¹⁶.

Pero, volvamos a los valores. Los criterios estimativos que fundamentan nuestras elecciones y preferencias, cuando son proyectados al ámbito jurídico, determinan el contenido del derecho positivo. Recaséns no encuentra inconveniente «en llamar de nuevo Derecho natural a esos criterios [estimativos]», siempre que, uno, se entienda lo natural «no como expresión enunciativa de unos hechos o de unas realidades» (Recaséns, 1971: 319), sino como un conjunto de principios normativos objetivos y, dos, que el carácter ideal y objetivo de estos principios no signifique ignorar que los fines y los objetivos propuestos deben ser realizables por los hombre en sus circunstancias concretas, siendo así que los valores y principios de este Derecho natural está condicionado, limitado e inspirado por «la específica realidad de la vida humana» (Recaséns, 1971: 323). Se trata, en palabras de Recaséns, de «una objetividad intravital» (Recaséns, 1968: 179), que une el carácter *a priori* de los valores y la necesaria adecuación a las particularidades de las situaciones que han de ser enjuiciadas conforme a ellos.

b) La ontología de los problemas humanos

Las experiencias ineludibles del sentido de justicia –genérico o del caso particular– y de los valores que fundamentan nuestros juicios pondrían de manifiesto que los hombres no podemos prescindir, salvo grave anomalía, de estimaciones y valoraciones. Consustancial a esa constatación es aquella otra de que el sentido de ciertos asuntos huma-

¹⁴ «[S]i (...) nos hallamos en la presencia de normas –como sucede con muchísimas de las normas de los Estados totalitarios– que no reconocen a sus sujetos destinatarios como seres humanos, como personas con dignidad intrínseca, entonces eso no es Derecho; entonces no decimos que eso sea Derecho injusto o menos justo, sino puro y simplemente que no es Derecho» (1966: 49-50).

¹⁵ La llamada *fórmula Radbruch*, que se ha convertido en la formulación de referencia de esta nueva versión del iusnaturalismo, dice así: «en los casos donde ni siquiera es perseguida la justicia y donde es negada conscientemente la igualdad que constituye el núcleo esencial de la justicia en el establecimiento del derecho positivo (...) la ley no es solamente “derecho injusto”, sino que más bien carece de naturaleza jurídica» (Radbruch, 1980: 135).

¹⁶ Sobre la concepción del Derecho de Alexy, *vid.* Cabra Apalategui (2005).

nos –precisamente aquellos respecto de los cuales realizamos estimaciones o juicios de valor– descansa en una serie de presupuestos ya implícitos en nuestras prácticas cotidianas:

«Se trata del *factum* de los problemas sociales humanos (políticos, jurídicos, económicos, etc.), sobre los cuales los hombres deliberan, discuten, argumentan, y se esfuerzan por atinar en una solución, respecto de la cual no se puede predicar la nota de verdad ni su contraria de mentira, o falsedad, la de exactamente acertada o notoriamente errónea; ni la calificación de absolutamente buena o absolutamente mala; antes bien, otros tipos de calificaciones: la que parece más justa, más adecuada, más conveniente, más fructífera, más apropiada, más viable, más eficaz, menos peligrosa, más humana, más sensata, más discreta, más circunspecta, más cuerda, más juiciosa, más cauta, con mayor dosis de buen sentido, más prudente, etc.» (Recaséns, 1971: 332)¹⁷.

La característica definitoria de los problemas sociales humanos (en adelante, problemas prácticos) es su complejidad: en la conducta humana intervienen una «enorme y complicadísima multitud de componente heterogéneos» que deben ser evaluados en cada situación social histórica (Recaséns, 1956a: 282 y s.). A diferencia de los problemas teóricos, los problemas prácticos no se dejan configurar con facilidad en términos de verdad o falsedad o análogamente como morales e inmorales. La naturaleza estimativa del logos de lo razonable reside en que su categoría fundamental no es la moral, sino aquella otra, mucho menos precisa, de la relevancia (Valdecantos, 2008: 220). Las implicaciones de estas ideas son de gran importancia.

En primer lugar, la solución de los problemas humanos, por su complejidad natural, no se alcanza por la vía de la demostración, sino mediante deliberación y argumentación; la naturaleza del problema y su modo de resolución se implican recíprocamente. Siguiendo a Perelman (Perelman / Tyteca, 1989: 47 y ss.), cuya influencia es aquí evidente¹⁸, Recaséns defiende la *argumentación* como un modo de racio-

¹⁷ Vid. también (1971: 326-527) y (1964: 25 y ss.). Pero, entiéndase bien, se trata de una reflexión filosófica y no una mera asunción acrítica de las prácticas argumentativas en las que se encauzan y, con suerte, se alcanzan soluciones para los problemas prácticos: «El *factum* referido pone en evidencia que real y efectivamente los hombres argumentan. Éste es el punto de partida para una reflexión filosófica. [...] Así pues, lo que propongo es diferenciar entre el fenómeno de la disputa, de la discusión, del debate, en el cual se argumenta por las dos o más partes que intervienen en él, por un lado, y, por otro lado, la razón argumentativa, que arranca del dato del problema práctico, y que pondera la situación de éste, analiza y sopesa todos los factores de justicia, prudencia, oportunidad, adecuación, viabilidad, etc., y que intenta además anticipar mentalmente los probables efectos que en la realidad vayan a tener respectivamente las varias propuestas» (Recaséns, 1968: 178).

¹⁸ No obstante, hablar de una influencia determinante en la formación de la teoría del logos de lo razonable resulta imposible. El propio Recaséns dedica decenas de páginas –que abarcan desde la dialéctica y la retórica de los sofistas, Sócrates y Platón, hasta la teoría de la argumentación de Toulmin o la hermenéutica de Betti, pasan-

nalidad no demostrativa, esto es, no basado en la evidencia de tipo cartesiano, sino en la adhesión del auditorio a las tesis defendidas. El rasgo característico de la adhesión, en contraposición a la evidencia de la demostración, es que puede ser variable en intensidad.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la corrección práctica es una propiedad gradual y no excluyente: «[en el ámbito de los problemas humanos] no se puede jamás hallar una tesis *absolutamente* válida, la cual excluya o repudie como inválida cualquiera otra tesis que discrepe de ella» (Recaséns, 1964: 30). Lo que el *factum* de los problemas humanos del que habla Recaséns evidencia es cuán relativamente plausible resulta el postulado de la unidad de respuesta correcta en el campo de los problemas prácticos. La imposibilidad de encontrar respuestas con validez absoluta, empero, no debe entenderse como la relativización de cualquier problema ni la ausencia de casos evidentes con respuestas inequívocas y poco discutibles, como el racismo o la criminalización de la homosexualidad. Se trata, únicamente, de la consecuencia de carecer de procedimientos demostrativos. Por ello, es posible admitir *a priori* la corrección de tesis distintas, e incluso contrarias e incompatibles. La solución a los problemas prácticos es, desde esta perspectiva, una cuestión de optimización más que una cuestión de corrección o incorrección en términos absolutos (Recaséns, 1964: 32).

En tercer lugar, como puede apreciarse en el párrafo transcrito más arriba, los problemas humanos son susceptibles de ser evaluados simultáneamente desde muchos puntos de vista, esto es, la corrección práctica se manifiesta de muy diversas maneras o, más bien, se encuentra fragmentada: como justicia, adecuación, conveniencia, viabilidad, eficacia, sensatez, etc.; distintos criterios estimativos que Recaséns califica como «directrices de *prudencia*» (Recaséns, 1971: 323). Lo que esta amplísima pluralidad pone de manifiesto es la inexistencia de un único criterio, una única perspectiva, desde la que los problemas prácticos pueden ser valorados.

Que las cosas sean de hecho así; que los problemas prácticos, dada su complejidad, sean fuente de una rica y variada multitud de juicios estimativos, no obvia la dificultad que plantea su resolución en términos normativos. Quizás la mayor de ellas resida en la definición: la distinción entre criterios como la cautela, la sensatez, el buen juicio o la adecuación; identificar los rasgos o propiedades que son propios de las distintas perspectivas estimativas –esa «fabulosa decantación de caracteres y matices valorales que hay en el idioma usadero», en palabras de Ortega (Ortega y Gasset, 2005: 535)– se plantea como una

do por Dilthey, Dewey u Ortega y Gasset– a rastrear sus orígenes en su *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*. Sí me parece reseñable, por razones evidentes, el papel central que ocupan tanto la retórica perelmaniana (Recaséns, 1971: 377 y ss.), como el pensamiento aporético o problemático desarrollado, entre otros, por Viehweg (véase Recaséns, 1971: 353 y ss.).

tarea ímproba o acaso una pretensión absolutamente desencaminada¹⁹. Sea como fuere, dilucidar cuándo se trata de criterios coextensivos y plenamente coincidentes o sólo parcialmente coincidentes, potencialmente conflictivos o conflictivos en todo caso no es asunto fácil; ¿es la solución más viable siempre y en todo caso la más juiciosa o la más sensata? ¿Y la más justa?

Esto nos conduce a un segundo problema, o si se prefiere, a otra dimensión del mismo. Constatadas las dificultades para diferenciar entre los distintos matices estimativos, ¿cuándo podemos estimar que una solución, por ejemplo, una norma jurídica o una decisión judicial, es la más juiciosa y/o sensata o, en un sentido más general, la más prudente? Se trata, evidentemente, de un problema de calificación, que es consustancial al problema de la definición.

Por último, no podemos descartar que una pluralidad tal de criterios valorativos de lugar a situaciones de conflicto si, una vez calificadas las distintas alternativas posibles, resulta que la más eficaz, pongamos por caso, no es ni la menos peligrosa o sensata, ni siquiera la más justa. Este problema desaparecería si pudiera establecerse entre todas las perspectivas estimativas una jerarquía, una distinción de rangos que ordenara de una vez por todas la preferencia de unos valores sobre otros. Quizás esto sea posible en relación con algunos valores, pero me parece que resulta extraordinariamente complejo en relación con otros²⁰.

c) El contenido del logos de lo razonable

La inevitabilidad de las valoraciones y la configuración de los problemas humanos presupuesta en nuestras prácticas –aquella que los hace susceptibles de ser evaluados desde una multiplicidad de criterios estimativos– están en la base del logos de lo razonable o el logos de lo humano. De lo que aquí se trata es de cuestionar la idoneidad del razonamiento deductivo, o más bien del pensamiento sistemático, como instrumento para abordar los problemas prácticos. El logos de lo razonable es una concepción sustantiva de la razón, en tanto que

¹⁹ Dice Ortega al respecto: «Eso que la elegancia es en sí misma, a diferencia de la justicia, de la belleza, de la utilidad, de la destreza, etc., no puede ser definido, como no puede ser definido el color rojo ni tal sonido. Nuestra noticia de ello sólo puede consistir en una directa, inmediata percepción.

[...] La definición de los valores sólo puede hacerse –como la de los colores– por medios indirectos. El anaranjado puede ser definido indirectamente diciendo que es el color situado en el espectro entre el rojo y el amarillo» (Ortega y Gasset, 2005: 546-7).

²⁰ Ortega sostiene que «es esencial a todo valor ser superior, inferior o equivalente a otro», o sea, «que todo valor posee un rango y se presenta en una perspectiva de dignidades, en un jerarquía»; así, la elegancia, siendo un valor positivo (la inelegancia es negativo), es inferior a la bondad moral (Ortega y Gasset, 2005: 546). El ejemplo es incuestionable, pero no es significativo de la riqueza y complejidad de las categorías estimativas.

facultad humana que no sólo es capacidad de inferir contenidos a partir de premisas dadas, sino que opera también como razón legisladora apta para dar respuesta a los problemas prácticos en toda su complejidad, considerando y evaluando los factores particulares que configuran a una determinada situación como problema.

Pero, ¿en qué consiste entonces la lógica de lo razonable? ¿Cuál es su contenido? Como se apuntó más arriba, el logos de lo razonable no es una teoría moral que sostenga la corrección de una serie de principios de justicia, sino una estimativa, un conjunto de «directrices de prudencia» que hacen que nuestros juicios y decisiones sean razonables, a la vista de las circunstancias concretas y limitadas en que se desenvuelven. Entre los valores o directrices comprendidos en la idea de prudencia, junto a aquellos más evidentes de la justicia²¹, la paz o la dignidad humana, se incluyen consideraciones de tipo consecuencialista, pragmático (de adecuación o idoneidad empírica), posibilista o coherentista, tales que: «[una] genuina adecuación a la naturaleza del problema planteado y de los factores y condiciones que se dan en este programa; congruencia histórica (...); viabilidad o practicabilidad de las normas (generales o individualizadas) que vayan a ser establecidas, (...); ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el inmediato porvenir puedan causar las reglas que sean emitidas o las decisiones que sean hechas; (...) armonía entre un anhelo de progreso y la conciencia de hasta dónde lleguen efectivamente las posibilidades reales; evitar que la resolución aparentemente satisfactoria de un problema no se convierta en fuente de ulteriores problemas más graves, (...); espíritu de armonía o de transacción entre los varios intereses contrapuestos, en la medida en que lo permita la justicia; legitimidad de los medios empleados para la consecución de fines justos, (...); respeto en el grado admisible, sin daño de otros valores más altos, a las expectativas concebidas por trabajos o esfuerzos hechos, o por virtud de la previsión de un grado muy alto de probabilidad» (Recaséns, 1956: 284-285; 1971: 532-533). Todas estas directrices o criterios materializan algún aspecto de lo que entendemos por razonable; son el contenido de los criterios o perspectivas estimativas, como la sensatez, lo conveniente o lo adecuado.

A partir de ahí, Recaséns puede sostener que la lógica de lo razonable está limitada y condicionada por la realidad concreta del mundo en el que opera; que, a diferencia de la lógica de lo racional, está impregnada de valoraciones; que tales valoraciones están referidas a situaciones concretas; que estas valoraciones son la base para la formulación de propósitos y fines; y que, a su vez, estas valoraciones están condicionados por la realidad concreta en los que se formulan. En consecuencia –escribe Recaséns– la lógica de lo razonable está regida por razones de congruencia o de adecuación: (i) entre la reali-

²¹ La justicia guarda con la estimativa, pues, una relación de especie a género.

dad social y los valores; (ii) entre los valores y los fines y propósitos; (iii) entre los propósitos y la realidad social concreta; (iv) entre los fines o propósitos y los medios, en cuanto a la *conveniencia* de los medios para fines; (v) entre los fines y los medios respecto de la *corrección ética* de los medios; y (vi) entre los fines y los medios, en lo que se refiere a la *eficacia* de los medios. Por último, se señala como componente de la lógica de lo razonable a la experiencia individual y social (Recaséns, 1956a: 287-288).

La lógica de lo razonable, en definitiva, no es una teoría deontológica, sino que al pretender la congruencia entre la realidad social histórica, las valoraciones y los fines se muestra como un planteamiento contextualista y consecuencialista. No es fácil determinar en qué debe consistir dicha congruencia o dónde está ese límite que constituyen las posibilidades de la realidad humana social concreta, pero lo que sí puede afirmarse es que la lógica de lo razonable no puede ignorar algunas de estas circunstancias: aquellas que se tengan por relevantes en algún sentido.

Por otro lado, el logos de lo razonable establece una serie de exigencias de racionalidad en relación con los medios para la obtención de los fines: *conveniencia*, *corrección ética* y *eficacia* (vid. *supra*), que Recaséns no desarrolla en profundidad, pero que bien pueden tomarse como un anticipo del «principio de proporcionalidad»²². En primer lugar, la congruencia de los fines y los medios en relación con su eficacia coincide con el subprincipio de adecuación: la *eficacia* de los medios es un juicio empírico que presupone el conocimiento obtenido mediante la experiencia histórica e individual. En segundo lugar –y aunque Recaséns no lo desarrolla en estos términos– los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto están contenidos implícitamente en las exigencias de congruencia entre los medios y los fines en cuanto a la conveniencia y en cuanto a la corrección ética de los medios. Ambas congruencias suponen, evidentemente, juicios de valor, pero, ¿cuáles son sus contenidos? La fórmula de Recaséns no es especialmente feliz, pero la referencia a la congruencia entre fines y medios en cuanto a su congruencia y corrección ética parece descartar que deba interpretarse como la ausencia absoluta de afectación de valores o principios morales que consideramos valiosos, algo que, por otra parte, resulta inevitable para la consecución de la mayoría de los fines que se proponen tanto el Derecho, como el resto

²² Esta coincidencia (parcial si se quiere), nada tiene de especial, si se atiende a que dicho principio no hace sino reproducir en sus subprincipios –adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– tres máximas de racionalidad aplicables a todos los ámbitos en los que una decisión suponga costes en cualquier sentido del término, ya sea en el caso de las antinomias constitucionales en las que la realización de ciertos principios constitucionales supone necesariamente la limitación de ciertos derechos fundamentales o de cualquier otro ámbito. Sobre el principio de proporcionalidad, véanse, entre otros, Alexy (1997b), Bernal Pulido (2007) y Lopera Mesa (2006).

de órdenes normativos. La conveniencia y la corrección ética de los medios debe referirse, por tanto, a una doble exigencia: de un lado, que los medios respeten el mínimo ético representado por la dignidad humana, y, de otro, que las limitaciones que los medios supongan para los valores o principios morales estén justificadas, y esto no ocurre si no se dan las siguientes condiciones: a) la inexistencia de un medio menos gravoso para alcanzar el mismo fin (subprincipio de necesidad), y b) que el fin alcanzado se considere más valioso que el sacrificio que implican los medios (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

El logro de lo razonable, en fin, se revela antes que nada como una compleja trama de criterios estimativos con los que no resulta fácil conducirse; su mera enumeración no haría sino poner de manifiesto los problemas de definición, calificación y colisión mencionados con anterioridad, o dicho de otro modo, la inexistencia de pautas más o menos claras y definitivas de cómo alcanzar soluciones razonables²³. Si algo tienen en común estos criterios o valores es que todos ellos hacen referencia a un punto de vista relevante valorativamente. El propio Recaséns es consciente de la complejidad y las dificultades que deben enfrentarse cuando, como en el Derecho, los problemas prácticos exigen de forma perentoria una solución. Sus reflexiones acerca de la virtud clásica de la prudencia ponen de manifiesto esta preocupación:

«Me parece que es muy correcta la alusión a la *prudencia*, como suma y compendio, jerárquicamente organizado en el modo debido, de todos los datos y de todos los criterios de valor que vengan en cuestión para resolver un problema político o un problema jurídico. Claro que no basta con mencionar la prudencia, porque esta palabra más bien enuncia, y no tanto resuelve, los componentes del problema. El problema consiste en obtener la debida articulación de unas constataciones de hecho, de unas aspiraciones o pretensiones diferentes o contrapuestas, de unas valoraciones y de los criterios axiológicos objetivos que deben ser tomados en cuenta para resolver una controversia legislativa o judicial» (Recaséns, 1956a: 290).

La referencia a la prudencia, por tanto, no lo es a una perspectiva estimativa como las demás, sino a una capacidad de juicio o discernimiento que en cada concreta situación, y a la vista de las circunstancias relevantes, conduce a una respuesta que puede ser calificada como la más razonable, equilibrada o, sencillamente, correcta. En eso consiste la «debida articulación» de la que habla Recaséns. Si se quiere plantear la cuestión en términos intersubjetivos, la prudencia representaría una pretensión de validez cuya resolución remitiría a un metadiscurso en el que las tensiones internas entre las distintas directrices

²³ Sobre la vaguedad de los criterios de razonabilidad en la obra de Recaséns, *vid.* Atienza (1987: 190).

de prudencia son dirimidas, esto es, en el que se dirime *lo más correcto consideradas todas las cosas y desde todos los modos posibles de ser consideradas*²⁴.

3. EL LOGOS DE LO RAZONABLE COMO TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Al concebir los problemas jurídicos como una especie de los problemas prácticos en los términos descritos más arriba, Recaséns rechaza abiertamente las tesis logicistas atribuidas a la concepción formalista del razonamiento jurídico. Aunque sea sólo de pasada, es preciso mencionar la contundencia e insistencia de las críticas de Recaséns a la lógica formal y a la teoría del silogismo jurídico, como fundamentos de una teoría del razonamiento jurídico y de una teoría de la función jurisdiccional, respectivamente. A pesar de los excesos e imprecisiones en que incurrían dichas críticas –de los que aquí no cabe ocuparse– su diagnóstico presenta un panorama sobre la interpretación y la aplicación del Derecho que difícilmente puede ser controvertido en lo esencial y que, desde luego, resulta familiar a la teoría de la argumentación, a saber: que el razonamiento jurídico no se agota en las premisas normativas de Derecho positivo y en las premisas empíricas que constatan la ocurrencia de unos hechos, sino que, dependiendo del caso, en él intervienen juicios y valoraciones sobre cuestiones diversas (preferibilidad entre diversas opciones interpretativas; apreciar similitudes relevantes entre dos situaciones, una de ellas regulada y la otra no; calificar jurídicamente determinados hechos, etc.). De hecho, el objeto de la argumentación jurídica es, precisamente «la fundamentación de premisas que no son ni enunciados empíricos, ni reglas de Derecho positivo» (Alexy, 1997a: 222).

La teoría de la argumentación jurídica de Recaséns no alcanza el grado de precisión analítica y sofisticación a la que llegan los autores posteriores (de hecho, cabe preguntarse si resulta adecuado hablar de una verdadera teoría de la argumentación jurídica). El interés de Recaséns se centra más en la corrección material de la decisión que en los elementos –argumentos y formas de argumento– de su justificación. En lo que sigue, trataré estos dos aspectos: el lugar de los métodos de la interpretación en la teoría de la argumentación jurídica y el objeto de la argumentación en el logos de lo razonable.

²⁴ Nótese que la solución prudente sería la más correcta, pero no necesariamente la única correcta, puesto que las soluciones descartadas como respuesta final a un problema práctico no pierden, por así decirlo, sus propiedades prudenciales o estimativas, como la eficacia, la sensatez o la oportunidad.

a) **El logos de lo razonable y los métodos de la interpretación jurídica**

El motivo por el que las primeras teorías de la argumentación jurídica carecen de un modelo argumentativo plenamente desarrollado es el escaso interés, cuando no el absoluto rechazo, mostrado por la metodología jurídica tradicional. En la obra de Recaséns apenas encontramos referencias a los argumentos y formas de argumentos jurídicos clásicos, y mucho menos un análisis de su fundamento normativo o su estructura lógica²⁵. En realidad, la postura de Recaséns no puede ser más reticente:

«Lo que en verdad debiéramos desechar de una vez para siempre es el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación (literal, subjetivo, subjetivo-objetivo, objetivo, consuetudinario, histórico, analógico, equidad, etc.)» (Recaséns, 1960: 237).

En este párrafo se plantea, siquiera de forma indirecta, el pensamiento nuclear de Recaséns en relación con el método jurídico: la superación de los métodos interpretativos tradicionales y la consagración del logos de lo razonable como único método interpretativo para el derecho. La tesis es clara y concluyente: el logos de lo razonable no viene a sumarse, sino a sustituir a los métodos clásicos de la interpretación. El planteamiento resulta innecesariamente radical para el propósito que pretende Recaséns, que no es otro –me parece– que la defensa de la unidad de razonamiento práctico en la interpretación y aplicación del Derecho.

Su rechazo a la metodología tradicional en bloque obedece, en buena parte, a la sospecha de que estos métodos son usados únicamente para construir justificaciones *a posteriori* de las decisiones jurídicas:

«Solía hacerse referencia a esos métodos cuando el jurista se sentía obligado a legitimar la solución que estimaba como justa, usando para ello artificios de lógica que la presentasen como de estricto acuerdo con las palabras de la ley, cuando tal acuerdo no resaltaba a primera vista como evidente» (Recaséns, 1960: 237).

Recaséns no ve en ellos otra cosa que instrumentos al servicio de los juristas para presentar como decisiones lógicamente inferidas de la ley decisiones que se tienen por justas o correctas, pero a las que no se había llegado mediante razonamientos deductivos (al menos, no mediante los razonamientos deductivos esgrimidos en la motivación). Dejando al margen que se trata de planos distintos –el uno, descripti-

²⁵ A diferencia de lo que ocurre en autores posteriores, como Alexy (1997a: 223 y ss.), Peczenik (1989: 372 y ss.) y, quizás en menor medida, Aarnio (1991: 146 y ss.).

vo, y el otro normativo—, quizás la distancia entre los razonamientos que realmente tienen lugar en la mente de los jueces (contexto de descubrimiento) y sus motivaciones (contexto de justificación) esté sobredimensionada por los propios prejuicios de Recaséns acerca de los criterios válidos de justificación de la concepción tradicional: efectivamente, si presuponemos los dogmas de la plenitud y la coherencia del sistema jurídico, a poco que nos hallemos ante un caso mínimamente complejo, la justificación de las decisiones jurídicas se torna artificiosa, pues la decisión difícilmente podrá presentarse como una mera inferencia lógica a partir de una norma jurídica. Si, además —como hace Recaséns— se asume que los jueces deciden (y deben decidir) en justicia antes que aplicando la ley en sus estrictos términos, entonces los métodos jurídicos deben servir, naturalmente, para ocultar el auténtico proceder del juez, su «camino hacia la justicia», presentando la decisión como una derivación lógica de las palabras de la ley.

La consideración de los métodos hermenéuticos clásicos como meros artificios con las que los juristas construyen fundamentaciones de fachada explica que Recaséns los haya considerado como un problema y no como parte de la solución. Pero, aunque hay algo de verdad en la crítica a los métodos de la interpretación que pueda llevarnos a pensar que, en efecto, se trata de fórmulas vacuas al servicio de la voluntad del intérprete, se olvida, sin embargo, que los llamados métodos de la interpretación jurídica no pueden verse únicamente desde una perspectiva estrictamente metodológica, como procedimientos que conducen a decisiones correctas. Desde la perspectiva de la moderna teoría de la argumentación jurídica, los métodos interpretativos son, antes que nada, argumentos y formas de argumentos válidas del razonamiento práctico que, por ello, lo son también del razonamiento jurídico (Alexy, 1997a; Aarnio, 1991; Günther, 1995). Esto es, los cánones de la interpretación tienen una dimensión normativa práctica al margen de esa función explicativa o metodológica que les atribuía la concepción clásica²⁶. Esta dimensión justificativa de los métodos de la interpretación reside en las razones que los justifican, así la fuerza justificativa de los argumentos lingüísticos y los argumentos genéticos o subjetivos reside en la autoridad del legislador y en los principios de la democracia, separación de poderes y Estado de derecho, si bien, en aras de la seguridad jurídica, debe tener preferencia lo manifestado por el legislador a lo querido por él; los argumentos sistemáticos (consistencia, contexto, argumentos de principio, por analogía, etc.) encuentran su fuerza en el hecho de que la coherencia del sistema no es sólo un postulado elemental de racionalidad, sino que constituye una condición necesaria para una práctica decisional no

²⁶ Sobre esta evolución de una perspectiva metodológica a una perspectiva argumentativa, véase García Amado (1986: 164 ss.).

arbitraria acorde a los principios del Estado de derecho y de igualdad (Alexy, 1995a: 90).

La incorporación e integración de los argumentos interpretativos y formas de argumentos de la metodología clásica en la teoría de la argumentación jurídica, por tanto, pasa por su consideración como argumentos y esquemas argumentativos válidos en la teoría de la razón práctica que esté en el origen de la teoría de la argumentación jurídica, que es como decir: cuando pueden ser considerados como especies de argumentos prácticos de validez general. Y ello vale –me parece– para la tópica jurídica²⁷, para la moderna teoría de la argumentación jurídica basada en la teoría del discurso²⁸, y valdría igualmente para una teoría de la argumentación jurídica inspirada en el logos de lo razonable. Pero, como hemos visto, Recaséns, influido por un antiformalismo mal entendido, nunca dio ese paso; antes al contrario, situó la lógica de lo razonable frente a los métodos de interpretación, cuando, ciertamente, no se entiende por qué la interpretación literal de los preceptos jurídicos en los llamados casos fáciles o rutinarios²⁹, o la aplicación de la analogía en determinados supuestos habrían de conducir a decisiones irrazonables. En mi opinión, Recaséns no acierta –aunque es su pretensión de fondo– a construir una teoría de la argumentación jurídica que responda plenamente al principio de unidad de razón práctica o, más bien, lo hace a costa de sacrificar innecesariamente los métodos de la interpretación, desdibujando el carácter jurídico de la teoría. No es posible dedicarle a este asunto la atención que sin duda merece³⁰; baste con señalar que por unidad de la razón práctica se hace referencia a la interrelación existente entre los distintos los argumentos prácticos (o perspectivas valorativas) y, o bien se entiende que todos son reducibles a una misma especie, de manera que pueden ser «medidos» y comparados, o bien se entiende que existe una jerarquía entre ellos, que privilegia siempre y en todo caso un tipo de argumento. Según el principio de unidad de razón práctica, por tanto (y esto es común a cualquier modo de entender dicho principio), los conceptos de «corrección» o «justificación» lo son en un único sentido: no admiten subespecies inconmensurables entre sí o subdivisiones contextuales independientes (moral, política, jurídica o religiosa). Un metacriterio o un criterio último que permita determinar cuándo una decisión está justificada, en cualquier contexto práctico, es un presupuesto

²⁷ Aunque Viehweg no es muy explícito al respecto, otros autores defensores de la tópica jurídica sí parecen incluirlos en el conjunto de los *topoi* jurídicos, *vid.* García Amado (1988: 125, 133).

²⁸ En eso consiste, en parte, su tesis central, la llamada *tesis del caso especial*, en la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico y las del discurso práctico; *vid.* Alexy (1997a: 275 y s.; 1999: 31).

²⁹ *Vid.*, entre otros, Aarnio (1991: 23) o Gascón Abellán / García Figueroa (2005: 130 ss.).

³⁰ Sobre el principio de unidad de razonamiento práctico, *vid.* Nino (1985), Atienza (1996), Redondo (1996) y (1999).

lógico del principio de unidad de razón práctica. Por lo general, se identifica este criterio último con la moral³¹, aunque otros autores hablan de corrección práctica en un sentido más amplio y no de moral *tout court*³². En la medida en que todo razonamiento práctico aspira a la corrección absoluta, habrán de tomarse en consideración todos los argumentos relevantes, lo que, en contextos como el jurídico, supone atender tanto argumentos sustantivos como argumentos institucionales, esto es, los argumentos interpretativos clásicos que, como hemos visto más arriba, tienen, ya en abstracto, una traducción o equivalencia sustantiva. En este sentido se habla de la relevancia jurídica de la moral y de la relevancia moral del Derecho³³.

Esa dimensión sustantiva o material que subyace a los discursos jurídicos está ya presente, aunque de un modo mucho menos articulado, en las tesis de Recaséns. La idea de prudencia funciona en el logos de lo razonable como categoría de cierre o criterio último de la unidad de razón práctica, de forma similar a como lo hacen los argumentos morales o la corrección práctica en los planteamientos de Nino o Alexy, respectivamente. En mi opinión, habría resultado perfectamente coherente el haber colocado bajo el «manto de la prudencia» —y no al margen— a los métodos de la interpretación, concibiéndolos como argumentos potencialmente razonables en función de las circunstancias relevantes de cada caso.

b) Interpretación y argumentación jurídica según el logos de lo razonable

Aunque en ocasiones el logos de lo razonable parece plantearse como una descripción del razonamiento que de hecho tiene lugar en la mente de los jueces cuando deciden los problemas jurídicos, razonamiento que, posteriormente, deben ocultar bajo la apariencia de una aplicación deductiva del derecho³⁴, sería un error no ver que se trata de una teoría eminentemente normativa.

³¹ Así Nino, cuando sostiene que «*todo* juicio de validez tiene en última instancia carácter moral» (Nino, 1985: 87); también, Atienza (1996).

³² Es la postura de Alexy; sobre la relación del discurso práctico general y los discursos morales, éticos y pragmáticos, véase Alexy (1995c) y Alexy (1999: 26 y ss.).

³³ Por ejemplo, la siguiente afirmación de Nino: «... una vez que el hombre moral acepta la existencia del gobierno y de las normas jurídicas para guiar la conducta de la gente inmoral, esa existencia se convierte en un dato fáctico que aquél debe tomar en cuenta en su propio razonamiento moral; la vigencia de un orden jurídico es una circunstancia que puede incidir en las conclusiones del razonamiento moral» (Nino, 1989: 121). Véase también Peczenik (1990).

³⁴ Recaséns sostiene que los jueces adquieren, previamente a su resolución, una comprensión intuitiva del caso, siendo así que «lo que se hace patente en la intuición del juez es precisamente lo que está fundado sobre la lógica de lo «razonable». Se trata de una intuición, pero de una intuición que revela algo que es objetivamente válido, cuyo fundamento radica en el logos de lo humano o de lo razonable» (1956a: 247).

Quizás el interés por la corrección de la decisión lleva a Recaséns a desentenderse por el procedimiento de justificación o a reducirlo a la mínima expresión. Una de las consecuencias más notables de haber planteado la lógica de lo razonable como una superación de todo el corpus metodológico anterior es que sus tesis sobre la interpretación y aplicación jurídicas no se articulan como un conjunto más o menos elaborado de reglas y formas de argumentos válidos, sino como unas pocas directivas muy generales cuyo fundamento descansa en la naturaleza valorativa o estimativa del Derecho. Recuérdese que, para Recaséns, se trata de un asunto esencialmente valorativo y sustantivo: antes que un conjunto de normas³⁵, el Derecho es un conjunto de valoraciones y estimaciones, de modo que las normas jurídicas son poco más que ejemplos paradigmáticos de aplicación de tales valores, que pueden ser cuestionados en cada acto de aplicación en virtud de «qué sea lo justo aquí y ahora»³⁶:

«El legislador opera con valoraciones sobre tipos de situaciones reales o hipotéticas en términos genéricos y relativamente abstractos. Lo esencial en su obra no consiste nunca en el texto de la Ley, sino en los juicios de valor que el legislador adoptó como inspiración y como pauta para su regla» [y, consecuentemente] «...el juez debe atenerse no tanto al texto de la regla –lo cual frecuentemente le llevaría a disparates o injusticias–, sino sobre todo y principalmente a las valoraciones efectivas sobre las cuales la regla está de hecho fundada –más o menos correctamente– y debe aplicar esas mismas valoraciones al caso particular» (Recaséns, 1956a: 287-288).

Para Recaséns, por tanto, la interpretación jurídica no es, en lo esencial, un problema lingüístico (semántico), sino valorativo: interpretar significa identificar los criterios o juicios de valor adoptados por el legislador. Una teoría de la argumentación jurídica basada en estas premisas adoptaría como elementos centrales los argumentos genéticos o teleológico-subjetivos³⁷ de la interpretación, teniendo que mostrar en cada caso: (i) cuáles son los criterios valorativos del legislador; y (ii) que una interpretación corresponde mejor que otra u otras a los valores que, por voluntad del legislador, inspiran el ordenamiento jurídico positivo. O dicho de otro modo, el contenido de la pretensión de corrección formulada con cada decisión jurídica consistiría en la adecuación de la decisión con los valores que inspiran el ordenamiento jurídico positivo.

³⁵ Dejaré aquí al margen cuál es el concepto de norma que presupone Recaséns y me referiré en todo caso a las disposiciones legales y/o a sus interpretaciones como «normas».

³⁶ Hago uso de la expresión de Viehweg (1986: 141); en un sentido muy similar, Karl Larenz habla de «la aspiración a una resolución justa del caso» (Larenz, 1994: 345).

³⁷ *Vid.* sobre estos argumentos, Alexy (1997a: 228) y García Amado (2004: 16).

En otros pasajes, sin embargo, Recaséns menciona otros criterios extrajurídicos a los que el juez también debe atenerse al determinar la norma aplicable al caso singular, como «las convicciones sociales vigentes precisamente en el presente, las cuales condicionan, circunscriben e impregnan el orden jurídico positivo», «la *interpretación razonable* (por lo tanto, no arbitraria) en relación con el caso singular» y «la idea que de los requerimientos de justicia se tiene en la sociedad y en la época concretas en que se vive» (Recaséns, 1956a: 310). Cabe preguntarse cuál sería el contenido de una pretensión de corrección que hubiera de atenerse a todos estos criterios: la respuesta no puede venir dada más que por un metacriterio, como la corrección práctica o –en términos mucho más familiares al logos de lo razonable– la prudencia.

En todo caso, lo que Recaséns se propone con estas directrices interpretativas es evitar los «disparates e injusticias» a que supuestamente conduce la aplicación de las normas generales a los casos particulares. Estas directrices plantean, no obstante, dos problemas bastante evidentes. El primero de ellos es relativo a la corrección material de las decisiones jurídicas: parece claro que con el recurso a los valores del legislador no se garantiza la corrección de las decisiones en los casos concretos, salvo que, a su vez, se presuponga la corrección de las valoraciones del legislador; esto es, precisamente, lo que, confundiendo deseo y realidad, hace Recaséns:

«El legislador se propone con sus leyes realizar de la mejor manera posible las exigencias de la justicia. Entonces, si el juez trata de interpretar esas leyes de modo que el resultado de aplicarlas a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir exactamente al mismo fin que se propuso el legislador» (Recaséns, 1960: 236-237).

El problema, naturalmente, es que el legislador no se propone realizar las exigencias de *la* justicia, sino de *su* justicia. Este es un escollo insalvable: ni las pretensiones de corrección ni las intenciones de realización de la justicia garantizan la corrección o la justicia del Derecho, como tampoco lo hacen las directrices interpretativas de tipo coherentista.

El segundo problema es el de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales será tanto mayor cuanto más evidentes sean los criterios de interpretación o aplicabilidad de las normas en cada caso. Este problema es minimizado por Recaséns cuando sostiene que las valoraciones que inspiran el orden jurídico o las convicciones sociales vigentes «suelen manifestarse de un modo relativamente más certero y seguro [que los textos legales] a través de una intuición de justicia concreta» o que «la inmensa mayoría de los ciudadanos suele tener certera intuición de lo que es considerado como justo y de lo que es tenido por injusto dentro de la sociedad en que vive y en la época en que vive» (Recaséns, 1956a: 311). Si esto fuera así, resulta

difícil explicar la naturaleza esencialmente conflictual del Derecho; o dicho de otro modo, el Derecho existe porque existe el conflicto, no pocas veces provocado por la falta de coincidencia entre las intuiciones individuales de justicia, en abstracto o en relación a problemas concretos.

En todo caso la seguridad es para Recaséns un valor secundario y subordinado al valor principal de la justicia. El Derecho, en efecto, es un medio para procurar –si es necesario, a través de la fuerza– la certeza y la seguridad que demandan las relaciones humanas o la posibilidad de llevar a cabo los propios planes de vida. Ahora bien, «con la certeza y seguridad no basta –sostiene Recaséns–, porque lo que importa es *certeza y seguridad en la justicia*» (Recaséns, 1956a: 298); la «certeza y seguridad en la injusticia, en el mal, en la insolidaridad, en la servidumbre, vendrían a hacer esas calamidades más dolorosas de lo que serían si se presentasen solamente como irrupciones casuales» (Recaséns, 1956a: 307), de tal modo que «se debe aspirar solamente al grado de certeza y seguridad que sea necesario como condición para el cumplimiento de los valores superiores de justicia y bienestar general, y solamente hasta el punto en que resulte compatible con el logro de estos valores más altos» (Recaséns, 1956a: 299).

4. CONCLUSIONES

La obra de Recaséns ofrece al lector contemporáneo algunas claves de la gestación de un modelo teórico –el proporcionado por las teorías de la argumentación– completamente asentado. Se anticipan o retoman ideas que con posterioridad se han revelado centrales para dicho modelo; así, la configuración de los problemas jurídicos como «problemas humanos» y la naturaleza argumentativa de sus modos de resolución, el carácter dialéctico de la racionalidad práctica o la unidad de razonamiento práctico contenido en la noción de prudencia.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho, se han mostrado, además, los paralelismos existentes entre el iusnaturalismo no ontológico de Recaséns y las actuales concepciones no positivistas implícitas en algunas de las más relevantes teorías de la argumentación jurídica contemporánea.

Más dudoso resulta el poder hablar de una teoría de la argumentación jurídica en sentido estricto en la obra de Recaséns. Como se ha señalado, el insuficiente desarrollo de argumentos y formas de argumentos propios del razonamiento jurídico responde en gran parte a los prejuicios antiformalistas y una concepción simplista de la corrección material de las decisiones jurídicas, concepción que parece ignorar la dimensión práctica de la metodología jurídica tradicional y los valores formales del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991.
- ALEXY, R.: «Juristische Interpretation», en Id. *Recht, Vernunft und Diskurs*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995a, pp. 71-92.
- «Diskurstheorie und Menschenrechte», en Id. *Recht, Vernunft und Diskurs*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995b, pp. 127-164.
- «Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses», en Id. *Recht, Vernunft und Diskurs*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995c, pp. 165-174.
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1997a.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1997b.
- «El concepto y la validez del derecho», en Id. *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997c, pp. 13-130.
- «La tesis del caso especial», *Isegoría* 21, 1999, pp. 23-35.
- ATIENZA, M.: «Para una razonable definición de “razonable”», *Doxa* 4, 1987, pp. 189-200.
- «Sobre lo razonable en el Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional* 27, 1989, pp. 93-110.
- «Lógica y argumentación jurídica», en Echeverría, J. / de Lorenzo, J. / Peña, L. *Calculemos... Matemáticas y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas*, Madrid, Trotta, 1996.
- *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1997.
- *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BAZÁN, J. L. / MADRID, R.: «Racionalidad y razonabilidad en el Derecho», *ARSP*, Beiheft 51, 1991, pp. 68-76.
- BECERRA BAZAL, A.: *Dos facetas de la Filosofía del Derecho de Recaséns Siches*, Madrid, Editor, 1990.
- BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2007 (3 ed.).
- BUENO, M.: *La axiología jurídica en Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980.
- CABRA APALATEGUI, J. M.: «La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy», *Anuario de Filosofía del Derecho* XXII, 2005, pp. 131-153.
- CONTRERAS HAUSER, M.: *La filosofía fundamental del Derecho de Luis Recaséns Siches*, Madrid, Universidad Computense, 1983.
- DE CASTRO, B.: *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, Salamanca, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, 1974.
- «Luis Recaséns Siches», en Domingo, Rafael (ed.), *Juristas Universales* (4 vols.), Madrid, Marcial Pons, 2004, vol IV, pp. 427-430.
- FETERIS, E. T.: *Fundamental of Legal Argumentation*, Dordrecht, Kluwer, 1999.
- GARCÍA AMADO, J. A.: «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho* III, 1986, pp. 151-182.
- *Teorías de la Tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

- «La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias», *Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000, pp. 103-129.
- «El argumento teleológico: las consecuencias y los principios», en Zulua-ga Gil, R. (ed. y comp.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el Derecho*, Cali, Librería Jurídica Sánchez / Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN, M. / GARCÍA FIGUEROA, A. J.: *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra, 2005 (2.ª ed.).
- GONZÁLEZ DÍAZ-LLANOS, A. E.: «Don Luis Recaséns Siches», *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII, 1968, pp. 345-354.
- GÜNTHER, K.: «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», *Doxa* 17-18, 1995, pp. 271-302.
- LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.
- LOPERA MESA, G. P.: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEC, 2006.
- LORCA NAVARRETE, J. F.: «La Filosofía jurídica española contemporánea», apéndice a Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho* (3 vols.), trad. Lorca Navarrete, J. F., Madrid, Pirámide, 1979, vol. III, pp. 323-325.
- MOLINA PIÑEIRO, L. J. et al.: *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2003.
- NEUMANN, U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.
- NINO, C. S.: *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1989.
- NUÑEZ CARPIZO, E.: *El pensamiento español en la filosofía del derecho de Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2001.
- ORTEGA Y GASSET, J.: «Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?», en Id. *Obras completas* (tomo III), Madrid, Taurus/Revista de Occidente, 2005, pp. 531-549.
- PALOMINO TAPIA, M. T.: «Significado y alcance de la personalidad científica de Luis Recaséns Siches (1903-1977)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 75, 1989-1990, pp. 669-686.
- PECZENICK, A.: *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989.
- «Dimensiones morales del Derecho», *Doxa* 8, 1990, pp. 89-109.
- PERELMAN, CH. / OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989.
- RADBRUCH, G.: «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», en Radbruch, G. *El hombre en el derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, trad. Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- RECASÉNS SICHES, L.: «Extensas adiciones» a la 2.ª ed. española de del Vecchio, G. *Filosofía del Derecho* (2 vols.), Barcelona, Bosch, 1936.
- *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, FCE, México, 1956a (aquí se cita por la 3.ª ed., copiosamente aumentada, Porrúa, México, 1980).
- «El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica», *Dianoia* 2, 1956b, pp. 24-54.
- «Unicidad en el método de interpretación del Derecho», en *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, 1960, t. I, pp. 213-243.
- «La lógica de los problemas humanos», *Dianoia* 10, 1964, pp. 3-34.

- «Logos de lo humano, experiencia jurídica y Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho* XI, 1964-1965 (se cita como 1965a), pp. 11-43.
 - «La experiencia jurídica», *Dianoia* 11, 1965b, pp. 18-39.
 - «Revisión sobre el problema del “Derecho injusto”», *Dianoia* 12, 1966, pp. 29-50.
 - «Argumentación, Logos de lo humano y subjetivismo», *Dianoia* 14, 1968, pp. 163-181.
 - «Nueva filosofía de la técnica jurídica», *Dianoia* 15, 1969, pp. 255-277.
 - *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, México, FCE/UNAM, 1971.
- REDONDO, M. C.: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996.
- «La justificación de las decisiones judiciales», *Isegoría* 21, 1999, pp. 149-163.
- RIVAYA, B.: «Biografía política de Luis Recaséns Siches», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 52, 2001, pp. 193-228.
- VALDECANTOS, A.: *La fábrica del bien*, Madrid, Síntesis, 2008.
- VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Taurus, 1986.

Fecha de recepción: 22/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

Hacia una justicia glocal¹

Por AURELIO DE PRADA GARCÍA

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

«... *suum cuique tribuere.*»

Ulpiano, *Digesto* 1,1,10,1

RESUMEN

En este artículo se defiende la tesis de que la concepción aún hoy dominante de la justicia –la justicia estatal–, se hallaría en una crisis terminal, tanto en teoría como en la práctica, y que estaría siendo sustituida por una nueva concepción: la justicia glocal. Se argumenta que la crisis de la concepción de la justicia estatal no sería sino parte de los estadios finales de la crisis del Estado nacional, el Estado que ha sido dominante hasta hoy. Estaría emergiendo un nuevo paradigma político global/local, glocal en términos espacio temporales, con un nuevo paradigma de justicia. Una justicia referida no sólo a los nacionales de un país determinado, sino a toda la humanidad, considerando las generaciones presentes, pasadas y futuras e incluso a los animales y las plantas.

¹ Una primera versión de este trabajo –realizado en el marco del proyecto de investigación «Los derechos humanos en la era de la interculturalidad» DER 2008-06063-JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y cuyo investigador principal es el prof. Andrés Ollero Tassara–, fue presentada como ponencia al Congreso Internacional, Justice, Theory and Practice, celebrado en Taipei del 25 al 27 de mayo de 2009.

Palabras clave: *Justicia estatal, jurisdicción universal, Corte Penal Internacional, globalización, justicia glocal.*

ABSTRACT

This paper defends the idea that the dominant conception of justice, state justice, would be in a terminal crisis, both in theory and in practice and that a new conception's appearing, what I call glocal justice. I'll argue that the crisis of that conception is part of the final stages of the challenge to the national state, to the state which has been the dominant paradigm until this point. There is arising a new political paradigm, global/local, glocal in space&time terms, with its new justice's paradigm included. A justice related not only to the people of an specific country, but also to all the mankind, considering the present, past and future generations, inclusively the animals and plants.

Key words: *State justice, universal jurisdiction, International Criminal Court, globalization, glocal justice.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA JUSTICIA ESTATAL.-3. LA CRISIS DE LA JUSTICIA ESTATAL.-4. LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL.-5. A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA UNA JUSTICIA GLOCAL.

1. INTRODUCCIÓN

No parece haber discusión sobre el hecho de que la justicia estatal ha sido el paradigma dominante, tanto en teoría como en la práctica, no sólo en el pasado siglo xx sino desde la aparición misma del Estado moderno en el que se inserta. Un Estado considerado, también sin discusión, como «el lugar» y «el sujeto de la justicia»² y sobre cuyo papel dominante, en teoría y en la práctica, tampoco parece haber desacuerdo y ello, de nuevo, no sólo en el siglo pasado sino desde su triunfo en Europa Occidental a comienzos de la Edad Moderna.

No resulta tan claro, sin embargo, que tal forma de justicia y tal tipo de Estado, el Estado nacional, sigan siendo, hoy por hoy, los paradigmas dominantes y, menos aún, que lo vayan a ser en un futuro más

² Trujillo, I.: *Imparcialità. Le nuove frontiere della eguaglianza*. Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 11 ss.

o menos próximo. Más bien lo que parece ocurrir es que la justicia estatal y el propio Estado nacional se enfrentan a desafíos que si bien no van a provocar necesariamente su desaparición, sí van a privarles de su carácter dominante. Y es que, en efecto, la naturaleza de esos desafíos es tal que nos encontraríamos ante un cambio de paradigma tanto en la concepción de la justicia cuanto en la de la forma política hasta ahora hegemónicas.

En lo que sigue se analizará brevemente el carácter hegemónico de la justicia estatal para señalar, a continuación, algunos de los principales desafíos que hoy enfrenta y que, en último término, resultarían ser parte de la crisis en la que estaría sumido el Estado nación. Un Estado que estaría dando paso a un nuevo paradigma político con su correspondiente concepción de justicia, lo que aquí se denominará justicia glocal.

2. LA JUSTICIA ESTATAL

Desde luego no es preciso utilizar muchas palabras para demostrar que la justicia estatal ha sido y, en cierto modo, aún es el paradigma dominante en teoría y en la práctica. Y en efecto, por decirlo en términos clásicos, el «dar a cada uno lo suyo» que subyace a la concepción occidental de la justicia ha encontrado y aún encuentra en el Estado nacional su sujeto y su lugar «naturales». Sujeto por cuanto que es ese Estado nacional el que ha determinado y aún hoy define quién es cada uno y qué es lo que le corresponde. Lugar natural de la justicia por cuanto que es en ese Estado y a sus «naturales», a sus nacionales, a quienes se aplican esa definición y esa determinación.

Así, desde un punto de vista teórico, bastaría recordar cómo el primer pensador occidental de la soberanía estatal, Jean Bodin, señalaba como primer atributo del príncipe soberano el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular³, o sea el de establecer quién es cada uno y qué es lo que le corresponde. Asimismo bastaría recordar cómo Montesquieu⁴, tras las huellas de Locke⁵, incluyó el poder judicial dentro de los poderes del Estado o cómo el mismo Montesquieu⁶ en particular, enfatizó el modo en el que el poder judicial estaba sometido al poder legislativo de forma que, en los sistemas continentales, el juez se presentaba como la «boca muda» de la ley. La boca que daba a cada uno lo que le correspondía según previamente había establecido el poder legislativo.

³ BODIN, J.: *Los seis libros de la República* (1576), I, X. Barcelona, Aguilar, 1973. pp. 90-95

⁴ MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes* (1748), XI, VI Madrid, Tecnos, 1980, pp. 151-158

⁵ LOCKE, J.: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1690), Madrid, Alianza, 2002, pp. 141-153

⁶ MONTESQUIEU, *op.cit.*, *loc. cit.*

Tampoco se precisa de muchas palabras para demostrar cómo también en la práctica, el Estado nación ha sido y aún es el lugar natural y el sujeto de la justicia para sus nacionales. Y ello mediante el control completo, el monopolio de la administración de justicia en todo «su» territorio sirviéndose de una organización que incluye diversas jurisdicciones: civil, penal, administrativa, laboral... jerárquicamente estructuradas y que se corresponden con las diferentes relaciones de justicia que se establecen entre los habitantes del Estado nacional. Desde el nivel puramente local de las comunidades de vecinos hasta el propiamente nacional con todos los habitantes del Estado, pasando por los niveles municipales, provinciales y autonómicos por decirlo con el sistema establecido en el Estado nación español.

Obviamente esas relaciones de justicia no son todas las posibles pues, como se reconoce también unánimemente, hay relaciones de justicia entre habitantes de diferentes Estados; entre nacionales de diversos Estados. Ello no supone, sin embargo y en principio, una objeción, un desafío al carácter hegemónico de la justicia estatal. Y en efecto, es el Estado el que en sus interrelaciones con otros Estados tiene la última palabra en lo que toca a la justicia para sus nacionales, dado que, ciertamente, el derecho internacional es, hoy por hoy, eso: un derecho «entre naciones», «entre Estados» descansando, por ello mismo, en el acuerdo de los Estados-nación involucrados.

En principio, decimos, y es que bien podría argumentarse que ese acuerdo, esa necesidad de consenso con otros Estados ha constituido y constituye un primer desafío para el carácter dominante de la justicia estatal. Y efectivamente tal necesidad de acuerdo implica que la justicia nacional no agota todas las relaciones de justicia posibles. Dicho de otro modo, el Estado nacional no puede determinar por sí solo quién es cada uno y que es lo que le corresponde en todos los ámbitos sino que, al menos en alguno de ellos, precisa de acuerdos con otros Estados.

Así las cosas, la mera existencia de acuerdos internacionales parece supone una cierta inadecuación, una insuficiencia de la justicia estatal como hegemónica. Una insuficiencia implícita si se quiere, pero que se ha ido haciendo cada vez más explícita en los últimos años llegando a afectar incluso a los más altos cargos del Estado y, más aún, al núcleo mismo de la justicia estatal: a la Jefatura del Estado.

Dicha Jefatura ha gozado tradicionalmente de inmunidad penal absoluta⁷ no sólo en su propio territorio sino también en relación a poderes externos. Y ello, ante todo, por razones puramente lógicas, para cerrar el sistema. En efecto, si la cúspide de la pirámide, por decirlo en términos kelsenianos, pudiera ser juzgada por un órgano del propio sistema entonces no sería tal cúspide sino que ese lugar lo ocuparía el órgano juzgador. Órgano que, por su parte, sólo cerraría el sistema si no

⁷ Vid., por ejemplo, el artículo 56.3 CE: *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad*

hubiera otro órgano que revisase sus decisiones, pues si no se seguiría hasta el infinito y no cabría hablar propiamente de sistema. Por lo mismo, si el órgano juzgador del «Jefe del Estado» lo fuera de otro sistema entonces el «Jefe del Estado» no sería propiamente tal, sino un eslabón más dentro del sistema desde el que cabe juzgarle con lo que, de nuevo, tampoco podría decirse lógicamente que cierra el sistema.

Por supuesto no sólo hay razones puramente lógicas para la inmunidad penal del Jefe del Estado y de los más altos cargos del mismo sino también, y sobre todo, puramente políticas. En el interior del propio Estado para evitar constantes o largos retrasos en el proceso ejecutivo causadas por continuas batallas legales o por ataques por parte de los partidos de la oposición. Y en cuanto al exterior, la protección acordada a los Jefes de Estado y altos cargos del mismo contra la persecución por poderes externos resulta ser, al parecer y en último término, consecuencia de la propia soberanía, de la independencia como característica básica del Estado nación.

Ciertamente ha habido excepciones históricas a esta inmunidad, especialmente en los juicios tras la II Guerra mundial en Nuremberg y Tokio en los que altos cargos del Estado alemán y del japonés fueron juzgados y en muchos casos condenados por los poderes de las potencias victoriosas. Pero esto no supuso necesariamente un desafío al dominio de la justicia estatal a causa de las excepcionales circunstancias creadas por la guerra y también por el hecho de que tales juicios fueron conducidos por los Estados victoriosos contra sus antiguos enemigos (los perdedores) lo que viene a reafirmar lo insólito de la situación⁸.

Pues bien esa inmunidad penal del Jefe del Estado está cuestionada en los últimos años, no sólo a nivel interno sino sobre todo a nivel externo con lo que ello supone de desafío directo al corazón de la justicia estatal, a su carácter hegemónico. Trataré la cuestión examinando brevemente dos casos por orden estrictamente cronológico: el juicio a Augusto Pinochet, iniciado por el juez Baltasar Garzón en 1998 y la orden de arresto dictada por la Corte Penal Internacional contra el actual Jefe de Estado del Sudán, Al Bashir, el año 2009.

3. LA CRISIS DE LA JUSTICIA ESTATAL

En cuanto al primero de ellos, en 1998, como es bien sabido, el juez B. Garzón se consideró a sí mismo competente en virtud de la jurisdicción universal para actuar contra el general A. Pinochet, ante-

⁸ En el caso alemán, en virtud del Estatuto de Londres de 1945, una Comisión internacional integrada por los cuatro estados vencedores creó el Tribunal de Nuremberg. En semejantes términos, aunque con inclusión de una potencia neutral como India, se creó en 1946 un Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente que juzgó en Tokio a los principales criminales de guerra japoneses.

rior Jefe de Estado de Chile gracias a un golpe de estado contra el gobierno legítimo de S. Allende. El juez argumentaba con base en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, efectivamente, facultaba a los tribunales españoles a conocer determinados delitos cometidos fuera del territorio español por españoles o extranjeros. Una argumentación, por lo demás, refrendada posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹, al establecer que no era necesario ningún vínculo de nacionalidad española de las víctimas de tales delitos y que la única limitación expresa al ejercicio de esta jurisdicción universal era la de cosa juzgada.

Como es obvio esa asunción unilateral de la jurisdicción universal por parte de la justicia estatal española no era excluyente sino todo lo contrario. Y en efecto, el argumento en último término era que la comunidad internacional resulta afectada por esos crímenes de modo que cualquier tribunal del mundo, cualquier justicia estatal podía, basándose en la jurisdicción universal, actuar *ratione materiae*¹⁰ contra ellos.

No parece preciso abundar en lo que ello supone de desafío directo al carácter hegemónico de la justicia estatal pues, ciertamente, la afirmación de la jurisdicción universal supone la de una justicia universal por encima de la justicia estatal. Supone reconocer que no hay sólo relaciones de justicia entre nacionales, sino también con nacionales de otros Estados con los que no hay vinculación alguna vía nacionalidad sino sólo, por así decirlo, vinculación vía humanidad. Una vinculación que permitiría actuar contra los que atentan contra ella aunque sean Jefes de Estado, aunque sean los elementos de cierre de los distintos sistemas jurídicos y el símbolo de la soberanía estatal.

Tampoco parece preciso señalar que la afirmación unilateral de la jurisdicción universal supone inevitablemente la aceptación de los conflictos diplomáticos entre la justicia estatal que juzga, el Estado que juzga (en virtud de la jurisdicción universal) y el que es juzgado que obviamente se opone a esa jurisdicción. Una aceptación que, al menos en el caso de quienes la defendemos en el ámbito español, esperamos sea sólo provisional al igual que la de la propia jurisdicción universal de la que es corolario.

Y en efecto, quienes desde las instituciones legales y académicas españolas defendemos la asunción unilateral de la jurisdicción universal no argumentamos que sea una herramienta perfecta para obtener justicia, sino simplemente que es el mejor instrumento que tenemos en este momento, aquí y ahora¹¹ Hasta que no haya un sistema univer-

⁹ Sentencia 237/2005

¹⁰ DOMINGO OSLÉ, R.: *¿Qué es el Derecho global?* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 130.

¹¹ MARIN CASTAN, M. L. y PRADA, A. de: «Globalización y principio de jurisdicción universal: Algunas consideraciones desde la filosofía del derecho». En Lima Torrado, J., Olivas, E. y Ortiz-Arce de la Fuente, A.: *Globalización y Derecho: Una aproximación desde Europa y América Latina*, Madrid, Dilex, 2007 pp. 361-383.

sal de justicia que establezca quién es cada uno y lo que le corresponde, creemos que es obligado usar cualquier instrumento a nuestro alcance para conseguir justicia «mientras tanto» y ello pese a los mayores o menores inconvenientes y conflictos diplomáticos que se puedan generar.

Desde luego cabría argumentar que ésta es una posición típicamente española y cabría recordar incluso nuestra mayor aportación a la literatura universal, a Don Quijote con su declarado propósito de

«irse por todo el mundo con sus armas y caballo a deshacer todo género de agravio, enderezar tuertos, enmendar sinrazones, mejorar abusos y satisfacer deudas.»

Y así quizás no sería del todo descabellado considerarnos como nuevos Don Quijotes que buscarían la justicia por doquier pese a los monumentales obstáculos y peligros y a las reacciones de los gobiernos correspondientes. Más aún, cabría incluso pensar que superaríamos a Don Quijote pues, de algún modo, estaríamos animando a otros países a asumir unilateralmente la jurisdicción universal para conseguir así más rápidamente un sistema universal de justicia.

Aunque, bien miradas las cosas y al igual que a Don Quijote, también podría señalársenos un punto de locura, dado que, hoy por hoy, ya hay mecanismos de justicia internacional a los que cabe recurrir y que, por lo mismo, parecen hacer innecesaria nuestra defensa de la jurisdicción universal.

Entre esos mecanismos destaca, desde luego, la Corte Penal Internacional (CPI). El primer organismo judicial internacional de carácter permanente encargado de perseguir y condenar los más graves crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, delito de agresión, crímenes de guerra... cometidos por individuos en contra del Derecho Internacional y cuyo Estatuto, aprobado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002¹², habiendo sido ratificado a fecha de hoy por 110 países.

Una vez más, no parece preciso insistir en lo que ello supone de ataque directo a la supremacía de la justicia estatal. Y en efecto, ya no es una sola justicia estatal, un Don Quijote que, ante la ineficiencia de una justicia estatal concreta, ante la inexistencia o ineficiencia de mecanismos internacionales asume unilateralmente la jurisdicción universal animando con su ejemplo a que otros hagan lo mismo. No; ahora nada menos que 110 países, 110 justicias estatales se reconocen expresamente insuficientes y determinan establecer una Corte penal internacional en los contundentes términos del preámbulo del Estatuto:

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían, la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

¹² Tras haberse conseguido las 60 ratificaciones exigidas

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

Podría pensarse, con todo, que ese reconocimiento expreso de insuficiencia, esa sumisión de 110 justicias estatales a una justicia penal internacional para que los crímenes más graves no queden sin castigo, no supone a la postre menoscabo alguno de la primacía de la justicia estatal pues, en último término, la Corte no deja de ser resultado de un acuerdo entre Estados. Objeción que incluso cabría reforzar aludiendo al hecho de que la Corte se rige, entre otros, por el principio de complementariedad; esto es, para el caso de que la justicia estatal correspondiente no juzgue o no pueda juzgar los hechos de competencia de la Corte, de forma que la justicia estatal seguiría siendo la dominante y tan sólo necesitaría ser complementada en determinados supuestos.

Pero tales objeciones no disminuyen el alcance del desafío al papel hegemónico de la justicia estatal que la existencia de la CPI supone. Y así, por lo que toca a la primera, cabe argumentar que la mera ratificación del estatuto de la CPI supone ciertamente un reconocimiento expreso de insuficiencia de la justicia estatal; reconocimiento tanto más clamoroso dado el número de países que lo han realizado. En cuanto al principio de complementariedad por el que, entre otros, se rige la CPI, tampoco disminuye la fuerza del desafío. Y en efecto, dejando al margen posibles sutilezas sobre la diferencia entre completar y complementar¹³, tal principio supone de nuevo un reconocimiento expreso de la insuficiencia de la justicia estatal en cuanto que ha de ser complementada/completada. Reconocimiento expreso reforzado por el hecho de que son 110 justicias estatales quienes hasta el momento lo han realizado.

Por lo demás esas hipotéticas objeciones pueden ser rebatidas también cualitativamente toda vez que olvidan que en el Estatuto se incluye el mismo desafío directo a la justicia estatal que se vio a propósito de la jurisdicción universal. Un desafío en el centro, en el núcleo de la justicia estatal independiente y soberana, en la impunidad del Jefe del Estado. Y en efecto, el artículo 27 del Estatuto establece expresamente la irrelevancia del cargo oficial a la hora de ser enjuiciado por la CPI, Jefatura del Estado incluida¹⁴.

¹³ Como las que cabe hacer a propósito del 1.6 del Código civil español.

¹⁴ Improcedencia del cargo oficial:

1. *El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido*

Así las cosas, la ratificación del Estatuto no solo supone un reconocimiento expreso de insuficiencia de la justicia estatal; no solo supone el reconocimiento de que ha de ser complementada sino, también y sobre todo, supone la remoción de la protección otorgada a los Jefes de Estado por la soberanía estatal. Supone, pues, que la protección de los derechos humanos prima sobre la soberanía del Estado. Con lo cual resulta que para los países signatarios del Estatuto por encima de la hasta hoy hegemónica justicia estatal, por encima de la soberanía del Estado, personificada en su cabeza, en el Jefe del Estado está la justicia internacional, el respeto a los derechos humanos.

Más aún, pues ese reconocimiento de la insuficiencia de la justicia estatal en su corazón, en su punto central no es puramente teórico sino que se ha concretado en la práctica. Y en efecto, como consecuencia de la investigación iniciada a resultas de la resolución de 31 de marzo de 2005 del Consejo de Seguridad, por la que se remitía al fiscal de la CPI la situación en Darfur para su investigación y enjuiciamiento, en marzo de 2009, la CPI dictó una orden de arresto contra el Jefe del Estado sudanés Al Bashir, otorgándole así el dudoso honor de convertirse en el primer Jefe de Estado en activo al que se acusa de crímenes contra la humanidad.

Ciertamente, en el momento en que escribimos esa orden no ha sido cumplida y por las trazas no parece que vaya a ser obedecida dada la oposición de la Liga Árabe, alegando la distinta vara de medir con que es tratada África por parte de la CPI. Oposición a la que habría que añadir las reticencias que China continental y Rusia han expresado al respecto y ello pese a formar parte del Consejo de Seguridad que ordenó la investigación de la que trae causa la orden de detención.

Ahora bien y con independencia de lo que ocurra en relación a esa orden de arresto, esta última alusión nos pone sobre la pista de un dato que hasta aquí habíamos obviado y que abunda en la fuerza del desafío que la existencia de la CPI supone para el carácter paradigmático de la justicia estatal: la intensidad de la resistencia que su implantación ha suscitado. Y en efecto hasta aquí hemos jugado con el número considerable de países, de justicia estatales que han ratificado el Estatuto sin hacer mención alguna a las justicias estatales que no lo han hecho como es el caso de las de Estados Unidos, Rusia, China, India, Israel, Cuba o Irak.

Pues bien, alguno de esos Estados no sólo no han firmado el Estatuto sino que han adoptado un papel claramente crítico; papel que, en último término, no es sino fruto de una actitud de defensa de su propia justicia estatal como la única para sus ciudadanos. Más aún, alguno de

o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

esos Estados van más allá de la mera crítica, adoptando una postura de oposición activa como los EEUU, cuya actitud ante la CPI puede resumirse recordando la célebre *American Service-Members' Protection Act* (ASPA), también conocida como «Ley de invasión de La Haya» y que fue aprobada por el Congreso el 2 de agosto de 2002, apenas un mes después de la entrada en vigor del Estatuto de la CPI.

Y ciertamente dicha ley hace honor a su apodo pues no sólo prohíbe a los gobiernos y a los organismos federales, estatales y locales estadounidenses (incluidos los tribunales y los organismos encargados de hacerla cumplir) la asistencia a la CPI; no sólo prohíbe la extradición de cualquier persona de los Estados Unidos a la CPI o, la realización de investigaciones en los Estados Unidos por parte de los agentes de la CPI, sino que autoriza expresamente al presidente de los Estados Unidos a utilizar

«todos los medios necesarios y adecuados para lograr la liberación de cualquier [personal estadounidense o aliado] detenido o encarcelado, en nombre de, o a solicitud de la Corte Penal Internacional.»

Ni que decir tiene que esa reacción tan desaforada —como, sin duda, la calificaría Don Quijote—, es buena muestra de la potencia del desafío que la justicia penal internacional supone para el carácter paradigmático de la justicia estatal. Una reacción desaforada, por cierto, que aún lo es más. Y es que a lo anterior ha de sumarse el hecho de que, a partir de 2003, EEUU decidió poner término a la ayuda militar a los países que decidieran no acceder a convenir un tratado de exclusión en base al artículo 98 del Estatuto. Un artículo que, como también es sabido, establece una forma de evitar el cumplimiento de las resoluciones de la CPI: cuando exista un tratado internacional que proteja al nacional de otro estado que no sea parte del Estatuto¹⁵.

Desde luego, Don Quijote no saldría de su asombro al saber que a fecha de hoy, los EEUU, la justicia estatal hegemónica ha logrado convenir acuerdos al respecto con cerca de 100 países¹⁶. No dejaría

¹⁵ 1. *La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.*

2. *La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.*

¹⁶ Entre los países que no han aceptado suscribir tales acuerdos cabe citar a Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú, Sudáfrica y Venezuela

de asombrase ante el espectáculo de tantas y tantas justicias nacionales que, habiéndose reconocido insuficientes y habiendo pactado un mecanismo penal internacional en el que se excluye la inmunidad, acaban, sin embargo, acordando con la más importante justicia estatal la inmunidad de sus ciudadanos o la de sus aliados. Y ciertamente, a no dudar, ese asombro le afirmarí­a aún más en sus propósitos de justicia universal, asumiendo unilateralmente la jurisdicción universal incluso frente a esa justicia internacional que tan poco de fí­ar parece.

Una afirmación imposible, al menos por el momento, pues recientemente el Congreso español ha aprobado una reforma legal que limita la capacidad del país para apelar a la jurisdicción universal y perseguir cualquier crimen contra la humanidad. Sólo podrá ser invocada si España esta involucrada en el caso. De este modo, parece que Don Quijote ha de volver a La Mancha, junto a los molinos de viento, a esperar otra oportunidad para salir a perseguir a los criminales a lo largo y ancho del mundo.

Pero no procede entretenerse ahora en aventurar cuál de esos dos desafíos a la justicia estatal tendrá mayor virtualidad en un futuro más o menos próximo. No procede lanzar hipótesis sobre la fuerza potencial de la justicia universal o la de la justicia internacional, pues ambos desafíos a la justicia estatal a la postre bien podrían ser considerados como meros síntomas de un desafío más general: el que sufre el Estado nacional no ya como lugar y sujeto naturales de la justicia sino como sujeto y lugar naturales de la política.

4. LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL

Y en efecto la crisis de la justicia estatal, presente en la afirmación unilateral de una justicia universal o en la instauración de una embrionaria justicia penal internacional así como en las reacciones que ha suscitado, bien podría interpretarse como un síntoma de la crisis de la propia forma política en la que se inscribe: el Estado nacional. Un Estado que, según parecer, estaría en crisis terminal como lugar natural de organización política, como *locus politicus* a consecuencia de la globalización. Trataré de ilustrar brevemente esta idea utilizando el carácter chino tradicional para la palabra «guó», nación, por cuanto este carácter no sólo incluye los elementos de la teorización occidental del Estado, sino también su interrelación, añadiendo además una dimensión espacio-temporal ausente en la concepción occidental. Y todo ello de una forma tan gráfica que permite visualizar también los principales desafíos que la globalización dirige al Estado moderno poniendo en peligro su papel hegemónico.

Y así, como es sabido¹⁷, en el carácter –«guó»–, «país, nación», en su forma tradicional,



se incluyen cuatro caracteres: –kǒu–, □, «boca», y por traslación, «población» y también «lenguaje, idioma»; –ì–, ■, «territorio», «tierra», y –gé–, 𠂔, «alabarda», «poder», todos ellos enmarcados por el carácter –wéi–, □ «límites», «fronteras».

Pocas veces resulta tan apropiado el dicho de una imagen vale más que mil palabras y es que salta a la vista que el carácter no sólo expresa los elementos básicos de la concepción occidental del Estado: soberanía, población y territorio¹⁸, sino también su interrelación. Y así, el territorio aparece situado bajo la población, sosteniéndola, sustentándola pues; mientras que el poder, la soberanía, por su parte, abraza, por así decirlo, esos dos elementos hasta el punto que todos ellos casi parecen trazos de un mismo y único carácter.

Por si no bastara con lo anterior, el cuarto carácter implicado, «wéi», encierra en límites, en «fronteras» esos tres elementos interrelacionados del Estado independizándolo así de otros semejantes. De esta forma se consigue una precisa descripción de la idea de soberanía y, con ella, de la del Estado soberano, del Estado nacional. La idea de un poder único que no reconoce superior y ejerce un completo control sobre un territorio y una población determinados precisamente por esos límites. No sólo eso. Esa descripción es tanto más precisa cuanto que, sorprendentemente, incluye también el control del tiempo de ese espacio. Un tiempo encerrado, por así decirlo, en esas fronteras y que comienza precisamente con la fundación/delimitación del propio espacio soberano, *ab urbe condita*, por decirlo en términos occidentales.

Lamentablemente no tenemos ni espacio –ni, por tanto, tiempo–, suficientes para indagar en los probables orígenes de esa dimensión espacio-temporal incluida en el carácter. Bastaría, quizás, con recordar la costumbre de los antiguos emperadores chinos de viajar cada cinco años a lo largo del país para adaptar espacio y tiempo¹⁹ o con señalar que cabe sentir el eco de esa concepción en el hecho de que China continental, aún hoy y pese a su extensión, está completamente regida por una sola zona horaria²⁰. Y desde luego apenas si tenemos espacio y tiempo para señalar que no es de extrañar que la representa-

¹⁷ McNAUGHTON, W. y YING, L.: *Reading & Writing Chinese*. Singapore, Tuttle Publishing, 1999, p. 53.

¹⁸ Vid. por todos, JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*. Buenos Aires, Albatros, 1981, cap. 13, pp. 295 ss.

¹⁹ LAUER, M. (Ed.): *I Ching Barral*, Barcelona, 1975 p. 40.

²⁰ FOLCH, D.: *La construcción de China. El período formativo de la civilización china*, Barcelona, Península/Atalaya, 2001, p. 17.

ción china del Estado sea tan sugestiva y feliz, superior a la teorización occidental, si se quiere, cuando China consiguió implantar los factores de unificación típicos del Estado moderno, 1500 años antes que los primeros estados europeos²¹.

Una superioridad que, paradójicamente, se muestra asimismo en el hecho de que ese carácter sirve también para ilustrar los desafíos que el Estado nacional enfrenta hoy día, a consecuencia básicamente del proceso de globalización, entendido éste en su sentido más amplio, o sea, incluyendo, entre otras, sus vertientes cultural y ecológica, y no sólo la económica²². Y en efecto cabe visualizar rápidamente cómo esos elementos del Estado se están desdibujando, haciéndose cada vez más y más borrosos a causa de ese proceso globalizador.

Así podríamos describir fácilmente como la representación estática y aislada, –independiente–, del territorio representada en el carácter chino resulta más y más inadecuada para dar cuenta de los diversos desafíos, los diversos problemas que el territorio estatal enfrenta por cambios inducidos por la acción de terceros y que incluyen, entre otros, la degradación ambiental, la desertización, la polución del aire y del agua o el calentamiento global... Problemas que hacen imposible el control del propio territorio por parte de cada Estado al margen de los cambios ambientales globales, e incluso, la existencia del propio territorio como ocurre ya a algunos Estados que, a consecuencia del cambio climático, están comprando territorios en otros Estados para alojar a su población²³.

Y lo mismo ocurre con la boca, la población, el idioma cuya representación estática y aislada –independiente–, se hace cada vez más y borrosa, como resultado de los flujos migratorios, de las exportaciones e importaciones de población, «máscarón de proa y máscara de la globalización»²⁴; así como por el multiculturalismo y multilingüismo crecientes. Factores todos ellos difícilmente controlables por cada Estado en particular pues, al margen de posibles pandemias, hacen a unos Estados dependientes de las remesas que sus inmigrantes envían a sus países de origen y obligan a otros bien a expulsiones en masa a legalizaciones asimismo en masa de esos inmigrantes.

Y por supuesto, también podríamos describir cómo se desdibujan los límites espacio-temporales de ese *locus* político hasta hoy presuntamente soberano. Cómo el espacio/tiempo puramente local, encerra-

²¹ *Ibíd.*

²² *Vid.* por todos, BECK, U.: *¿Qué es la globalización?* Barcelona, Paidós, 1998 y BECK, U. y BECK-GERNSEHEIM, E.: *Generación Global*. Barcelona, Paidós, 2008

²³ Es el caso, por ejemplo, de las Islas Maldivas que, ante la previsión de desaparición de parte de su territorio a causa del calentamiento global, están comprando tierras en Indonesia para alojar a su población

²⁴ Por decirlo con DE LUCAS, J: *Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 7 (2003) p. 23. *Vid.* también del mismo autor *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*. Barcelona, Icaria 2003.

do dentro de los límites de cada Estado es asaltado/borrado por las nuevas concepciones del espacio y el tiempo fruto de la revolución de las tecnologías de la información: el espacio de los flujos, el tiempo virtual/atemporal. Nuevo espacio-tiempo que estaría configurando ya una sociedad en red²⁵, interdependiente, global y local²⁶, glocal²⁷ de muy difícil, si es que no imposible, control por parte de cada Estado nacional.

Así las cosas, no procede abundar en los cambios que la globalización provoca asimismo en las interrelaciones entre los diversos elementos del Estado: entre territorio, población, espacio/tiempo local y global y poder, pues lo anterior parece más que suficiente para ilustrar cómo los elementos del carácter chino —«guó»— se desdibujan más y más; se hacen más y más borrosos a causa de la globalización. Si se quiere, en términos occidentales, cómo el Estado nacional estaría en plena «crisis de la soberanía»²⁸; cómo estaría dejando de ser el *locus politicus*, el lugar natural de organización política²⁹.

Prueba palmaria de ello, por lo demás, serían los procesos de integración en entes políticos supranacionales que cabe observar en los últimos decenios y de los que el proceso de construcción de la UE sería el caso paradigmático. Y en efecto al igual que los acuerdos internacionales a los que se aludió más arriba, como el de la creación de la CPI, eran prueba implícita de que la justicia estatal necesitaba complementarse, esos procesos de integración son prueba explícita de que el Estado nacional resulta ya insuficiente, incompleto.

Y así, por ejemplo, el Estado nación español —uno de los primeros, si es que no el primero de los Estados occidentales—, se encuentra hoy en pleno proceso deconstructivo: cediendo soberanía hacia abajo, hacia los niveles local y autonómico, y también hacia arriba, hacia el nivel europeo, aún en construcción. Una tendencia que cabe observar en otros muchos Estados y que estaría dando lugar progresivamente a *loci politici* más amplios, más globales si se quiere, o mejor y de nuevo glocales, pues esa ampliación del marco político supone al mismo tiempo reafirmación de sus niveles inferiores hasta llegar al más inmediato: el puramente local.

²⁵ Vid. CASTELLS, M.: *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. Vol I, *La sociedad red*. Madrid, Alianza, 1999, caps.1, 6 y 7

²⁶ «La economía mundial es cada vez más un todo interdependiente: cada una de sus partes se ha hecho dependiente del todo y, recíprocamente, el todo sufre las perturbaciones y alambres de las partes.» MORIN, E. y KERN, A. B.: *Tierra-Patria*. Kairós, Barcelona 1993, p 32

²⁷ Como es bien sabido, el término glocalización, mezcla de globalización y localización proviene del concepto japonés «dochakuka» derivado de «dochaku» (el que vive en su propia tierra) y fue introducido por R. ROBERTSON y difundido por U. BECK,

²⁸ Por decirlo con FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999. pp. 144 ss.

²⁹ Vid., p. e., OLIVAS, E.: *Consecuencias jurídico-políticas de la globalización*. Madrid, Reus, 2004, pp. 45 ss.

Integración en marcos políticos, en *loci politici* más amplios, decimos y decimos mal pues de todo lo anterior se sigue que ya no cabrían tales marcos políticos, en plural, sino un solo y único *locus politicus*, en singular. En otras palabras, desde lo anterior no parece posible, por ejemplo, que la UE, el modelo de integración por antonomasia, pueda dejar de ser lo que es hoy: un mero proyecto político³⁰ para convertirse en auténtico marco político en cuanto que soberano y con ella, y por lo mismo, todos los posibles entes políticos supranacionales. Las mismas fuerzas que asaltaban/difuminaban los Estados nacionales impedirían considerar esos entes políticos supranacionales como tales, como soberanos en cuanto que también asaltarían/difuminarían los elementos de esos presuntos marcos políticos ampliados como, sin ir más lejos, muestra la crisis financiera global en que, aquí y ahora, estamos inmersos. Una crisis que, por cierto, ha llevado a que los 25 Estados nacionales más desarrollados –aún formalmente soberanos–, tengan que someter obligatoriamente sus sistemas financieros a evaluaciones periódicas por parte del Fondo Monetario Internacional³¹. 25 estados entre los que se cuentan EEUU, Rusia, China e India; esto es, algunos de los que no han firmado el Estatuto de la CPI.

Así las cosas, si ya apenas cabe hablar de «soberanías» en plural, sino, en su caso, de una única soberanía global o mejor, y por lo dicho, glocal; si, por lo mismo, ya no cabe hablar de democracias en plural sino, en su caso, de una única democracia glocal³²; de, si se quiere, un cosmopolitismo³³ que unifique la condición de hombre y ciudadano

³⁰ Por decirlo con los términos del Ministro español de Asuntos Exteriores: «Despojar al Tratado constitucional de todos los elementos que reflejan que la Unión Europea es un proyecto político es una opción inaceptable para España.» *El País*, 11-5-07.

³¹ *El País*, 28-9-2010.

³² He desarrollado este punto en «Humanizar al hombre: Sobre glocalización, democracia y derechos humanos», en VV.AA., *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales, Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, Vol III, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 431-447.

³³ Entre la ingente bibliografía que ha generado el debate actual sobre el cosmopolitismo cabría citar a BARRY, B.: «Statism and Nationalism» en SHAPIRO, I. y BRILMAYER, L. (Eds.): *Global Justice*, New York, New York University Press 1999; BECK, U.: *The cosmopolitan perspective. Sociology of the Second Age of Modernity*, en *The British Journal of Sociology*, 51(1), 2000, pp. 79-105 y *Der kosmopolitische Blick oder Krieg ist Frieden*. Frankfurt Suhrkamp, 2004; BEITZ, C.: «Cosmopolitanism and Global Justice», en BROCK, G. y MOELLENDORF (Eds.): *Current Debates in Global Justice*. Dordrecht, Springer, 2005; CANEY, S.; *Justice Beyond Borders*, Oxford, Oxford University Press, 2005; ELSTER, J.: *Justicia local*, Barcelona, Gedisa, 1995; HABERMAS, J.: *La constelación postnacional*, Barcelona, Paidós, 2000 e *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid; Tecnos 2007; HELD, D.: *La democracia y el orden global*. Barcelona, Paidós, 1997; MILLER, D.: *National Responsibility and Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2007; NAGEL, T.: *The problem of Global Justice*, *Philosophy and Public Affairs*, 2005, 33 (2), pp. 113-147; NUSSBAUM, M.: «Kant and stoic cosmopolitanism», *Journal of Political Philosophy*, 1997, 5(1) pp. 1-25; POGGE, T. (Ed): *Global Justice*, Oxford, Blackwell Publishers, 2001; POGGE, T.: *World Poverty and Human Rights*, Oxford, Blackwell Publishers, 2002;

mediante ciudadanías sucesivas³⁴... se sigue, en conclusión, que la crisis de la justicia nacional patente en la asunción unilateral de la jurisdicción universal y en la creación de la CPI no sería, en efecto, sino un síntoma más, una parte más de la crisis del Estado nacional. Un síntoma quizás menor de la crisis del *locus politicus* dominante durante los últimos siglos; el cual, todo lo tentativamente que se quiera, estaría cediendo su puesto a un nuevo, y único, marco político global o, quizás y mejor, glocal, pues, como se apuntó más arriba la ampliación/difuminación del Estado nacional no lo es sólo hacia niveles superiores, sino también hacia los inferiores, hasta el local más inmediato.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA UNA JUSTICIA GLOCAL

Razones de espacio impiden, una vez más, exponer en detalle ese nuevo marco político emergente, esa «democracia glocal» especificando, en términos occidentales, los procesos de integración de los actuales Estados nacionales en entes políticos supranacionales y las dinámicas de integración entre esos diversos entes políticos supranacionales así como los factores que hoy por hoy pueden acelerarlas, cambios de identidad en el sujeto político —en el «yo»—, incluidos³⁵. Y tampoco tenemos espacio/tiempo, dicho ahora en términos orientales, para buscar una imagen alternativa a la que proporciona el carácter «guó» del que, ciertamente como mínimo, habría que rediseñar los límites.

Con todo, sí parece obligado aquí y ahora, aludir, siquiera sea brevemente y para concluir, a las relaciones de justicia emergentes que al tiempo que ponen en cuestión el carácter hegemónico de la justicia estatal, también estarían contribuyendo a configurar ese nuevo *locus*

RAWLS, J.: *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001; SLAUGHTER, A. M.: *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004; TOULMIN, S.: *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, Chicago, Chicago University Press, 1990, y ZOLO, D.: *Prospect for World Government*, Cambridge, Cambridge Polity Press, 1997.

³⁴ Vid. MARÍN CASTÁN, M. L. y PRADA, A. de: «Hombre y ciudadano: A propósito de la construcción europea», en VV.AA.: *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor García San Miguel*. Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares 2002, pp. 425-441, y PRADA, A. de: «Legitimidad democrática y crisis de legitimación: El discurso ecologista», en Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol LXVI, Coimbra, 1990, pp. 47-80.

³⁵ He desarrollado esos puntos en las siguientes publicaciones: *Pirámides y redes: El concepto de derecho*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 14, Madrid, 1999, pp. 171-197; *Globalización y medio ambiente: El ciudadano glocal*, A distancia, UNED, Vol. 19, núm. 2, Madrid, 2001-2002, pp. 50-54; *Apuntes para una teoría glocal del derecho*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 5, 2002; «Yos: La emergencia de la pólis glocal», en VV.AA.: *La globalización y la crisis de los derechos*. Varia, UNED Madrid, 2005, pp. 131-136, y *Humanizar al hombre: Sobre glocalización, democracia y derechos humanos*, cit.

político y la justicia correspondiente: la glocal. La justicia que va incluyendo sucesivos niveles de generalidad, de globalidad, sin perder por ello de vista los niveles más inmediatos, los locales sino todo lo contrario, pues aquéllos se integran espacio temporalmente en éstos y viceversa.

Y así resulta ya evidente que las relaciones de justicia con los conacionales, desde las locales más inmediatas hasta el nivel de globalidad estatal nacional, no son las únicas tal y como la hegemonía de la justicia estatal ha dado por supuesto en los últimos siglos. Y en efecto a esas relaciones de justicia hay que añadir, ante todo, las que se establecen con los ciudadanos de los países con los que se comparte la integración en entes políticos supranacionales, como es el caso, por ejemplo, de la UE y sus mecanismos institucionalizados para igualar a medio plazo, la renta *per capita* de sus habitantes.

Por supuesto, ese mayor nivel de generalidad no agota las relaciones de justicia emergentes pues, tal y como se apuntó a propósito de la jurisdicción universal y la CPI, hay acuerdo generalizado en que los crímenes contra la humanidad afectan a toda la comunidad internacional y ello hasta el punto de legitimarla para castigar, para dar lo suyo a sus autores, Jefes de Estado en activo incluidos. Con lo cual y dicho a contrario, no hay ya sólo relaciones de justicia con el nivel inmediato de generalidad respecto a los nacionales —el de los ciudadanos europeos, en nuestro caso—, sino con otro nivel más general: el de la humanidad, el de los seres humanos.

Un nivel más general, más global, y paradójicamente más inmediato, más local, pues en virtud de la revolución de las tecnologías de la información, en virtud de los nuevos espacios y tiempos, esa humanidad se hace más concreta, más interdependiente y por tanto, más y más susceptible de relaciones de justicia. Así, por servirnos de un ejemplo reciente —en tiempo de reloj—, un espectador del primer mundo del film *Slumdog Millionaire*, difícilmente podrá verse como tal, como mero espectador obviando su papel protagonista en el desarrollo de la película. Difícilmente dejará de convenir que la lotería natural del nacimiento ya no juega sólo dentro de su país sino que también lo hace dentro de toda la humanidad. Una lotería natural que debe ser corregida, al igual que en el nivel nacional, arbitrando mecanismos que hagan imposible la situación de sus co-protagonistas de película, arbitrando, si se quiere, que la pobreza extrema se considere también un crimen contra la humanidad.

Más aún, pues si ese espectador/actor lo es de un Estado con pasado colonial difícilmente dejará de reconocer también que lo que hoy es suyo, no lo es por completo pues en parte, por mínima que sea, proviene de la explotación/colonización realizada por sus antepasados. Con lo cual, más allá de las meras peticiones de disculpa o perdón, reconocerá la obligación de reparar, de un modo u otro, los daños que causaron sus antepasados y de los que se ha beneficiado más o menos directamente. Algo, por cierto, que ya empieza a ocurrir, de

algún modo, en relación con la esclavitud³⁶ y que supone la afirmación de una justicia por así llamarla diacrónica, en relación a las generaciones humanas pasadas y, por lo mismo, también con las futuras a las que también se les debe lo suyo: por ejemplo, un medio ambiente adecuado, capaz de garantizar su supervivencia.

Pudiera pensarse que las relaciones de justicia emergentes se agotan en ese nivel global/local, glocal de humanidad sincrónica y diacrómicamente entendida, pero ciertamente ese nivel no es, hoy por hoy, el último. Y en efecto, hoy resulta ya evidente, desde un punto de vista científico, que la humanidad no es propiamente tal sino, más precisamente, animalidad humana con lo cual en tanto que hombres, en tanto que animales humanos también tenemos relaciones con nuestros familiares animales no humanos: los próximos y los lejanos. Tenemos relaciones con unos parientes que, por lo mismo, también han de formar parte de «una teoría de la justicia»³⁷.

Más aún, todavía cabría añadir, hoy por hoy, un nuevo nivel global/local, glocal. Y es que, en efecto, la animalidad humana no se da en abstracto sino en un medio ambiente concreto que la permite. Un medio ambiente con el que se interrelaciona y del que es interdependiente hasta casi difuminarse en él³⁸; con lo cual y de nuevo, en cuanto

³⁶ Así, por ejemplo, en los EEUU hay ya varias demandas interpuestas por descendientes de esclavos contra las empresas que explotaron a sus antepasados.

³⁷ Cfr. RAWLS, J.: «Por último recordemos aquí los límites de una teoría de la justicia. No solamente se dejan de lado muchos aspectos de la moralidad, sino que tampoco se facilita ninguna descripción de la conducta recta en relación con los animales y con el resto de la naturaleza. Una concepción de la justicia no es más que una parte de una visión moral. Aunque yo no he sostenido que la capacidad de un sentido de la justicia sea necesaria para tener derecho a los servicios de la justicia, parece que no se nos exige, sin embargo, que se preste una estricta justicia a criaturas que carezcan de esa capacidad. Pero de esto no se sigue que no haya, en absoluto, exigencias respecto a ellas, ni en nuestras relaciones con el orden natural. Desde luego es injusto conducirse cruelmente con los animales, y la destrucción de una especie entera puede ser un gran mal. La capacidad de sentimientos de placer y de dolor, y de las formas de vida de que son capaces los animales, imponen, evidentemente, deberes de compasión y de humanidad en su caso. No intentaré explicar esas creencias aquí consideradas. Se hallan fuera del campo de la teoría de la justicia y no parece posible ampliar la doctrina contractual hasta incluirlas en el orden natural.» *Teoría de la Justicia* (1971), FCE, México, 1979, pp. 566 y 567

³⁸ «Literalmente, el medio ambiente son los entornos físico y biológico del organismo que se analiza (en este caso el Homo sapiens, la especie humana). La humanidad depende de dicho medio ambiente, sustentador de su vida de maneras muy complejas. Tan íntima es la conexión entre una y otra que se difumina la distinción entre individuo y medio ambiente. Una porción del aire que respiramos se convierte en parte de nosotros. El oxígeno metaboliza nuestros alimentos y se convierte en una parte de nuestra carne y de nuestra sangre; las partículas que respiramos se acumulan en nuestros pulmones. Un porcentaje de los líquidos que bebemos pasan a formar parte de nuestros cuerpos, al igual que, a su vez, se transforman en nuestros tejidos. De hecho, el término “medio ambiente” ... es un concepto inadecuado e impreciso, dado que no existe ni puede existir una clara distinción entre la humanidad y sus contornos... debería recordarse constantemente que, de formas muy importantes, nosotros y nuestro medio ambiente somos uno.» BARNEY, G.O. (dir.): *El mundo en el año 2000*. Tecnos, Madrid, 1982, p. 360.

animales humanos tenemos relaciones de justicia con otros seres vivos como, por ejemplo, las plantas de las que depende la supervivencia de nuestra condición.

Así las cosas, no procede seguir especulando sobre si aún cabrían nuevos niveles, globales/locales, pues lo anterior parece más que suficiente para mostrar cómo las relaciones de justicia hasta hoy paradigmáticas –las relaciones con los con-nacionales–, estarían dejando de serlo al igual que la forma política correspondiente. Y es que, ciertamente, todas esas nuevas relaciones de justicia a la vez globales y locales –glocales–, estarían comenzando a desplazar a la justicia estatal y, con ella, al propio Estado nacional de su lugares dominantes para situarlos dentro de un emergente marco político espacio-temporal que iría desde el nivel local-global, glocal más inmediato hasta el nivel global-local, glocal más dilatado.

Fecha de recepción: 29/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

La identidad de la Filosofía del Derecho como materia útil para juristas

Por J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

RESUMEN

Este texto trata sobre la «identidad» de la Filosofía del Derecho como «materia de juristas». Se rechaza la Filosofía del Derecho de los filósofos y las filósofas: una mera «filosofía aplicada» de una Filosofía General. Y se adopta la Filosofía del Derecho de los juristas y las juristas. En el artículo se constatan los dos rasgos identificativos de la filosofía jurídica que más y mejor la acercan a la comunidad de juristas, que son precisamente los que reciben una aceptación considerable por la doctrina. Por una parte, la dimensión «problemática» de la experiencia jurídica como objeto cognoscitivo. Rasgo que la sitúa en el mismo punto de partida de las demás materias jurídicas. Y que la provee de utilidad «formativa» y «profesional» en relación a los juristas y las juristas, y «social» en relación a los ciudadanos y las ciudadanas. Y, por otra parte, su función como «teoría crítica del Derecho», sobre todo de carácter «antidogmático». La crítica a la Dogmática jurídica y la problematización que despliega actualmente la teoría de los casos difíciles (que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional utilizan a menudo para resolver su casuística judicial) constituyen hoy en día las mejores instancias de legitimación contemporáneas de la Filosofía del Derecho como «materia jurídica».

Palabras clave: *Filosofía del Derecho, problematización, casos difíciles, crítica antidogmática.*

ABSTRACT

This text treats about «identity» on Philosophy of Law as «matter of jurists». The text rejects Philosophy of Law of the philosophers: a «applied philosophy» of a General Philosophy and it defends a Philosophy of Law of the jurists. The article explains two features that identify to legal philosophy. These features approach more and better legal philosophy to the jurists community; these features in fact receive a considerable acceptance by doctrine. On one hand, the «problematic» dimension of legal experience as cognitive object. This dimension locates to Philosophy of Law in the same starting point of other legal matters; and it provides «formative» utility and «professional» utility to the jurists, and «social» utility to the citizens. And, on the other hand, function of Philosophy of Law as «critical theory of Law», especially with «antidogmatic» character. At the moment, critique to the juridical Dogmatic and the problematic element content by «hard cases theory» (theory used by Supreme Court and Constitutional Court to solve their judicial casuistry) constitutes the best contemporary legitimization instances of Philosophy of Law as «legal matter».

Key words: Philosophy of Law, problematic element, hard cases, antidogmatic critique

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ACERCAR MÁS LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A LOS JURISTAS Y A LAS JURISTAS.—II. EL CRITERIO DE LA «PROBLEMATI-CIDAD» HA DE IDENTIFICAR RADICALMENTE A UNA FILOSOFÍA DEL DERECHOS ÚTIL PARA LA COMUNIDAD DE JURISTAS.—III. LA «ACTITUD CRÍTICA» TAMBIÉN IDENTIFICA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA JURISTAS. IV. CONCLUSIÓN: LA CRÍTICA ANTIDOGMÁTICA Y LA PROBLEMATI-CIDAD QUE DESPLIEGA LA «TEORÍA DE LOS CASOS DIFÍCILES» COMO INSTANCIAS DE LEGITIMACIÓN CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

I. INTRODUCCIÓN: ACERCAR MÁS LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A LOS JURISTAS Y A LAS JURISTAS

El problema de la organización de la enseñanza del Derecho suele ir ligado a un orden de cuestiones más generales relacionadas con los fines que persigue la educación jurídica y que no son externas al contexto histórico en el que las Facultades de Derecho y de Ciencias Sociales y Jurídicas desarrollan los Planes de Estudios de Derecho. Aun cuando la formación universitaria tiende a la formación técnica, y así se ha ido constatando en los Planes de Estudios de Derecho que se han sucedido en época reciente y cuya desembocadura son los criterios de Bolonia, de la educación jurídica tradicionalmente forma parte

la materia de Filosofía del Derecho, desde la idea de que las enseñanzas jurídicas que «no pretendan renunciar a su significación universitaria» han de completar «el estudio de las diversas ramas del Derecho con elementos de filosofía y de teoría general del derecho», cuyo objetivo es «desarrollar la capacidad de reflexión del estudiante y su espíritu crítico»¹.

Bien es cierto que a la hora de abordar el sentido y la función que adquiere la Filosofía del Derecho en el conocimiento jurídico, siempre ha sido una dificultad el hecho de que no exista una definición más o menos aceptada de la misma. Algo que posiblemente está en directa relación con las dificultades que tradicionalmente ha encontrado la doctrina para definir el concepto de Derecho², en razón de la pluralidad de concepciones que habitualmente caracterizan esta cuestión. Aunque según R. Guastini, la dificultad para definir a la Filosofía del Derecho es más bien una cuestión «interna» de los filósofos del Derecho, porque fuera no es un tema percibido. En su opinión, «La identidad de la filosofía del Derecho es una cuestión controvertida en el seno de la comunidad que practica esta disciplina, pero probablemente imperceptible para quienes observan las prácticas iusfilosóficas desde el exterior»³. Ante lo cual, pudiera parecer razonable la opinión de N. Bobbio de que «buscar una definición [estricta, única] de la Filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo»⁴. Por lo que, desde un punto de vista *estricto*, posiblemente existan tantas definiciones de Filosofía del Derecho como filósofos/as del Derecho, aunque también es verdad que desde la perspectiva de su «contenido temático» buena parte de la doctrina acepta en mayor medida la triada del pensador italiano como principal contenido material iusfilosófico. Es posible, que también entorpezca el definir a la Filosofía del Derecho la gran cantidad de funciones y objetivos que se le pretenden asignar⁵. O, dicho en palabras de Guastini, «la gran variedad de temas, de problemas y de métodos que se encuentran en las investigaciones de quienes se autocalifican como “filósofos del Derecho”»⁶.

¹ PÉREZ LUÑO, A. E.: «La Filosofía del Derecho y la formación de los juristas», en ID., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Mergablum, Sevilla, 2002, pp. 227-228.

² PÉREZ LUÑO, A. E.: «Concepto del Derecho y experiencia jurídica», en ID., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., pp. 43-46.

³ GUASTINI, R.: «Imágenes de la teoría del Derecho», en ID., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 15.

⁴ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 91.

⁵ GASCÓN ABELLÁN, M.: «Consideraciones sobre el objeto de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. X, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 192.

⁶ GUASTINI, R.: «Imágenes de la teoría del Derecho», cit., p. 15.

Sin embargo, ante este panorama de dificultades y diversidad de asuntos⁷, hay dos dimensiones de la Filosofía del Derecho que sí reciben al menos una aceptación considerable por parte de la doctrina, y que precisamente son aquellos rasgos identificadores que *más y mejor* la acercan al mundo del jurista. El primer rasgo identificador de la Filosofía del Derecho como materia jurídica es su consideración de «reflexión centrada en problemas». Y el segundo rasgo identificativo de su carácter de materia del ámbito jurídico es su *función* de «teoría crítica del Derecho». En este sentido, en el epígrafe II abordaré la «problematicidad» de la experiencia jurídica como objeto cognoscitivo identificador de la reflexión filosófico-jurídica. Asimismo, después de analizar el criterio *problemático*, en el epígrafe III afrontaré la dimensión de la Filosofía del Derecho como «teoría crítica» acerca del Derecho», que es y debe seguir siendo otro de los grandes elementos identificadores por excelencia de esta materia. Finalmente, en el epígrafe IV obtendré algunas conclusiones sobre la identidad de la filosofía jurídica como materia de juristas. Y afirmaré que «problematicidad» y «criticidad» constituyen los rasgos que más acercan la Filosofía del Derecho a la comunidad de juristas. Circunstancia que relacionaré con la *teoría de los casos difíciles* como una potencial instancia de legitimación contemporánea de la Filosofía del Derecho en el ámbito de los juristas y las juristas. En virtud de lo cual estimaré que constituye un grave error, y una razón altamente deslegitimadora, orientar a esta materia hacia una mera «filosofía aplicada» de una Filosofía General.

II. EL CRITERIO DE LA «PROBLEMATICIDAD» HA DE IDENTIFICAR RADICALMENTE A UNA FILOSOFÍA DEL DERECHOS ÚTIL PARA LA COMUNIDAD DE JURISTAS

Una de las funciones más relevantes que se atribuyen a la Filosofía del Derecho tiene que ver con el tipo de saber jurídico que proporciona a la enseñanza del Derecho. Conocer esa información nos va a facilitar evaluar la cuestión central acerca de si de este saber jurídico se puede predicar «utilidad» y, por consiguiente, si se trata de un saber «justificado» en la educación jurídica. No debemos perder de vista, como dice F. J. Ansuátegui, que «una de las principales justificaciones de cualquier tipo de aventura intelectual viene determinada por su utilidad»⁸. El «criterio de la utilidad» es, por tanto, determinante para

⁷ Cfr. BASTIDA FREIXEDO, X.: «Los asuntos de la Filosofía del Derecho», *Doxa*, núm. 22, 1999.

⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 181.

poder justificar la presencia y el sentido de la Filosofía del Derecho en nuestro tiempo en la formación de juristas.

Como es conocido, la mayoría de las disciplinas que forman el Plan de Estudios de Derecho se corresponden con materias de Derecho positivo. Sin embargo, el conocimiento y la crítica del Derecho no quedan agotadas por estas disciplinas por muy satisfactorios que sean sus rendimientos desde el punto de vista jurídico ideal. Sin embargo, frente a la mayoría de las materias que se dedican a explicar el Derecho positivo vigente, muy pocas disciplinas están asignadas de forma sustancial a la crítica jurídica, aun cuando el conocimiento crítico del Derecho tiene ciertos presupuestos (teóricos) que es necesario hacer explícitos para conseguir una comprensión integral del fenómeno jurídico. Y es aquí cuando la Filosofía del Derecho responde –encontrando precisamente en ello parte de su justificación– a la existencia de preguntas acerca del Derecho que la Ciencia jurídica positiva es incapaz de contestar⁹. La Filosofía del Derecho se justifica como integrante de las enseñanzas jurídicas, y constituye un saber de utilidad para la formación de juristas, desde el momento en que proporciona respuesta a «problemas» del Derecho que las otras ramas del saber jurídico ignoran solucionar y, por lo tanto, que son incapaces de afrontar, dando lugar a problemas jurídicos *irresueltos*. Problemas, que de no ser por la Filosofía del Derecho pudieran llegar a convertirse en *irresolubles* para el sistema jurídico. Operando aquí la Filosofía del Derecho como una «disciplina crítica y desintoxicadora de los estudios jurídicos»¹⁰. En este sentido, comparto con Pérez Luño que «La problematicidad inherente al proceso de conceptualización de la Filosofía y del Derecho, es una condición de la que, en verdad, no se halla exento el de la Filosofía del Derecho»¹¹.

En estos problemas jurídicos que atañen a la Filosofía del Derecho subyace la idea de que la realidad jurídica no se agota en el simple análisis formal-normativo del Derecho positivo vigente. El Derecho es también una realidad política, moral, social, cultural e histórica¹², es decir, una realidad difícilmente comprensible en su totalidad desde una perspectiva estrictamente jurídico-formal, cuyos problemas en ocasiones desbordan ese marco estrecho. Es precisamente la existencia de esos «problemas jurídicos» (que son, por tanto, problemas de

⁹ FERNÁNDEZ, E.: «La Filosofía del Derecho», en ID., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, p. 19.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, L.: «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 595.

¹¹ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», en ID., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., p. 73.

¹² Cfr. RUIZ MIGUEL, A.: *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002; asimismo, cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Lagares, Sevilla, 2003.

Filosofía del Derecho), o «problemas iusfilosóficos» como A. Ross prefiere denominarlos¹³, que desbordan el conocimiento científico y formal del Derecho vigente, lo que pone de manifiesto la necesidad para los juristas y las juristas de una reflexión como la Filosofía del Derecho rebasadora de la mera descripción del dato normativo. Tal como afirma Pérez Luño, «no es posible llegar a la definición de la Filosofía del Derecho sin que, de alguna forma, no se esté ya filosofando sobre la problemática que el fenómeno jurídico asume en la experiencia de la vida humana»¹⁴. *Grosso modo*, esos problemas, que vienen a corresponderse con los presupuestos teóricos de cualquier disciplina particular, incluyen el concepto de Derecho, el problema de su conocimiento y el de su valoración.

Por ejemplo, en relación con lo anterior, la discusión acerca de cuáles son los fundamentos y los límites de la Ciencia jurídica es algo que las disciplinas jurídicas particulares de Derecho positivo suelen ignorar porque no forma parte de su objeto cognoscitivo. Paradójicamente, prescinden de esa labor, pero su propia praxis no tiene más remedio que verse afectada por el planteamiento y la solución de este problema. Y aunque estas disciplinas jurídicas particulares normalmente se limitan a abarcar dogmáticamente el Derecho, eso no les supone un inconveniente para orientar desde su «limitado marco» el conocimiento del Derecho y proporcionar desde ahí, implícita o explícitamente, un modelo de jurista (acrítico) en las enseñanzas jurídicas. Desde la Filosofía del Derecho se puede y se debe mostrar la *parcialidad* de esa orientación, justificar la existencia de alternativas, y dotar al jurista de una conciencia crítica de su propia labor. Por eso, en la formación del jurista «crítico» que es susceptible de proporcionar la Filosofía del Derecho va a ser imprescindible una reflexión sobre los fundamentos, los límites y los métodos de la Ciencia jurídica. Siendo esta reflexión una de las tareas de la Filosofía del Derecho cualquiera que sea la forma en que ésta se conciba ideológica o metodológicamente.

Por lo dicho, la ubicación de la Filosofía del Derecho en las enseñanzas jurídicas tiene sentido desde el momento en que las disciplinas de Derecho positivo estudian el Derecho vigente pero hay *determinados problemas* del fenómeno jurídico que quedan *sin resolver*. Sea el caso, por ejemplo, del hecho de que el estudiante que no encuentra en las disciplinas de Derecho positivo una reflexión sobre el concepto de Derecho capaz de explicar sus presupuestos y de englobar sus diferentes manifestaciones. No comparto, a este respecto, que el concepto de Derecho sea un concepto *a priori* en el sentido kantiano de «un con-

¹³ Ross, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2006, p. 26.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 74.

cepto independiente de toda experiencia»¹⁵. No es independiente de la experiencia (jurídica) aunque sirva para ordenarla, al contrario, está estrechamente relacionado con ella: es un concepto teórico reconstruido desde la experiencia. Que no sea un concepto *a priori* no significa que no sea un concepto general, y que como tal ha de ser elaborado por una teoría general que pueda elevarse por encima de las diversas disciplinas jurídicas de Derecho positivo. Pues bien, esta tarea no la realizan las disciplinas de Derecho positivo sino la Filosofía del Derecho.

Claro está, esto puede dar a entender que la Filosofía del Derecho es una materia «residual» de todo aquello de lo que no se ocupan los juristas y las juristas en el desarrollo de su labor habitual¹⁶. Sin duda, ésta es una concepción de la Filosofía del Derecho que, por un lado, es ciertamente deslegitimadora de nuestro saber jurídico, sin embargo, por otro lado, creo que viene más bien a responder, ante la dificultad de enunciación de la Filosofía del Derecho, a un modo de definición «por contraste» frente a la mayoría de las materias de Derecho positivo en vigor. Y, en todo caso, una concepción así, viene a informar de la «insuficiencia» de la Ciencia jurídica positivista, de la Dogmática jurídica, de su «limitación» para dar cuenta de toda la realidad del Derecho¹⁷. Las corrientes antiformalistas que se inician con la crítica del fiscal J. von Kirchmann, la crítica al conceptualismo jurídico por parte del segundo Ihering y de la *Interessenjurisprudenz*, de la Sociología del Derecho, del *movimiento del Derecho libre*, del antinormativismo de la *teoría institucionalista* clásica sobre el Derecho, del *uso alternativo del Derecho* o del movimiento *Critical Legal Studies*, son ejemplos que evidencian aquella «insuficiencia» y «limitación» de la Ciencia jurídica positiva a la hora de abarcar en su integridad el fenómeno jurídico. En este sentido, parece admisible asumir que la Filosofía del Derecho es un saber de segundo grado (que no secundario), ubicado en un escalón superior (de reflexión) al conocimiento técnico-científico sobre el Derecho positivo¹⁸.

El tipo de respuesta que puede proporcionar la Filosofía del Derecho como reflexión centrada en problemas (jurídicos) plantea la cuestión de si se trata de una «filosofía aplicada» de una filosofía general o consiste en «una reflexión sobre problemas desde el *interior* de la experiencia jurídica». Resolver esta cuestión hace necesario acudir a las dos formas de hacer Filosofía del Derecho que puso de manifiesto Bobbio: enfocar la Filosofía del Derecho como «Filosofía del Dere-

¹⁵ KANT, I.: *Crítica de la razón pura*, edic. de Pedro Ribas, Alfaguara, Madrid, 1978, p. 43.

¹⁶ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 91.

¹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 183.

¹⁸ Cfr. ATIENZA, M.: *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001; asimismo, cfr. BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 3.^a edic., Tecnos, Madrid, 2001.

cho de los filósofos/as», o enfocar la Filosofía del Derecho como «Filosofía del Derecho de juristas».

Si enfocamos la Filosofía del Derecho desde la *Filosofía* significa, como afirma Bobbio, la transposición de los grandes sistemas filosóficos al ámbito del Derecho y en este sentido «la tarea del filósofo del Derecho consiste, una vez abrazada esta o aquella orientación, en extraer de ella la inspiración guía, e incluso grandes principios ya elaborados, nociones y terminología, para dar una solución unitaria, orientada y sistemática a los distintos problemas generales del Derecho y de la justicia, con lo que el filósofo del Derecho no brilla con luz propia sino con luz refleja»¹⁹. En este supuesto, el «filósofo-jurista», como lo califica Pérez Luño, llega «a la Filosofía del Derecho cuando en la construcción de su sistema [filosófico] se pregunta por el papel que en el mismo debe asignarse a la realidad jurídica»²⁰. Desde este punto de vista, la Filosofía del Derecho de los filósofos/as no responde sino a opciones filosóficas generales que meramente se aplican al conocimiento del Derecho, sin necesitar para ello conocer siquiera el Derecho, tal como evidencia Guastini: «pueden encontrarse sistemas de FD [Filosofía del Derecho] elaborados por filósofos que no conocen en absoluto el derecho, o tienen un conocimiento del mismo muy vago y superficial»²¹. Optar por este enfoque basado en la desconexión entre la reflexión iusfilosófica y la propia experiencia jurídica, lleva necesariamente a provocar la falta de interés y hasta una postura de distanciamiento y deslegitimación, de buena parte de la comunidad jurídica para con la Filosofía del Derecho. Por lo que me parece una opción muy perjudicial de cara a la justificación óptima de esta materia. Téngase en cuenta que esta opción aleja absurdamente a la Filosofía del Derecho de su verdadero objeto: el Derecho y la realidad jurídica. Por eso, una Filosofía del Derecho de los filósofos debe ser más propia de Titulaciones de Humanidades o Filosofía, pero no de la enseñanza del Derecho, en la que, en mi opinión, se presenta para los juristas y las juristas más bien como una auténtica «intrusa» (en todo el sentido de la palabra).

Por otra parte, opuestamente a la anterior, podemos enfocar la Filosofía del Derecho como Filosofía del Derecho *de juristas*. Esto significa que ahora nos situamos ante una Filosofía del Derecho cuyo punto de partida no es la Filosofía sino la «experiencia jurídica» misma²², y que tiene como campo de análisis aquellas cuestiones que, como planteó Bobbio, «no son abordadas de modo expreso o que los juristas dan por supuestas en su trabajo cotidiano de intérpretes del derecho

¹⁹ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 93.

²⁰ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 75.

²¹ GUASTINI, R.: «Imágenes de la teoría del Derecho», *cit.*, p. 17.

²² PÉREZ LUÑO, A. E.: «Concepto del Derecho y experiencia jurídica», *cit.*, pp. 69-72.

positivo»²³. Una Filosofía del Derecho para juristas puede responder a veces a concepciones que son *autónomas* de los juristas y las juristas, esto es, independientes de otras reflexiones filosóficas más generales. Según Pérez Luño, a diferencia del filósofo/a que se mete a jurista, «el jurista-filósofo se plantea “filosóficamente” el problema del Derecho cuando advierte la insuficiencia de los criterios técnico-jurídicos para desentrañar el sentido de sus conceptos fundamentales»²⁴. En la misma dirección, Peces-Barba también reivindica que la reflexión iusfilosófica debe partir de una base real: el material aportado por la Ciencia jurídica. Y nos advierte del reduccionismo que puede suponer que la Filosofía del Derecho se dirija hacia otros caminos etéreos: «Una Filosofía del Derecho que pretenda sustituir a la ciencia jurídica es una ilusión, y una Filosofía del Derecho que pretenda ignorar a la ciencia jurídica es un error que conduce a una elucubración abstracta carente de base real»²⁵. De modo, que una Filosofía del Derecho como saber metacientífico sobre el Derecho no puede ignorar el análisis científico sobre el Derecho que es propio de juristas²⁶. Constaté que es la Ciencia jurídica la que aporta la descripción de la experiencia jurídica a la Filosofía del Derecho, y la que también configura a dicha experiencia a través de las influencias que la comunidad de juristas –creadores y al mismo tiempo destinatarios de la Ciencia del Derecho– ejerce sobre los dos operadores jurídicos cuya labor es la más relevante: legisladores y jueces²⁷. A este respecto, a la hora de la justificación de la reflexión filosófico-jurídica, Peces-Barba ha hecho mucho hincapié en recalcar «el punto de partida científico de la Filosofía del Derecho», que no consiste sino en asumir que todas sus dimensiones temáticas «parten de los conocimientos aportados por la ciencia del Derecho, por las Ciencias sobre el Derecho y también por otras ciencias que no se ocupan directamente del fenómeno jurídico como la antropología y la psicología». O, lo que es lo mismo, «que no se hacen de espaldas a esa realidad»²⁸. Igualmente, desde el punto de vista justificatorio de esta materia, tampoco hay que perder de vista –afirma– que «la Filosofía del Derecho como concepto histórico, produce una forma de reflexión acotada a un momento histórico y cultural dado –la cultura jurídica moderna, por ejemplo– que puede modi-

²³ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 94.

²⁴ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 74.

²⁵ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1994, p. 161.

²⁶ FERNÁNDEZ, E.: «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en ID., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1991, p. 25.

²⁷ Cfr. BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 3.ª edic., Tecnos, Madrid, 2001.

²⁸ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 204-205.

ficarse por el cambio histórico, y que es inexplicable sin ese contexto histórico»²⁹.

Claro está, si la Filosofía del Derecho se entiende como una especulación cuyo punto de partida *no* es el ámbito de «lo jurídico», sino la Filosofía, los vínculos entre Filosofía del Derecho y comunidad de juristas se deslegitiman gravemente cuando en la formación de juristas se explica la Filosofía del Derecho de los filósofos/as, a modo de una rama de la Filosofía general. En este momento, la Filosofía del Derecho queda reducida a la aplicación de una especulación filosófica a un campo de objetos dados, entre los que se encuentra, en calidad sólo de uno más, el Derecho. En mi opinión, la Filosofía del Derecho aminorada a una mera «filosofía aplicada» es un error que cometemos con frecuencia los filósofos/as del Derecho, pues si ubicamos claramente a esta materia en el mundo de los juristas y las juristas el punto de partida han de ser los «problemas del Derecho», es decir, de la realidad jurídica, y no los problemas de la Filosofía. Punto de partida que ha de compartir con el resto de materias jurídicas. Por eso, la Filosofía del Derecho debe estar familiarizada con los problemas jurídicos y aportar soluciones para problemas «del Derecho». Por supuesto, no debe reducirse a ofrecer «respuestas formales» o respuestas «rígidamente analíticas» a los problemas jurídicos que le atañen³⁰. J. Ansuátegui habla de que «el filósofo del Derecho nunca debe perder de vista que, precisamente, lo que él hace es “*Filosofía del Derecho*” y que, consiguientemente, no puede olvidar que su interlocutor permanente es el Derecho, el Ordenamiento jurídico y los problemas que se suscitan a partir de la realidad jurídica»³¹.

La Filosofía del Derecho como reflexión centrada en problemas del Derecho que se integra en la formación de juristas ha de tener su hábitat natural en el Derecho. Sin embargo, esto no debe llevar a *aislarla* de reflexiones más generales que, de hecho, impregnan todos los campos del conocimiento en cada época, porque el mundo del Derecho no es ajeno a que estas corrientes de pensamiento y sus postulados –al igual que otros ámbitos cognoscitivos– tengan que ver con ellos y lleguen a comprenderse en todo su sentido en relación a ellos. Eso sí, una cosa es no aislar a la Filosofía del Derecho de las corrientes más generales de pensamiento, y otra muy distinta considerarla una mera aplicación derivada de éstas. Y tan errónea es, pues, una Filosofía del Derecho *de los filósofos/as* como una Filosofía del Derecho *irreflexiva*. Una Filosofía del Derecho de esa clase caería en un dogmatismo empobrecedor, y se volvería un saber inútil, dado que la Dogmática jurídica, la aclaración y sistematización del material jurídico positivo

²⁹ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 205.

³⁰ Cfr. SÁENZ RUEDA, L.: *El conflicto entre continentales y analíticos. Dos tradiciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2002.

³¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», cit., p. 192.

ya tiene sus propios especialistas en el Derecho positivo. En esta dirección, argumenta KAUFMANN que «con frecuencia se plantea la cuestión acerca de cuál sea el tipo de filosofía jurídica menos recomendable, la de los filósofos/as puros/as o la de los juristas puros; esta cuestión hay que contestarla diciendo que ambos tipos son igualmente malos»³².

Ahora, sin dejar de tener en cuenta que se trata de una materia *jurídica* que actúa en el ámbito cognoscitivo del *Derecho* destinada a la enseñanza del *Derecho*, la Filosofía del Derecho ha de estar familiarizada con la reflexión de problemas generales y específicos de otras ramas del saber y de otras disciplinas, desde la lógica a la teoría del Estado o la filosofía política. La razón es que la visión pluridimensional del Derecho hace necesario el auxilio y acompañamiento de otras disciplinas y en concreto de otras ramas de la filosofía con las que comparte caracteres epistemológicos con el saber filosófico en general. Según Dworkin, «la filosofía del Derecho trata de los problemas filosóficos suscitados por la existencia y la práctica de las leyes. Carece, pues, de un núcleo de problemas filosóficos distintos de su categoría específica, como poseen otras ramas de la filosofía pero su contenido coincide parcialmente con el de éstas. Dado que los conceptos de culpa, falta, intención y responsabilidad constituyen el meollo del derecho, la filosofía jurídica se nutre de la ética, de la filosofía del entendimiento, y de la filosofía de la acción. [Y] En la medida en que preocupa a los juristas la noción ideal del Derecho y la manera en que éste debería producirse y aplicarse, la filosofía jurídica se nutre también de la filosofía política»³³. Dworkin llega más lejos y sostiene que aun cuando la Filosofía del Derecho ha estado centrada durante décadas en buena medida en el debate sobre la naturaleza del derecho, «en el fondo, [es] un tema inherente a la filosofía del lenguaje y a la metafísica»³⁴.

Quizás más equilibrado sea el pronunciamiento de R. Alexy, que entiende que el núcleo definitorio de la Filosofía del Derecho consiste en el «razonamiento acerca de la naturaleza del Derecho», ya que «la filosofía del derecho no se dirige en general a las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, o lo que puede conocerse, sino a estas preguntas en relación con el derecho. [Y] Plantear estas preguntas en relación con el Derecho es preguntar por la naturaleza del Derecho. Esto parece llevar, desde luego, a definir a la filosofía del derecho como razonamiento acerca de la naturaleza del Derecho»³⁵.

³² KAUFMANN, A.: «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica», en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edic. esp. de G. Robles, Debate, Madrid, 1992, p. 27.

³³ DWORKIN, R.: «Introducción», en ID., *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, p. 7.

³⁴ DWORKIN, R.: «Introducción», *cit.*, p. 7.

³⁵ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *Doxa*, núm. 26, Alicante, 2003, p. 149.

Pero definir así a la Filosofía del Derecho puede ocasionar un «problema de circularidad» derivado de que, por una parte la Filosofía del Derecho «no puede definirse sin usar el concepto de derecho», pero, claro está, «como razonamiento acerca de la naturaleza del derecho», la Filosofía del Derecho tiene al mismo tiempo «la tarea de explicar qué es el derecho». La cuestión que surge es «¿Cómo puede la filosofía del Derecho comenzar a explorar qué es el derecho, si es imposible decir qué es la filosofía del Derecho sin saber de antemano qué es el derecho?». Aun así, para Alexy, esta circularidad puede resolverse a modo de un «círculo hermenéutico», esto es, «se comienza por una precomprensión sugerida por la práctica establecida y luego se elabora esta última mediante una reflexión crítica y sistemática»³⁶.

De cualquier modo, Alexy también recalca el carácter «problemático» de la Filosofía del Derecho, aunque, eso sí, para él su problematicidad está centrada en resolver la cuestión de la naturaleza del Derecho. La Filosofía del Derecho como reflexión centrada en problemas sobre la naturaleza del Derecho exige, en su opinión, resolver las tres siguientes cuestiones: el problema sobre «qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos “derecho”?»; el problema acerca de «la dimensión real o fáctica» del Derecho; y finalmente el problema de «la corrección o legitimidad del derecho», y en este problema el asunto principal es «la relación entre derecho y moral»³⁷. Esta triada de problemas «define el núcleo del problema sobre la naturaleza del Derecho». Y, desde este punto de vista, para él, ocuparse de estos problemas es «ocuparse de la dimensión ideal o crítica del Derecho»³⁸, al que entiendo como el segundo rasgo caracterizador e identificador de la reflexión iusfilosófica como materia jurídica, y al cual me referiré a continuación.

III. LA «ACTITUD CRÍTICA» TAMBIÉN IDENTIFICA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA JURISTAS

Si aceptamos que la «problematicidad» de la experiencia jurídica como objeto cognoscitivo de la filosofía jurídica es susceptible de constituirse en un criterio nuclear mínimo, de carácter *formal*, identificador –junto a otros– de un saber jurídico como la Filosofía del Derecho, eso viene a significar que el criterio *problemático* que mueve a la reflexión iusfilosófica se traduce sin grandes dificultades en un criterio central que podemos adoptar como origen definicional mínimo de la Filosofía del Derecho (criterio nuclear definicional). Pero,

³⁶ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *cit.*, pp. 149-150.

³⁷ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 151.

³⁸ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 151.

me voy a ocupar ahora en este epígrafe de la otra gran dimensión de la Filosofía del Derecho habitualmente aceptada por la doctrina. Dimensión que en tanto que completa sus rasgos identificadores como materia jurídica *también* integraría ese criterio nuclear definicional mínimo aludido, porque se trata de otro criterio central identificativo de esta materia: su función como «teoría crítica del Derecho», que aquí abordo desde un punto de vista «formal» de carácter exclusivamente *definicional*, es decir, no desde la perspectiva de las reflexiones materiales particulares que han integrado su contenido a lo largo del tiempo.

Este criterio definicional de la Filosofía del Derecho viene a poner de manifiesto que la «crítica jurídica» es la más importante función que despliega esta materia en la formación de juristas: proporcionando un «modelo de jurista crítico» frente al modelo de jurista «acrítico» que explícita o implícitamente suministran la mayoría de las disciplinas de Derecho positivo, que a su vez son abrumadora mayoría en la enseñanza del Derecho. Es tal la relevancia de la crítica jurídica en esta disciplina que a la criticidad puede considerársela como el *criterio identificador* por excelencia de la reflexión iusfilosófica.

Aquí hay que reiterar que a pesar de que determinados problemas del Derecho sólo encuentran respuesta en la Filosofía del Derecho, los Planes de Estudio de Derecho están sustentados en la hegemonía de las disciplinas jurídicas de carácter científico-técnico dedicadas a estudiar las normas y las instituciones jurídicas positivas, quedando ciertamente postergadas las disciplinas formativas que se centran en la reflexión sobre el Derecho positivo. Claro está, se trata de un tipo de parámetro formativo (mayoritario) que responden a un modelo de jurista «acrítico» promocionado por la Ciencia del Derecho tradicional y la Dogmática jurídica, que focaliza su atención fundamentalmente en la descripción ordenada de un conjunto de normas positivas de una determinada rama del Derecho, para recoger de ahí, en lo esencial, el contenido de las normas jurídicas, la clasificación de éstas según su origen, sus fuentes u otros criterios, y definir a partir de ellas, explícita o implícitamente, los conceptos jurídicos derivados y las instituciones, y contemplar asimismo la aplicación e interpretación de dichas normas. Eso sí, un saber jurídico como éste no incluye la reflexión sobre la concepción del Derecho positivo vigente, ni sobre sus presupuestos, ni posibilita su valoración más allá de su mero examen técnico, de modo que puede decirse que, en rigor, se trata de un modo «limitado» de abarcar cognoscitivamente el fenómeno jurídico.

Ocurre que ante este tipo de «jurista limitado» que nos suministra la Dogmática es cuando en mayor medida se pone de manifiesto la necesidad de un saber jurídico como la Filosofía del Derecho, que supere la mera descripción y el análisis de las normas positivas, y aborde la «valoración» crítica del paradigma que sustenta al Derecho positivo y a sus instituciones. En oposición al modelo de jurista que impregna buena parte de las disciplinas en las enseñanzas jurídicas, resulta ineludible la responsabilidad –desde la Filosofía del Derecho–

de aportar, cuando menos, materiales de contraste para el futuro jurista, a partir de los cuales, sea posible el reconocimiento de las verdaderas condiciones y significados del Derecho y de su praxis. Debiendo conocer el estudiante de Derecho, y desde otros saberes jurídicos, los términos reales de la función que se prepara a cumplir. Resultando la Filosofía del Derecho el saber jurídico que tiene más disposición a suministrar un modelo de jurista *diferente*, que sea consciente de que su capacidad de enjuiciamiento al Derecho forma parte de la comprensión integral del mismo. Lo que significa que la *crítica jurídica* es, pues, parte de la comprensión del Derecho. Y de faltar este ingrediente, la formación de juristas derivará a limitada e incompleta.

Y aquí hay que enfatizar que precisamente el modelo de jurista crítico que es susceptible de aportar la Filosofía del Derecho constituye una de las principales instancias justificatorias y legitimadoras de la presencia de esta materia en la educación jurídica universitaria, tal como pone de manifiesto Peces-Barba: «La justificación de la Filosofía del Derecho se produce... por la dimensión crítica que aporta»³⁹. Lo cual viene a indicarnos que la función principal que ha de desarrollar esta materia en la formación de juristas consiste en operar como teoría crítica del Derecho. Sin duda, esta dimensión crítica la recoge la Filosofía del Derecho de la reflexión filosófica en general –de la que es característica–. Y en esta disciplina se traduce, en general, tanto en una constante actitud antidogmática como de cuestionamiento permanente del *status quo* jurídico⁴⁰.

Sin esta actitud «crítica» no podría entenderse la Filosofía del Derecho, ni existiría como tal porque hubiera sido reducida a la Dogmática. La dimensión crítica de la Filosofía del Derecho ha acompañado siempre a la reflexión iusfilosófica, desde el Derecho Natural al positivismo jurídico y hasta el postpositivismo de nuestros días. Así, en el Derecho natural las actitudes *críticas* también plantearon alternativa en el interior mismo del iusnaturalismo de los sofistas en la antigua Grecia, que contraponía *physis* y *nomos*, leyes no-escritas de validez intemporal y leyes creadas por los hombres⁴¹, para generar un iusnaturalismo mucho más elaborado intelectualmente: el iusnaturalismo escolástico-medieval de San Agustín⁴² y Santo Tomás⁴³, apoyado en la ley universal de un Dios legislador, la ley natural y la ley

³⁹ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 190.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, A. E.: «Presupuestos filosóficos de Filosofía del Derecho», en ZAPATERO, V. (COORD.): *Horizontes de la filosofía del Derecho: homenaje a Luis García Sanniguel*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2002, p. 326.

⁴¹ WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1979, pp. 10-12.

⁴² Vid. AGUSTÍN (San): *De civitate Dei*, traducción de L. Riber, versión de J. Bastardas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1992, en la que contraponen la ciudad de Dios a la ciudad terrena.

⁴³ KAUFMANN, A.: «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, Granada, 1985, p. 44.

humana positiva. A su vez, frente al iusnaturalismo escolástico ejercerá una actitud *crítica* el iusnaturalismo moderno racionalista de J. J. Rousseau, I. Kant, J. Locke, C. Wolff, H. Grocio y Puffendorf entre otros. El *nuevo* Derecho natural responderá a una *reestructuración radical* del pensamiento y asimismo al impacto *emancipador* que trae consigo la Modernidad, rompiendo con la tradición intelectual de hasta entonces, cuya alternativa engendrará un fundamento diferente al anterior medieval⁴⁴.

La *crítica* jurídica al iusnaturalismo racionalista o moderno la ejercerán las posiciones positivistas. La primera posición *crítica* desde el punto de vista metodológico y de la estructuración sistemática del Derecho⁴⁵ al Derecho Natural la lleva a cabo la *Escuela Histórica*⁴⁶ del Derecho de F.K.v. Savigny⁴⁷ y de G. F. Puchta, su continuador⁴⁸. Si el Derecho natural inaugura los saberes jurídicos, la Escuela Histórica inaugura la Ciencia jurídica⁴⁹ y sembrará las semillas para el venidero formalismo en el Derecho⁵⁰. Con la codificación, los elementos metodológicos y sistemáticos de la *Escuela Histórica* se desplegarán envueltos ya en formalismo⁵¹, el cual aparece como una *crítica* jurídica al atomismo legislativo y a la falta de certeza e inseguridad jurídica consiguientes, y que desarrollará la *Escuela francesa de la Exégesis*, que ya representa el paso definitivo del iusnaturalismo

⁴⁴ DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1993, pp. 270-271.

⁴⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «La Escuela histórica del Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, Granada, núm. 18-19, 1979, pp. 24 ss.

⁴⁶ Cfr. PÉREZ-LUÑO, A. E.: «El legado doctrinal de la Escuela histórica del Derecho», en *Annaeus, Anales de la Tradición Romanística*, vol. 1, Tébar, Sevilla, 2004, pp. 239-259.

⁴⁷ SAVIGNY, F.C.V.: «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» [1814], en THIBAUT-SAVIGNY: *La codificación*, introducción y selección de textos de Jacques Stern, traducción de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970, pp. 47-169. Desde esta perspectiva historicista lo que se pretende (p. 168) es «una base de un Derecho seguro» que pertenezca a «la misma comunidad de la nación».

⁴⁸ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «La Escuela histórica del Derecho», *cit.*, p. 13.

⁴⁹ Véase CONTRERAS, F. J.: *Savigny y el historicismo jurídico*, Tecnos, Madrid, 2005.

⁵⁰ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en ID. (coord.), *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 145-146: «la respuesta de la ciencia del derecho del positivismo al problema del conocimiento del derecho en tanto que objetivación histórica renovada va a consistir en intentar aprehenderlo con el método y desde las premisas del racionalismo abstracto. Nacida en oposición consciente al derecho natural racionalista, la ciencia jurídica del positivismo va a incorporarse la gnoseología de aquél y va a tratar de resolver con ella un problema sólo comprensible desde la negación precisamente del racionalismo en el campo del derecho. Con este salto sobre su propia sombra, la ciencia del derecho del positivismo va a iniciar un proceso que durante más de cien años imprimirá su sello al pensamiento jurídico».

⁵¹ Véase GÓMEZ GARCÍA, J. A.: *El historicismo filosófico-jurídico de F.K. von Savigny*, UNED Ediciones, Madrid, 2002.

racionalista al positivismo legalista⁵², reforzando el papel de la unidad jurídica en la ley codificada⁵³. La alternativa *codificadora* al caos jurídico se consolida con el primer Ihering y su *conceptualismo jurídico*, expresión doctrinal del positivismo formalista y sustento de una Ciencia jurídica identificada ya con la Dogmática jurídica, cuya desembocadura «convierte la comprensión del derecho en un mero cálculo de conceptos, en un proceso abstracto de naturaleza lógico formal»⁵⁴.

La *crítica* ahora a la Dogmática jurídica y al positivismo legalista se desarrolla desde las corrientes antiformalistas que se inician con la *crítica* del fiscal J. v. Kirchmann a la prepotencia infundada de la Ciencia jurídica⁵⁵, y tienen como detonante principal la *crítica* a su propio conceptualismo jurídico por parte del segundo R. v. Ihering⁵⁶ y por la *Interessenjurisprudenz* de P. Heck⁵⁷. *Crítica* antiformalista que da un giro hacia la Sociología del Derecho con E. Erhlich⁵⁸, y desemboca en las *críticas* radicales del *movimiento del Derecho libre* de H. Kantorowicz⁵⁹ y E. Fuchs⁶⁰, además del antinormativismo que despliega la *teoría institucionalista* clásica sobre el Derecho⁶¹ o la opción del *uso alternativo del Derecho* desde el marxismo⁶², o el movimiento norteamericano *Critical Legal Studies* surgido en la Universidad de Harvard⁶³, que asimismo desarrollan una labor de *crítica* a las concepciones vigentes del Derecho⁶⁴.

Pero, además del positivismo legalista decimonónico –al que puede considerarse la primera gran formulación del positivismo jurídico–,

⁵² DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, cit., p. 107.

⁵³ Vid. Díez Picazo, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 209, sobre la «teoría de la subsunción».

⁵⁴ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», cit., pp. 157-158.

⁵⁵ Vid. Kirchmann, J. H. v.: *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. A. Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

⁵⁶ Vid. Ihering, R. v.: *El fin en el Derecho*, traducción de Diego Abad de Santillán, Comares, Granada, 2000.

⁵⁷ Vid. Heck, P.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. de M. Entenza, Comares, Granada, 1999.

⁵⁸ Cfr. Treves, R.: *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones y problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

⁵⁹ Vid. Kantorowicz, H. U.: «La lucha por la Ciencia del Derecho», traducción de Werner Goldschmidt, en VV. AA., *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.

⁶⁰ Cfr. García Amado, J. A.: «Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pp. 803-825.

⁶¹ Cfr. Ansuátegui Roig, F. J.: *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. Una aproximación*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996: Capítulo I.

⁶² Cfr. López Calera, N. M.; Saavedra, M., e Ibáñez, P. A.: *Sobre el uso alternativo del derecho*, ed. F. Torres, Valencia, 1978.

⁶³ Cfr. Pérez Lledó, J. A.: *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.

⁶⁴ Saavedra, M.: *Interpretación del Derecho y Crítica jurídica*, Fontamara, México DF, 1994, p. 42.

también la segunda gran fórmula positivista, elaborada ya en el siglo xx (primera mitad), el positivismo «normativo» de la teoría pura del Derecho de H. Kelsen, es consecuencia de la *crítica* jurídica que ejercita el austriaco tanto hacia el positivismo del siglo xix, que le antecedió como paradigma establecido sobre el Derecho, al que achacaba petrificar lo jurídico y no haber sabido responder a un Derecho cambiante; como en oposición a las corrientes críticas del antiformalismo en razón de que su resultado final disolvía al Derecho en puro subjetivismo. Kelsen tiene, pues, una actitud detractora hacia toda la teoría jurídica del siglo xix, a la que califica con los términos de «agotamiento e insuficiencia», porque, en su opinión, ni con uno (legalismo) ni con las otras (críticas antiformalistas al legalismo) se puede hacer auténtica Ciencia del Derecho libre de «impurezas» ideológicas⁶⁵. La razón principal es que ambas posiciones han caído en la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la Ciencia del Derecho. Por eso, desde su perspectiva, la tarea que uno y otras han realizado cabe calificarla de «política del Derecho», pero no de «Ciencia del Derecho»⁶⁶. En mérito a Kelsen, hay que mencionar que después de su positivismo normativo, la mayoría de las nuevas concepciones sobre el Derecho que han surgido lo han sido desde la *crítica* total o parcial hacia esta forma (*normativa*) de pensar el fenómeno jurídico que nos legó el jurista austriaco.

En ese sentido, el positivismo normativo de Kelsen ha sido igualmente objeto de numerosas *críticas*⁶⁷, como la del «decisionismo» *sin normas* de C. Schmitt, que atacó su formalismo y su función de soporte de las «reglas formales» propias de la Democracia y del Estado liberal de Derecho, para proponer desde el ultraconservadurismo la sustitución de la norma por la decisión subjetiva que finalmente termina encarnando un dictador y desembocando en la dictadura (política) como forma moderna de gobierno⁶⁸. O, las *críticas* jurídicas recibidas desde una perspectiva completamente diferente, la de Radbruch, cuyo positivismo admite excepciones de Derecho nulo en los supuestos de extrema injusticia del Derecho positivo⁶⁹. O la *crítica* jurídica «realista» al positivismo normativo que lleva a cabo la corriente escandinava de Upsala de Hägerström, Lundstedt, Olive-

⁶⁵ KELSEN, H.: «Prólogo a la primera edición» [1934], en ID., *Teoría Pura del Derecho* [1934 y 1960], traducción española de la 2.ª edición alemana de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México D.F., 1993, pp. 9-10.

⁶⁶ KELSEN, H.: «Prólogo a la primera edición» [1934], *cit.*, pp. 9-10.

⁶⁷ Cfr. CALSAMIGLIA, A.: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.

⁶⁸ Vid. SCHMITT, C.: *Der Begriff des Politischen*, in *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, núm. 58, Berlin, 1927; y 2.ª edición, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933; hay versión española por la que cito: ID., *El concepto de lo político* [1927 y 1933], versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 75.

⁶⁹ Vid. RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 2007.

crona y también Ross, a fin de impugnar el «objetivismo científico» que envuelve al normativismo y superar las doctrinas científicistas que todavía mantienen «condicionamientos idealistas»⁷⁰, sustituyendo la idea del Derecho como norma por la del Derecho como «hecho». O del realismo norteamericano, focalizado en la teoría de la adjudicación de O.W. Holmes⁷¹, R. Pound⁷², B. Cardozo y K.N. Llewellyn, entre otros, para oponerse a una concepción *normativa* del *Common Law* y a la idea de que las reglas formalmente enunciadas sean consideradas como el elemento determinante en la producción de las decisiones por los tribunales, aportando en su lugar la deconstrucción del silogismo judicial⁷³.

Después del *legalismo* (decimonónico) y del *normativismo* (kelseniano), la tercera gran fórmula positivista, el «*soft positivism*» de Hart, elaborado en la segunda mitad del siglo xx, también se constituye a partir de la *crítica*, aunque no absoluta, al positivismo de Kelsen⁷⁴, para configurarse como un positivismo contemporáneo más flexible —por ejemplo, a la hora de concebir la separación entre el Derecho y la moral, prescindiendo de la rigidez kelseniana—, y también más próximo a la complejidad actual de los sistemas jurídicos⁷⁵, sobre todo en relación a la práctica del Derecho, ya que tiene en cuenta la «razón práctica» y no sólo la norma⁷⁶. El *soft positivism* contemporáneo reelabora *también* el positivismo jurídico desde la *crítica* al anterior positivismo jurídico inglés o Jurisprudencia analítica de J. Bentham y J. Austin (del que es al mismo tiempo heredero en el siglo xx), y particularmente en relación a su teoría imperativista del Derecho⁷⁷.

Al mismo tiempo, el *soft positivism* ha estado sometido a la *crítica* jurídica, tal como la de L. L. Fuller, que frente al modelo normativo de las reglas y la separación del Derecho y la moral, propone dotar al

⁷⁰ Vid. HIERRO, L.: *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia, 1981.

⁷¹ Vid. HOLMES, O.W.: *The common law*, 57.ª ed., Courier Dover Publications, 1991; hay traducción española de Fernando Barracos y Vedía, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1964.

⁷² Vid. POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2004.

⁷³ Vid. TARELLO, G.: *Il Realismo Giuridico americano*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

⁷⁴ Cfr. PÁRAMO ARGÜELLES, J. R.: *H. L. A. Hart y al teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

⁷⁵ Vid. HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; trad. esp., ID., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁷⁶ CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 144 ss.

⁷⁷ Vid. AUSTIN, J.: *El objeto de la jurisprudencia*, trad. y estudio preliminar de J. R. de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Derecho de una «moral interna»⁷⁸, una especie de ética procedimental⁷⁹, cuyos requisitos o excelencias aproximadamente se corresponden con los del Estado de Derecho, y que a su vez recibió la *crítica* de Hart⁸⁰. Otra *crítica* sólida hacia el *soft positivism* la lleva a cabo R. Dworkin, que entiende a (éste y a cualquier) positivismo jurídico como una «teoría errónea de los casos difíciles»⁸¹, y frente al Derecho como conjunto de reglas y la separación (aunque flexible) entre el Derecho y la moral, adiciona los principios implícitos como puerta de entrada de la moralidad en el Derecho⁸².

Del mismo modo, las rigideces e insuficiencias del positivismo normativo recibieron también la *crítica* de que no encaja bien con las exigencias del constitucionalismo contemporáneo, por lo que igualmente ha sido sometido al juicio de las corrientes «postpositivistas»⁸³. En ese ámbito postpositivista, se trata de críticas generadas a veces por parte de direcciones *positivistas* que tratan de revisar y actualizar⁸⁴ el positivismo jurídico desde dentro (posición de N. Bobbio⁸⁵ y positivismo «corregido» de G. Peces-Barba⁸⁶); otras veces por parte de direcciones *neoconstitucionalistas* que persiguen simplemente poder mostrar dichas insuficiencias respecto a la nueva consideración de la ley y de la interpretación en el constitucionalismo actual, como el Derecho «dúctil» de G. Zagrebelsky⁸⁷; o en ocasiones por parte de

⁷⁸ Vid. FULLER L. L.: *The Morality of Law*, 2.nd edn., Yale University Press, New Haven, 1969; vers. esp., ID., *La moral del Derecho*, vers. de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas, México DF, 1967.

⁷⁹ Vid. FULLER, L. L.: «Positivism an Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-672.

⁸⁰ Vid. HART, H. L. A.: «Lon L. Fuller: the Morality of Law», en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 343-363.

⁸¹ Cfr. CALSAMIGLIA, A.: «El concepto de integridad en Dworkin», *Doxa*, núm. 12, Alicante, 1992, pp. 155-176.

⁸² Vid. DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, 2.nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. ID., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999.

⁸³ Cfr. CALSAMIGLIA, A.: «Postpositivismo», *Doxa*, núm. 21-I, 1998, pp. 209-222.

⁸⁴ Cfr. HIERRO, L.: «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, núm. 25, Alicante, 2002, pp. 263-302.

⁸⁵ Vid. BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990; asimismo, vid. CALSAMIGLIA, A.: «Kelsen y Bobbio: una lectura antikelseniana de Bobbio», en LLAMAS GASCÓN, A. (ed.): *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 4, Madrid, 1994.

⁸⁶ Vid. PECES-BARBA, G.: *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit.; asimismo, vid. PECES-BARBA, G.: *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1999.

⁸⁷ Vid. ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.

orientaciones claramente *no-positivistas* o incluso *antipositivistas* como la posición de R. Alexy⁸⁸.

En similar sentido, las teorías de la argumentación jurídica vienen a responder a las nuevas exigencias de justificar el Derecho en el constitucionalismo ante la consideración de que la lógica formal es insuficiente para el análisis del razonamiento jurídico⁸⁹, sea el caso de la teoría integral de N. MacCormick⁹⁰ o la teoría procedimental de R. Alexy⁹¹, cuyos «antecedentes» en las *primeras* teorías de la argumentación ya eran una *crítica* al modelo normativo del Derecho (me refiero a la hermenéutica de G. Gadamer⁹², la tópica jurídica de Th. Viehweg⁹³ y la Nueva Retórica de Ch. Perelman⁹⁴). La *crítica* jurídica que despliegan las teorías de la argumentación jurídica va a enfatizar la importancia de la «razón práctica», a partir de estimar que el Derecho ya no puede nuclearse sólo en torno al papel protagonista de la norma, desplazando el interés de los juristas y las juristas desde el elemento normativo hacia la decisión jurídica⁹⁵.

Visto el panorama de crítica jurídica sobre el que se ha ido construyendo la Filosofía del Derecho no hay lugar a dudas de que la actitud *crítica* identifica al conocimiento filosófico-jurídico. El cual se sustenta, entre otros postulados filosóficos, en la idea de que el progreso de nuestros conocimientos se obtiene mediante la búsqueda de la verdad a través de su cuestionamiento y refutación, esto es, de la «crítica metódica» como forma de «pensar racional»⁹⁶ desde la que hacer

⁸⁸ Vid. ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J. Malem, Gedisa, Barcelona, 1997; asimismo, ALEXY, R.: *The argument from injustice. A reply to legal positivism*, Oxford University Press, Oxford, 2002, y ALEXY, R.: «Derecho injusto, retroactividad y principios de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín», *Doxa*, núm. 23, Alicante, 2000, pp. 197-230.

⁸⁹ Véase ATIENZA, M.: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

⁹⁰ Vid. MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

⁹¹ Vid. ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

⁹² Vid. GADAMER, H. G.: *Verdad y Método I*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.

⁹³ Vid. VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1986; asimismo, cfr. GARCÍA AMADO, J. A.: «Tópica, Derecho y método jurídico», *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, pp. 161-188, y GARCÍA AMADO, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Cívitas, Madrid, 1988.

⁹⁴ Vid. PERELMAN, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Cívitas, Madrid, 1988.

⁹⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.: «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 3, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 151-182.

⁹⁶ POPPER, K.: «La lógica de las ciencias sociales», en ADORNO, Th.W. y otros, *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Grijalbo, Barcelona, 1973, p. 103-104.

Filosofía del Derecho, y consistente en poner a prueba, valorar, enjuiciar, lo existente en el Derecho. Coincido con Peces-Barba que la razón crítica en el Derecho se basa en la idea de que «El Derecho es organización, a través de sus normas, de la vida social humana, es producto de la cultura y tiene por consiguiente un sentido racional en la historia, por supuesto, y no de carácter abstracto e ideal válido para cualquier tiempo histórico, y una orientación tendente a humanizar la sociedad, a liberar al hombre de su alienación, a permitir el desarrollo pleno de la condición humana»⁹⁷.

Claro está, pero de la actitud crítica como rasgo identificativo de la Filosofía del Derecho se deduce que esta materia como teoría crítica del Derecho necesariamente no puede obviar de ninguna de las maneras el problema fundamental de la «valoración» del Derecho. Valoración que necesita de unos fundamentos, de una orientación y de una intención. Esa intención o criterio ideal se traduce en la realización de los valores superiores de libertad, igualdad y solidaridad, fundamentadores de los derechos y libertades fundamentales, base de una «teoría de la justicia»⁹⁸ con una finalidad práctica y una orientación concreta: tratar de sustentar, desde el valor de la dignidad humana, una praxis emancipadora del ser humano⁹⁹. Operando dicha teoría de la justicia a modo de *moral crítica* hacia el Derecho positivo vigente. Y permitiendo esta crítica desvelar lo que hay de arbitrario y está revestido de falsa apariencia objetiva en la Dogmática jurídica. Así, pues, la Filosofía del Derecho no puede abdicar de esta función de enjuiciamiento del Derecho, porque el problema del concepto del Derecho desemboca necesariamente en una reflexión sobre la argumentación jurídico-moral y, en última instancia, acerca del modelo de legitimidad. Es más, para algunos autores tal cuestión constituiría el tema central de la filosofía jurídica¹⁰⁰.

Por el contrario, frente a la crítica que caracteriza a la Filosofía del Derecho, la Dogmática jurídica trata de crear las condiciones para que el problema de la valoración, el problema de la legitimidad y la justicia del Derecho no se planteen, o lo que es lo mismo, que dicha valoración se haga desde los propios términos del positivismo formalista, esto es, asumiendo el jurista una actitud de neutralismo y el relativismo axiológicos. Contra esta posición ha de enfrentarse el «modelo de jurista crítico» que proporciona la Filosofía del Derecho en la educa-

⁹⁷ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 193. Asimismo, cfr. TRUYOL y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 3 vols., Alianza Universidad, Madrid, 2004.

⁹⁸ Cfr. VV.AA.: *Derecho y Justicia en una sociedad global*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 39, IVR, Granada, 2005.

⁹⁹ Véase PECES-BARBA, G.: «Reflexiones sobre la justicia y el Derecho», *Derechos y Libertades*, núm. 20, Madrid, Enero-2009, pp. 23-38.

¹⁰⁰ KAUFMANN, A.: «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», cit., p. 37, en donde afirma que «las dos preguntas fundamentales de la filosofía del Derecho son: 1) qué es el Derecho justo, y 2) cómo lo reconocemos».

ción de juristas. Estos criterios de objetivismo científico y relativismo axiológico provienen sobre todo de las posiciones no-cognoscitivistas propias del más estricto positivismo legalista, las cuales provocaron durante largo tiempo la falta de interés por las cuestiones de ética normativa¹⁰¹. Del mismo modo, en el campo del Derecho este no-cognoscitivismo estaba fuertemente arraigado en el relativismo axiológico de Kelsen. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el relativismo kelseniano era ya, de hecho, una valoración del propio Derecho, porque detrás de aquel relativismo aparecía su relativismo democrático: «Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia»¹⁰².

N. Bobbio «justificará especialmente la necesidad de la Teoría de la Justicia; incluso en algún momento... identificará a la Filosofía del Derecho con la Teoría de la Justicia», aunque más adelante ampliará el horizonte de la Filosofía del Derecho a la Teoría del Derecho y a la Teoría de la Ciencia jurídica¹⁰³. En todo caso, el carácter evaluador de la Filosofía del Derecho como teoría crítica del Derecho sí lo asumió otro tipo de positivismo como el *soft positivism* de H. L. A. Hart, que aunque asentado (eso sí, de modo *flexible*) en la separación entre Derecho y Moral, ha vinculado el Derecho positivo con la teoría de la justicia, llegando a afirmar que «la doctrina del derecho Natural... contiene verdades elementales» que toda organización social ha de asumir para ser viable¹⁰⁴. El contenido mínimo del Derecho natural que nos propone Hart supone un intento de obtener algunas «verdades obvias» de carácter normativo a partir de juicios de hecho sobre las necesidades humanas de convivencia, algo que, en mi opinión, es manifestación del grado máximo de apertura del positivismo al problema de plantearse en serio, sin escamotearlo desde los principios metodológicos, el problema de la valoración del Derecho y, en definitiva, de la legitimidad del Derecho y de su justicia. Un pronuncia-

¹⁰¹ APEL, K. O.: *La transformación de la filosofía*, trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Madrid, Taurus, 1985, p. 359. Este autor presenta el no-cognoscitivismo ético como una actitud derivada del cientifismo y que, por tanto, reúne los siguientes rasgos: 1) No es posible derivar normas de los hechos; 2) La ciencia versa sobre hechos, por lo que no es posible la fundamentación científica de la ética normativa, y 3) Sólo el saber científico es objetivo (en el sentido de intersubjetivo), por lo que no es posible una fundamentación intersubjetiva de la ética normativa.

¹⁰² H. KELSEN, *Qué es justicia*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 63.

¹⁰³ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 195 y 196.

¹⁰⁴ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, cit., pp. 239 ss.

miento similar merecen las nociones de ética pública y moralidad crítica, y las posiciones que en general asume el positivismo «corregido» de Peces-Barba¹⁰⁵, que consigue articular el positivismo normativo y crítica jurídica a éste, apoyándose en la idea de que «aceptar que el Derecho válido sea Derecho, aunque no sea justo, no supone aceptar también la clausura de toda reflexión sobre la justicia, sobre el Derecho que debe ser». Eso, en «realidad exige por el contrario, reforzar los mecanismos de reflexión iusfilosófica para que el Derecho sea también justo y para que contenga la mayor dosis posible de moralidad»¹⁰⁶. Lo que lleva a Peces-Barba a la idea de que «la aceptación de la positividad del Derecho exigirá la crítica a esa positividad, a fin de evitar derivar hacia las posiciones conservadoras»¹⁰⁷ del positivismo ideológico.

IV. CONCLUSIÓN: LA CRÍTICA ANTIDOGMÁTICA Y LA PROBLEMATICIDAD QUE DESPLIEGA LA «TEORÍA DE LOS CASOS DIFÍCILES» COMO INSTANCIAS DE LEGITIMACIÓN CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En mi opinión, las dos dimensiones de la Filosofía del Derecho que más acercan esta materia a la comunidad de juristas son precisamente las que reciben más aceptación por parte de la doctrina, y las que mejor dibujan sus posibles horizontes¹⁰⁸. Los juristas y las juristas que practicamos Filosofía del Derecho debemos potenciar estos rasgos, sobre todo en detrimento de su mera consideración como *filosofía aplicada* de una Filosofía general; estimación de la que se ha abusado a menudo –es verdad, que cada vez menos– y a la que hay que imputar

¹⁰⁵ PECES-BARBA, G.: «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», en ID., *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, cit.; asimismo, PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; PECES-BARBA, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, y PECES-BARBA, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y M. Carmen Barranco Avilés): *Lecciones de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís Roig y M.C. Barranco, Dykinson, Madrid, 2005; PECES-BARBA, G. (ed.): *Ley y conciencia. Moralidad legalizada y moralidad crítica en la aplicación del Derecho*, BOE/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, y PECES-BARBA, G.: «Ética pública-Ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 13-14, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997, pp. 531-544; PECES-BARBA, G.: *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

¹⁰⁶ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 188.

¹⁰⁷ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 193.

¹⁰⁸ Cfr. ZAPATERO, V. (coord.): *Horizontes de la filosofía del Derecho: homenaje a Luis García Sanmiguel*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2002.

la deslegitimación que hemos venido sufriendo en la comunidad jurídica los filósofos y las filósofas del Derecho juristas.

Respecto al rasgo de la «actitud crítica» que identifica a la Filosofía del Derecho como materia de juristas, hay que concluir diciendo que vistos los ejemplos del epígrafe anterior difícilmente podrá negarse que la «función» que desarrolla la Filosofía del Derecho para con la comunidad de juristas consiste, pues, en proporcionarles los instrumentos conceptuales para la crítica jurídica de las concepciones del Derecho vigente, para su cuestionamiento y su valoración. La crítica jurídica es, por tanto, el *motor* y el ingrediente sustancial de la reflexión iusfilosófica. Es en este sentido en el que la Filosofía del Derecho se presenta como una «teoría crítica del Derecho». Y como tal, la materia iusfilosófica en la enseñanza del Derecho viene a responder a cuestiones tales como: qué significado tiene el Derecho en la vida social y qué función (social) desempeña, cuáles son sus presupuestos conceptuales, cuál es su relación con otros sistemas normativos como la moral o con la justicia, o con el Poder, cómo podemos intentar su legitimación, o en razón de qué criterios se ha de valorar, cómo ha de abordarse su conocimiento, y cómo ha de operarse con el Derecho vigente en la aplicación e interpretación, y cuáles son las concepciones que sustentan a una y otra, o desde qué perspectiva se afronta la respuesta a estas cuestiones. Elementos cognoscitivos que me parecen imprescindibles para la formación integral –y no sesgada– del jurista. Desde esta clase de criterios cognoscitivos, que rebasan el objeto de conocimiento del mero Derecho positivo, es desde donde la Filosofía del Derecho proporciona un modelo de jurista *crítico*, y en oposición a la Dogmática, opera integrando a la «crítica jurídica» como parte del conocimiento del Derecho.

Consecuencia de lo anterior, desde mi punto de vista, la dimensión crítica de la Filosofía del Derecho ha de concebirse sobre todo con un sentido «antidogmático», cuyo fin es alcanzar la comprensión «integral» del fenómeno jurídico, esto es, una más óptima y más completa comprensión del Derecho. La crítica, entendida de esta forma significa también rescatar las razones históricas de las instituciones e ideas que las sustentan, insertarlas en su tiempo histórico y en una totalidad social, para así percibir su pleno sentido. El ámbito de la razón crítica que despliega la Filosofía del Derecho se extiende a los tres campos temáticos que integran su contenido: la *Teoría del Derecho*, la *Teoría de la Ciencia jurídica* y la *Teoría de la justicia*, a los cuales les proporciona su pleno sentido precisamente la actitud crítica. Así, en el ámbito de la *Teoría del Derecho*, la reflexión iusfilosófica se dirige a una reelaboración crítica del concepto de Derecho y la crítica a la Dogmática jurídica. En el ámbito de la *Teoría de la Ciencia jurídica*, la reflexión iusfilosófica es una «metodología jurídica» y está centra-

da en la observación crítica del conocimiento científico de lo jurídico, en el estatuto epistemológico del estudio del Derecho. Y en el ámbito de la *Teoría de la justicia*, la reflexión iusfilosófica tiene por objeto un análisis crítico desde valores del Derecho positivo¹⁰⁹.

Y respecto al rasgo de la «problematicidad» que también identifica a la Filosofía del Derecho como materia de juristas, hay que concluir que la reflexión filosófico-jurídica debe de esforzarse por *impregnarse* de «utilidad»: debe ser útil «formativamente» para juristas *venideros/as*, útil «profesionalmente» para *juristas ya ejercientes*, pero también útil «socialmente» para los mismos *ciudadanos*, si resuelve problemas de la experiencia jurídica que en última instancia remiten a problemas reales de la gente. Téngase en cuenta que la labor jurídica podría sintetizarse en la máxima de que «la tarea de los juristas y las juristas consiste al final en arreglar problemas (individuales y colectivos) de la gente». De modo que la Filosofía del Derecho de juristas, impartida en la enseñanza del Derecho para la formación de juristas y por juristas, no puede ser ajena a este cometido. Reivindico radicalmente una Filosofía del Derecho apegada a la realidad social y a la función principal de los juristas y las juristas, centrada en los problemas concretos de la experiencia jurídica. La reflexión iusfilosófica debe ser, pues, una reflexión eminentemente «jurídica». Creo, además, que un estudio crítico del Derecho en la formación de juristas es imprescindible si éstos quieren obtener una educación adecuada a la función que la sociedad requiere de ellos y ellas. Resulta que incluso en los niveles más profesionalizados y dogmáticos, el/la jurista necesita de un bagaje reflexivo teórico-jurídico sobre el Derecho y sobre su propia ocupación, y esto quien más óptimamente se lo proporciona es la Filosofía del Derecho, no las demás materias jurídicas.

De hecho, la utilidad para juristas que posee el conocimiento en la materia de Filosofía del Derecho tiene la siguiente evidencia empírica: la gran mayoría de las controversias jurídicas que se discuten en los tribunales de justicia más importantes de un Estado de Derecho (en la Europa continental: *Tribunal Supremo* como vértice de la organización jurisdiccional, y *Tribunal Constitucional* como máximo órgano de garantía de los derechos y libertades fundamentales) necesitan para su *resolución* de la argumentación, las categorías y los conocimientos filosófico-jurídicos. Es imposible resolver los casos del Derecho que llegan al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, la inmensa mayoría de ellos «casos difíciles» (*hard cases, borderline cases*), y a veces incluso «casos trágicos», sin utilizar la *fundamentación, argumentación y conocimientos conceptuales* que aporta la Filosofía del Derecho acerca de lo que *es o no es* Derecho, acerca de la delimitación de las exigencias del Derecho, del discernimiento de las categorías jurídicas, de la estructura de la norma jurídica

¹⁰⁹ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 196, 197 y 204.

y del ordenamiento jurídico, de los conceptos jurídicos fundamentales, de la creación, aplicación e interpretación del Derecho y su reflejo en el caso dado, de las cuestiones de eficacia, de los valores y de las concepciones de justicia en el Derecho respecto al caso concreto. Únicamente los «casos claros» (*clear cases*), habitualmente resueltos por tribunales inferiores, pueden ser solventados con un acto de mera aplicación casi mecánica del Derecho, esto es, en el que los operadores jurídicos pueden decidir sin necesitar en buena medida alcanzar para ello un nivel conceptual determinado sobre la elaboración de su decisión, y asimismo en relación al funcionamiento de la maquinaria del Derecho. Sobre todo, cuando ellos emplean de forma sencilla la subsunción y el silogismo judicial. Lo que quiero poner de manifiesto con esta afirmación es la utilidad que proporciona a los juristas y a las juristas el conocimiento en Filosofía del Derecho *si* ellos y ellas quieren llegar a comprender (y gestionar) los niveles de *complejidad* que presenta en nuestro tiempo el ordenamiento jurídico.

Por todo lo dicho, no comparto aquella concepción de la Filosofía del Derecho en la que los filósofos y las filósofas del Derecho somos «juristas» de formación pero luego ejercemos sin embargo de meros «docentes *filósofos/as*». Creo que una Filosofía del Derecho impartida por juristas para la formación de futuros juristas se ha de insertar en los Planes de Estudio de Derecho como una «materia jurídica», y no como una Filosofía a secas. Y cuando en ambientes académicos y profesionales del mundo del Derecho hay cierto prejuicio a la Filosofía del Derecho¹¹⁰, en mi opinión, lo es más a la Filosofía del Derecho de los filósofos y las filósofas, y no tanto a la utilidad que puede desplegar la Filosofía del Derecho de juristas. Y, claro está, llegados a este punto, una cosa es que la Filosofía del Derecho de juristas tenga utilidad, que la tiene, y otra cosa que los Profesores/as de Filosofía del Derecho sepamos transmitir de forma óptima la utilidad de esta materia en la educación de juristas, y además que los estudiantes la aprecien. Y aquí posiblemente sea cierto que los filósofos/as del Derecho prestamos no toda la atención que debiéramos al Derecho y a la praxis jurídica¹¹¹ si de verdad asumimos que la Filosofía del Derecho tiene como objeto la reflexión sobre la «experiencia jurídica», desde la que se construye¹¹².

La diferencia entre una Filosofía del Derecho de *filósofos/as* o de *juristas* se encuentra, dice con mucha razón Prieto Sanchís, «en optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico»¹¹³. A lo que yo añadiría que, en relación a la Filosofía del

¹¹⁰ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 100.

¹¹¹ Vid. NIETO, A.: *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.

¹¹² PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de filosofía del Derecho», *cit.*, pp. 85-94.

¹¹³ PRIETO SANCHÍS, L.: «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 559.

Derecho de juristas, parece que los filósofos/as del Derecho juristas no somos del todo conscientes del gran potencial problemático que nos proporciona, tal como he aludido en el texto, la «teoría de los casos difíciles» –suministrada por el positivismo jurídico de H. L. A. Hart y por el no-positivismo crítico de R. Dworkin– como instancia (y oportunidad actualizada contemporánea) de legitimación de esta materia en la comunidad de juristas. Ocurre que la reflexión filosófico-jurídica que conforma la «teoría de los casos difíciles» todos los días se vislumbra en la resolución de la casuística judicial que resuelve el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y, sin embargo, contradictoriamente, un día sí y otro también a la Filosofía del Derecho se la cuestiona como enseñanza de juristas. Debe aprovecharse esta oportunidad que acerca la reflexión teórico-jurídica y filosófico-jurídica a la comunidad de juristas, y que permite consolidar en nuestro tiempo la identidad de la Filosofía del Derecho como una materia relevante para la labor formativa y profesional del jurista. Por el contrario, constituiría un error que la reflexión teórico-jurídica y iusfilosófica renunciara a ser útil.

Fecha de recepción: 25/01/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española¹

Por JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La Ley de Memoria Histórica, demasiado tímida y sin las correspondientes garantías, ha sido criticada por esa insuficiencia por parte de algunos iusfilósofos españoles. En dirección contraria, ha sido combatida por algún que otro profesor de la Filosofía del Derecho al oponerse a la misma Ley y a una debida reconstrucción del pasado republicano y de los efectos de la dictadura de Franco. Por otro lado, al amparo del silencio de todos los Gobiernos de la democracia, el revisionismo de la historia y de la memoria, con todos sus tópicos, ha crecido y ha invadido también la filosofía jurídica española: la guerra civil la causó la República o los sucesos de Asturias de 1934, la irresponsabilidad de la Iglesia católica y sus líderes e hijos más destacados en la provocación de la contienda y en el sustento de la dictadura, etc. A esta hostilidad y revisionismo hacia lo sucedido en el pasado en el seno de la filosofía jurídica española, el autor de este artículo le llama «la memoria arrinconada». Esto es, arrojada al rincón del olvido o la tergiversación, bien sea por pronunciamientos contra la propia Ley de la Memoria Histórica, o bien por una reconstrucción arbitraria del ayer que intenta reivindicar un inexistente tipo de «iusfilósofo católico». Desde esa categoría religiosa se intenta agrupar a profesores leales a la Constitución de 1931, por lo que fueron depurados y separados de sus cátedras, junto a los desleales y propi-

¹ Programa de Actividad Investigadora CONSOLIDER– «El tiempo de los derechos», CSD2008-068.

ciadores del golpe faccioso del 18 de julio de 1936, quienes se hicieron con las cátedras de los depurados como un botín de guerra. En cualquier caso, discrepantes u opuestos a la «memoria histórica», acorralan o esconden dos aspectos fundamentales: a) la legitimidad de la Constitución de 1931 (con todos los defectos que se le quieran criticar) b) la ilegitimidad del golpe faccioso del 18 de julio de 1936, que se dirigió contra un texto constitucional y contra los resultados electorales de 1936.

Palabras clave: Memoria, Historia, Memoria Histórica, fascismo católico español, iusnaturalismo militante, filósofos del derecho españoles, Constitución de 1931, legitimidad republicana, golpe de Estado de 18 de julio de 1936, transición a la democracia.

ABSTRACT

The Law of Historical Memory, too shy and without the appropriate safeguards, has been criticized for the failure by some Spanish philosopher of law. In the opposite direction, has been opposed by some that another professor of philosophy of law which opposes the law and a reconstruction past Republican and the effects of the dictatorship of Franco. On the other hand, under the silence of all the governments of democratic period, the revisionism of history and memory, with all its stereotypes, has invaded Spanish legal philosophy: the civil war was caused by the Republic or by the events of Asturias in 1934, the irresponsibility of the Catholic Church and its most prominent leaders in inciting the conflict and the support of the dictatorship, etc. This hostility and revisionism to what happened in the past within the Spanish legal philosophy, the author of this article called «memory cornered». That is, thrown into the corner of forgetfulness or misrepresentation, whether for judgments against the very Law of Historical Memory, or by an arbitrary reconstruction of yesterday trying to claim a nonexistent kind of «Catholic philosopher of law». In this religious category attempts to bring together teachers loyal to the Constitution of 1931, which were purified and separated from their chairs, along with the unfair and promoters of factional coup of July 18, 1936, who took over the chairs of the purified as a spoils of war.

In any case, divergent or opposed to «historical memory», hide or cornered two fundamental aspects: a) the legitimacy of the Constitution of 1931 (with all the defects that you want to criticize), b) the illegitimacy of the coup faction, July 18, 1936, which was directed against a constitutional text and against the electoral results of 1936.

Key words: Memory, History, Historical Memory, Spanish Catholic Fascism, iusnaturalism militant Spanish philosophers of law, Constitution of 1931, republican legitimacy, coup d'etat of 18 July 1936 transition to democracy.

SUMARIO: 1. TENSIONES ACERCA DEL INMEDIATO PASADO POLÍTICO ESPAÑOL.-2. SU PROYECCIÓN EN LA IUSFILOSOFÍA ESPAÑOLA.-3. SEGUIMOS SIN ENTENDER NOS.

1. TENSIONES ACERCA DEL INMEDIATO PASADO POLÍTICO ESPAÑOL

En los medios más conservadores de la intelectualidad y la política españolas, así como en los que oficialmente no lo son tanto, se ha desarrollado una dura oposición al recuerdo de lo actuado bajo el régimen de Franco². Todo arranca de lejos, desde el proceso constituyente, cuando con motivo de la discusión sobre el Preámbulo del texto constitucional, fue Manuel Fraga Iribarne quien asentó que no se podía hablar de la «historia» (noción dentro de la cual incluía todo el pasado). Y Enrique Tierno Galván fue derrotado en su legítima y sensata pretensión de redactar algo acerca de los «padecimientos» del pueblo español en las anteriores etapas antes de retomar la libertad³. Todavía hay quien discute sobre si se ratificó un (en cliché periodístico) pacto de silencio⁴. Discusión redundante, porque lo que institucionalmente se mani-

² La consigna «ni un duro para la memoria histórica» ha sido reiterada por Mariano Rajoy en diversos mítines y campañas.

³ «Hay que hacer referencia al pasado, que no se puede olvidar por completo, que no se puede hacer borrón y cuenta nueva por modo absoluto; que hemos sufrido de tal manera muchos españoles, yo diría que millones, en un tiempo que ha transcurrido, que olvidarse por completo del pasado es olvidarse de los que han sufrido las consecuencias del pasado. Hay un gran sector del pueblo español que no se puede olvidar. El de los que han padecido, y lo menos que merecen es que se haga una referencia a ese pasado, pues gracias a sus padecimientos estamos venciendo ahora.» Sabias palabras de Tierno Galván, porque el paso a la democracia mucho les debía a quienes lucharon por lo que hoy son derechos fundamentales y, bajo la dictadura, delitos. A lo que Fraga Iribarne se negó en redondo: «porque si la historia ha de ser el punto de partida de toda gran decisión que afecte al futuro, es muy difícil saber en qué momento de la historia hay que echarse digamos a nadar, etc.». PECES-BARBA, G., *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 139.

⁴ Más allá del empleo de las metáforas está la realidad del ejercicio del poder político que ha incluido, desde 1978 hasta la discusión sobre la Ley de Memoria Histórica, la praxis de acallar todo lo relativo al inmediato pasado político. Felipe González Márquez no quiso aprovechar el 50 aniversario de la guerra civil para revisar desde el Gobierno de España los crímenes de la dictadura y realizar un esclarecimiento de la historia y la memoria. Relató que los militares, con Gutiérrez Mellado a la cabeza, se opusieron a ello con el pretexto de haber «fuego» bajo la mesa. Con esta imagen, Felipe González dijo a un importante periódico mexicano que había que hablar de lo que había encima de la citada mesa y nunca de lo de abajo. El que fuera Presidente del Gobierno dio entonces una razón verdadera de esa mudez institucional: «Lo acepté como una de las reglas del juego del poder». GONZÁLEZ MÁRQUEZ, F., «Entrevista», *La Reforma*, 10.3.98.

festó desde la redacción de la Constitución era el silencio a secas, sin aditamentos. Chitón oficial que ni la propia Constitución era capaz de mantener por su carácter absurdo y contradictorio en sí mismo. «Los territorios que en el pasado hubieren plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía, etc.», dice la Disposición Transitoria Segunda del texto constitucional en claro llamamiento al desarrollo autonómico y legal de la Constitución de 1931. Desde 1978, el intelecto revisionista de la derecha española y los políticos que han manifestado añoranzas del franquismo al estilo de Jaime Mayor Oreja, han mantenido hacia el pasado el siguiente relato dominante, aquí descrito en esquema: a) la Constitución de 1931 no existió, es innombrable o cuando se admite su presencia solamente se habla de sus defectos; b) fue la República la que causó con su desorden el 18 de julio de 1936; c) hubo una guerra civil (no se dice nunca quién la desató con su golpe de Estado); d) todos los desmanes (inclusive las decenas de miles de asesinados durante el franquismo) tuvieron lugar en la guerra de 1936 y en el seno del tópico de «los unos y los otros»; e) de 1939 a 1977 no se habla porque eso es la «historia» de Fraga, algo desagradable, de mal tono e incluso contrario a la reconciliación nacional⁵.

Que el 18 de julio de 1936 no había ningún motivo legal que diera ni remoto pie a ninguna intervención golpista ha sido algo archidemostrado históricamente⁶. Pero, derechistas en general y la jerarquía

⁵ Según el nieto de Gregorio Marañón, éste, en una visión tópica del conservadurismo español, atribuye la causa fundamental de la guerra civil «al comunismo estalinista y antidemocrático». CRUZ, J., «Entrevista a Gregorio Marañón», *El País semanal*, 14.3.2010, pp. 30-34. Lo cual no se apoya en un mínimo conocimiento cronológico de los hechos históricos, dado que el PCE era una pequeña fuerza parlamentaria el 18 de julio de 1936 sin la capacidad política ni gubernamental que Marañón le adjudica. Éticamente no se sostiene porque la responsabilidad principal de las guerras –desde tiempos de Francisco de Vitoria– es de quienes las inician y declaran (bandos de guerra del 18 y 19 de julio, así como de fechas posteriores, de Franco, Mola y Queipo de Llano; constitución el 24 de julio de 1936 de la Junta de Defensa Nacional en Burgos, que comienza a emitir Ordenes y Decretos, luego Leyes, de un palmario origen bélico). Y jurídicamente fue un golpe contra la Constitución de 1931 y el sufragio universal, que no reapareció en nuestra sociedad hasta junio de 1977. El PCE adquirió consistencia y ciertamente mostró sus resabios estalinistas –sobre todo hacia su izquierda– en la guerra, donde su disciplina, el V Regimiento creado el 18 de julio de 1936 y no antes, y su acción militar, lo convirtieron en la organización más peligrosa para el franquismo. Tan es así cronológicamente que quedó reflejado hasta en las canciones de nuestra fratricida contienda: «Un 18 de julio en el patio de un convento/el Partido Comunista fundó el V Regimiento...».

⁶ El general Vicente Rojo, jefe del Estado Mayor del Ejército republicano, desmonta una a una todas esas mendacidades del golpismo franquista al que hace responsable del vacío de poder y del resquebrajamiento del «principio de autoridad» (le llama así) en muchos lugares de España. Vicente Rojo, católico nada exhibicionista ni disimulado, reprocha sin contemplaciones los desmanes anticlericales de los milicianos y masacres como la de Gijón, y recuerda que él –como Franco y otros– habían jurado fidelidad a la República (el juramento era obligatorio para permanecer en el Ejército). ROJO, V., *Historia de la guerra civil española*, edición de REVERTE, J. M., Barcelona, RBA, 2010, 609 p.

de la Iglesia católica española también han dedicado a la memoria legal su tenaz oposición⁷. El catedrático Juan Velarde, arremetía contra la Ley de Memoria Histórica en una publicación eclesial que mantiene una hostilidad sostenida y nada oculta hacia esa misma norma; esa ley, para Velarde, actúa⁸:

«con recuerdos parciales de unos sucesos políticos que forman parte de nuestro acervo común, y así hacer renacer las tensiones de antaño, que parecían esfumadas, con disposiciones sobre la llamada Memoria Histórica».

Hay que ver lo que transmiten estas palabras: se había nada menos que *esfumado* el franquismo y el antifranquismo. Un hombre inteligente y no sabe que los antifranquistas vivimos y que la huella del franquismo aparece todas las semanas en los periódicos por medio de mapas de miles de asesinados, de los cuales muchos perdieron la vida terminada ya la guerra, en toda la piel de toro⁹. No se rompía el contrato de silencio o la amnesia, sino que se recordaba el hecho duro consistente en que había decenas de miles de cadáveres en las cunetas de toda España. Ahí ya no valía nada lo de los «unos y los otros», pues tras la guerra los autores fueron «unos» y en régimen de monopolio. Ciertamente se entremezclan en ocasiones las fechas, pero, por ejemplo, de los 4.471 entierros de la fosa común de Málaga se puede concluir que duraron entre febrero de 1937 y mayo de 1957, es decir que hubo una política de exterminio selectivo durante dos décadas; política corroborada por los restos exhumados de 2.840 personas, la mayoría de las cuales tenía entre 20 y 40 años (y la forma de su muerte se repite: disparos en el pecho y tiro de gracia con arma corta)¹⁰. Naturalmente, a los familiares de todas esas personas cuyos restos reclamados no se encontraban, cuerpos de mujeres y hombres, hasta de niños y niñas, no les sirve de gran cosa que la represión franquista y la guerra civil hayan surgido en el cine, en la literatura, en la historia y hasta en la deleznable revisión de la historia. Argucia, que no argumento, utilizado para oponerse a la llamada memoria histórica y para sostener que nunca ha habido el dichoso silencio o la cegadora amnesia desde la promulgación del texto constitucional en diciembre de 1978. Lo que desean los familiares, como ya ha sucedido en Argentina o Chile, es sencillamente encontrar los cuerpos de los suyos y darles justo

⁷ Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal Española, «Orientaciones morales ante la situación actual de España», *Alfa y Omega*, 30.11.2006, pp. 20-23.

⁸ VELARDE, J., «¿Crisis económica: ¿por qué?», *Alfa y Omega*, 10.7.2008, p. 18.

⁹ «Juan Velarde, catedrático de Economía Aplicada de la Universidad Complutense y un economista muy vinculado al franquismo (y en la democracia, al Partido Popular) y, de modo directo, a José María Aznar.» ESTEFANÍA J., *La larga marcha. Medio siglo de política (económica) entre la historia y la memoria*, Barcelona, Península, 2007, p. 114.

¹⁰ *Público*, 4.3.10.

entierro¹¹. Ya que, en España, como concluye la máxima especialista en este asunto de las políticas de la memoria¹²:

«Los nombres de la mayoría de los fusilados por los vencedores de la Guerra Civil española no figuran en los listados de las iglesias ni de los cementerios. Los restos de muchos de ellos se encuentran en paradero desconocido. Sus historias, en muchos casos, apenas han comenzado a conocerse en los últimos años, mientras que una parte significativa de ellas aún permanece en el anonimato. Todo ello es lo que sus familiares aspiran a recuperar.»

Por eso resulta políticamente frívolo, e inadmisibles en un filósofo del derecho como García Amado, que atribuya a una suerte de «pinza» ideológica al Gobierno de Rodríguez Zapatero, vulgar figura periodística donde las haya, establecida entre las asociaciones de familiares de víctimas y los partidos políticos de izquierda junto a los nacionalistas, la fábrica parlamentaria de la Ley de Memoria Histórica¹³. Los encomiables motivos morales de las personas allegadas a los miles de exterminados no son iguales a los intereses políticos de la lid cotidiana en las Cortes y además no han nacido ahora. Luego no se les puede reprochar, en otro alarde de superficialidad, que intenten reconstruir de modo fehaciente el óbito de los suyos junto a las fuerzas políticas que respaldan este objetivo («que no se use a los muertos, etc.»), escribe sin fortuna el catedrático de León¹⁴. Pues en lo que menos piensan quienes se atreven a dar ese paso es en participar en el juego político de todos los días. Su conciencia se moviliza en tan amplio plazo que suelen ser los nietos y nietas de las personas asesinadas quienes remueven esa situación, dado que los hijos e hijas permanecieron durante largo tiempo y en muchos casos atenazados por el miedo¹⁵.

¹¹ Como los 16 cadáveres identificados por el procedimiento del ADN en el penal de Valdenoceda (Burgos) donde hubo 6.000 personas entre 1938 y 1943, *El País*, 7.3.10. En el registro civil constan los nombres de 153 fallecidos allí y se han exhumado 114.

¹² AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid, Alianza, 2008, p. 51.

¹³ Aunque «sus principales impulsores no son los partidos políticos mayoritarios, sino actores de la sociedad civil». Fue una presión del movimiento asociativo de familiares de víctimas del cual se hicieron eco los partidos políticos, que tuvo su más fuerte intensidad en la legislatura 2004-2008, pero que en muchos casos, como en Navarra, arrancaba ya de los años setenta. ESCUDERO ALDAY, R., «La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica», en FERNÁNDEZ-CREHUET, F. y GARCÍA LÓPEZ, D. J., *Derecho, Memoria Histórica y Dictaduras*, Granada, Comares, 2009, pp. 33-60.

¹⁴ GARCÍA AMADO, J. A., «Usos de la historia y legitimidad constitucional», en MARTÍN PALLÍN, J. A., y ESCUDERO ALDAY, R., editores, *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 47-71.

¹⁵ Conozco de primera mano, y a través de la excelente actividad del parlamento foral Ioseba Ezeolaza, la cantidad de años y esfuerzo que ha tenido que invertir la Asociación de Familiares de Fusilados de Navarra para que el Parlamento de la Comunidad Autónoma aprobase la reparación de la memoria de las tres mil y pico

Piénsese que a Pinochet se le han adjudicado unos cuatro mil asesinados y desaparecidos y en España, en una sola y pequeña provincia, se pueden contar por miles y miles sin que se pueda recurrir a la coartada de la guerra civil¹⁶. Por supuesto, hubo una represión feroz en el bando republicano, ensañamiento con miles de curas y monjas y barbaridades sin cuento¹⁷. Hay que reconocer también que la historiografía española tiene muy pocos estudios sobre los desmanes en el lado republicano¹⁸. Si bien nunca se puede establecer una simetría por la cantidad de víctimas ni, sobre todo, por la duración de las atrocidades en el tiempo; pues el fin de la guerra no significó en absoluto el término de los fusilamientos de los adversarios políticos del franquismo. De todo ello rindió, ya hace tiempo, equilibradas cuentas el historiador republicano y jurista Rafael Altamira¹⁹. Con todo, no ha habido

víctimas asesinadas por el franquismo. En Navarra, donde hay una muy viva conciencia del problema, existen también la Asociación Pueblo de las Viudas, Txinparta y Memoriaren Bideak.

¹⁶ En Navarra no hubo guerra civil. Desde el 18 de julio de 1936, el general Mola tomó el poder sin que hubiera resistencia armada, enfrentamientos ni trincheras. No murió nadie del bando golpista, pero tres mil y pico personas fueron asesinadas por sus ideas republicanas o de izquierda. O, como el comandante de la Guardia Civil Rodríguez Medel, por permanecer fieles a la Constitución de 1931. Sus nombres y apellidos están en lápidas del llamado «pueblo de las viudas», Sartaguda, donde hay un Parque de la Memoria que los recuerda. Su construcción y toda la labor de investigación se llevó a cabo más bien contra la derecha política navarra, que siempre se opuso, y contra los poderes públicos que, salvo al final de todo el recorrido donde hubo un buen apoyo de la Vicepresidencia del Gobierno, pusieron todo tipo de obstáculos. El grueso de la víctimas eran sindicalistas (UGT y CNT, por ese orden), maestros nacionales, concejales y alcaldes republicanos y socialistas, miembros del PNV y de todos los partidos de izquierda. Para ser exactos con todo el proceso, éste comenzó en los años setenta—qué cosas— con el esfuerzo de varios sacerdotes y párrocos, muy del Concilio Vaticano II, que facilitaron a las familias el acceso a la información y enterramientos.

¹⁷ Las matanzas de curas y monjas tienen lugar más que nada en la situación creada «sin reglas ni control» tras el golpe de Estado de Franco. Cuando las tropas franquistas no se han hecho con el poder y la muchedumbre actúa contra las derechas, azuzada por los comités revolucionarios de milicianos y así asesinan a «políticos, burgueses, comerciantes, trabajadores significados en las fábricas por sus ideas moderadas, técnicos y jefes de personal y católicos, muchos católicos». CASANOVA, J., *La Iglesia de Franco*, Madrid, Temas de Hoy, 2005, p. 149.

¹⁸ Es modélica la obra, que incluye documentos escalofriantes de las sentencias de muerte dictadas por los comités de milicianos, de LEDESMA, J. L., *Los días de llamas de la revolución*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico/C.S.I.C., 2003, 362 p.

¹⁹ En el campo republicano se produjo el descontrol institucional, muchas veces causado porque las fuerzas militares y policiales estaban con el alzamiento faccioso; vacío de poder que dio lugar a la arbitrariedad, inseguridad, denuncias particulares, cárceles privadas, las famosas «chekas» y «lugares de ejecución que funcionaban al arbitrio de quienes los establecían», todo lo cual generó una constante zozobra en la población civil. El daño estaba hecho y la sangre salpicó el buen nombre de la República. En el bando golpista tuvieron lugar «las hecatombes en masa de prisioneros», los procesos ilegales que buscaban «una apariencia de licitud» y una planificación de exterminio de la población desafecta al franquismo que se prolongó bastante después

reparación cabal de las víctimas del franquismo como lo revela que sus familiares todavía estén a la búsqueda de miles de cadáveres²⁰. Que se hayan dado medidas legales para restaurar tales o cuales aspectos sangrantes de la desigualdad con que el Estado ha tratado a unos y otros, tiene escaso significado para lo que aquí se comenta; y puede resumirse en la siguiente opinión del historiador Julián Casanova²¹:

«Más de 30 años después del final de la dictadura de Franco, el Estado democrático, sus principales responsables e instituciones, no quiere gestionar este pasado de violencia y muerte, ni está interesado en tomar decisiones sobre políticas públicas de memoria y educación. Al parecer, hay historias que vale la pena conmemorar desde el presente, convertirlas en mitos nacionales, como la llamada Guerra de la Independencia de 1808, y otras que resulta mejor olvidar.»

Y la Ley de Memoria Histórica no ha resuelto ese problema de fondo, porque permanece anclada en la discusión de las equidistancias legales entre democracia y dictadura; equiparación imposible dado que obvia el carácter legítimo de la Constitución de 1931 frente al ilegítimo y faccioso alzamiento en armas contra la misma que fue el 18 de julio de 1936. Fondo elemental de la cuestión que también se encuentra en los intentos de arrinconar la memoria en la Filosofía del Derecho española y en la diferente actitud que sus profesores adoptaron en su día –y aún hoy adoptan– ante el texto constitucional de 1931. Así, según lo criba el iusfilósofo Rafael Escudero Alday, la Ley de Memoria Histórica es insuficiente; quedan pendientes las políticas públicas que reconstruyeran un relato democrático de este pasado para toda la ciudadanía española y: a) no declara la ilegalidad o nulidad de las sentencias de los Consejos de Guerra y de los tribunales franquis-

de acabada la guerra. ALTAMIRA R., *Historia de la civilización española*, estudio preliminar de R. ASÍN, Barcelona, Crítica/Grijalbo, 1988, pp. 271-272.

²⁰ De aquí y de allá, sin simpatía por el ejercicio legal de la memoria, se suele traer a colación un rosario desgranado de medidas que arrancan en 1976 con la equiparación de los mutilados republicanos con el Cuerpo de Caballeros Mutilados del bando franquista. Hasta entonces, como se decía en el lenguaje cotidiano, no habían pasado de ser meros mancos o cojos. Y, por cierto, van cuarenta años desde el término de la guerra hasta el fin legal de esa injusta situación. En 1984 se reconocen los servicios prestados a las Fuerzas Armadas de la República, Carabineros (en su mayoría leales a la Constitución de 1931), Guardia Civil y Guardia de Asalto. Los Aviadores de la República protestaron porque ya se habían muerto casi todos. El 29 de junio de 1990, una Ley amparada por la de Presupuestos del Estado indemnizaba a quienes hubieran sufrido prisión por motivos políticos en el franquismo. Exigía la norma haber pasado tres años de cárcel como mínimo (como si uno o dos años de cárcel por las ideas de cada cual fueran poco castigo) y que se hubieran cumplido sesenta y cinco años de edad en el año 1990. Así sucedieron injusticias como la del anarquista Juan Busquets, que había cumplido veinte años de cárcel y no tuvo indemnización por no haber cumplido los 65 años en 1990. LACASTA ZABALZA J. I., «La idea de la responsabilidad en la actual cultura constitucional española», *Derechos y Libertades*, núm. 10, 2001, pp. 117-148.

²¹ CASANOVA, J., «Desaparecidos», *El País*, 10.7.08.

tas de represión ideológica y política, cosa que sí se ha hecho en Alemania con respecto a los órganos nazis; b) no restablece la verdad de lo acontecido y persisten los obstáculos para indagar los crímenes del franquismo y su autoría, contra las normas del Derecho internacional; c) pese a todo, se ha avanzado en la reparación de las víctimas a través indemnizaciones a personas y colectivos que sufrieron la agresión institucional de la dictadura²².

2. SU PROYECCIÓN EN LA IUSFILOSOFÍA ESPAÑOLA

Mucho se ha discutido acerca de las diferencias conceptuales entre memoria e historia. Tras Agustín de Hipona y Henri Bergson, Paul Ricoeur ha filosofado de una manera magnífica sobre este asunto para concluir que²³:

«la memoria es el presente del pasado».

Desde ese amojonamiento de competencias, debería corresponder a la historia la racionalización documental de lo acontecido, en tanto que la memoria habría de quedar más sujeta a los vaivenes emocionales individuales y colectivos. Sobre el papel, la República y la guerra civil pertenecen a la historia ya objetivada. Pero en España se mezclan inconvenientemente los dos planos histórico y memorístico, como se desprende del mismo uso de la llamada «memoria histórica». Que se ha impuesto frente a otras expresiones más atinadas como conciencia histórica o simplemente conciencia, introductoras de una actividad más reflexiva y quizá menos emotiva. El hecho es que gran parte de la sociedad civil española ha identificado la «memoria histórica» con un rótulo eficaz para contener los problemas no resueltos de nuestro inmediato pasado; en particular, la ignota situación de las víctimas antifranquistas de la guerra civil y la dictadura. Todas estas tensiones han atravesado la Filosofía del Derecho española y se concretan en varios puntos especialmente polémicos: a) según ya se dijo, la legitimidad y legalidad de la Constitución de 1931 como antecedente de la de 1978; b) el tratamiento de lo actuado y represaliado bajo la dictadura de Franco, y c) la actitud de los principales iusfilósofos españoles ante la Constitución de 1931 y el franquismo.

El profesor García Amado, hostil a la Ley de Memoria Histórica, ha criticado la invocación de la modernidad legítima de la Constitución de 1931 hecha en abril del año 2006 por el Presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero. Para este profesor, el texto de 1931,

²² ESCUDERO ALDAY, R., «La sombra del franquismo es alargada», pp. 33-60.

²³ RICOEUR, P., *La lectura del tiempo pasado: memoria y olvido*, presentación de Ángel Gabilondo, Madrid, Arrecife/Universidad Autónoma de Madrid, 1999, pp. 16-19 y 41-48.

que nada curiosamente es normativo, kelseniano y aplicable, está fuera de la actual legitimidad constitucional y al margen de una especie de consenso social por él inventado²⁴. Federico Fernández-Crehuet le ha criticado, con tino y con razón, que haya opinado sobre la falta de «madurez» de una parte de la sociedad política española para conocer su pasado en clave de patriotismo constitucional, lo que recuerda demasiado a nuestra secular falta de preparación para el ejercicio de la democracia esgrimida por los sectores más conservadores de nuestra sociedad. Lo que no es, sostiene Fernández-Crehuet, sino «un ejercicio de diletantismo en el ámbito de la psicología social».²⁵ Unas extrañas ideas las del iusfilósofo de la Universidad de León, emparentadas con las de Fraga Iribarne acerca de la «historia» antes citadas sobre la discusión del Preámbulo constitucional, cuando una visión ecuánime y literalmente histórica sobre la Constitución de 1931 lo que nos dice es lo siguiente²⁶:

«Como línea de continuidad, desde luego la intención en el 31 y la realización en el 78 de promulgar una Constitución normativa y no solamente de carácter político y moral. Y esa continuidad se verá en cierta similitud de algunos órganos concretos (los ya citados Tribunal de Garantías Constitucionales en el 31; Tribunal Constitucional en el 78), y también en ciertas soluciones a problemas clave como el de la organización del territorio nacional y su división en autonomías.»

¿Qué problema hay entonces para reconocer en el texto de 1931, con todos sus vicios reales, el antecesor democrático de la Constitución de 1978?²⁷ Pues que a gran parte de nuestra derecha le resulta muy duro admitir que el golpe de 18 de julio de 1936 se dirigió contra una Constitución legítima y su soporte proveniente del sufragio universal. Algo tan paladino y demostrable como que en 1936 se usaron con intensidad cívica las urnas y, después, ya no se pudo votar libre-

²⁴ «Usos de la Historia y legitimidad constitucional», pp. 47-71. Pero desde la desaparición de la UCD y el fin del liderazgo de Adolfo Suárez, período en el que sí hubo una cesión mutua de posiciones de derecha e izquierda para engendrar los Pactos de la Moncloa de 1977 y la Constitución de 1978, en España no ha existido más el llamado consenso. Sustituido por una lucha feroz entre los dos partidos principales para hacerse con el poder gubernamental. Al menos, eso es lo que la ciudadanía vivimos y vemos durante muchos años y todos los días. En cuanto a los acuerdos sobre la memoria histórica, lo que hay es una fuerte división manifestada en las actitudes hostiles a la ley de ese título (desde la Iglesia al mismo García Amado). Todo esto nada tiene que ver con una aceptación general de la Constitución y de lo que se ha realizado —con todos sus defectos criticables— en el momento de la transición.

²⁵ FERNÁNDEZ-CREHUET, F., «Las dictaduras sentadas a la mesa de cristal de Walter Benjamin», en *Derecho, Memoria Histórica y Dictaduras*, editores FERNÁNDEZ-CREHUET F., y GARCÍA LÓPEZ, D. J., Granada, Comares, 2009, pp. 11-19.

²⁶ IGLESIAS, C., *No siempre lo peor es cierto*, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2008, p. 632.

²⁷ Con todas las críticas que haya que hacerle a la Constitución de 1931 y que C. IGLESIAS no ahorra en comparación con la de 1978, *op.cit.*, pp. 652-663.

mente en España hasta junio de 1977. Así que invocar la Constitución republicana nada tiene que ver con ese «uso político de la historia» que se nos censura a quienes somos partidarios de establecer la racionalidad normativa en nuestro trayecto constitucional²⁸. Y si la Constitución de 1931 es de manera absurda, y todavía, un punto polémico de nuestra historia, no lo es menos la actuación represiva del franquismo y sus responsabilidades derivadas. A la que García Amado arroja un capote defensivo²⁹:

«Además, cuando se estipulan derechos siempre se ha de estar a los posibles conflictos de derechos. El derecho de uno a conocer datos del pasado puede chocar con el de otros a que no se sepa de su pasado o del de sus antepasados.»

Si se tratara de una contradicción entre víctimas, habría que ponderar efectivamente sus derechos. Pero en España, sobre todo, esto puede convertirse en el derecho a la intimidación e impunidad de torturadores y demás ralea criminal. Lo que ya ha ocurrido contra algunos testimonios orales de la represión, cuando los herederos de los represores y verdugos, pistoleros falangistas habitualmente, han entablado procesos judiciales contra los testigos de los actos criminales... por el buen nombre de sus familiares asesinos³⁰. A nadie se le ocurriría pedir privacidad para los delincuentes de ETA, pero en la sociedad española se ha creado la hipócrita y horrible conciencia de ser unos crímenes menos crímenes que otros³¹. Veamos: un español es enviado al paredón de fusilamiento en los años 40 o 50 por haber permanecido fiel a la Constitución de 1931, lo que se calificaba cínicamente como rebelión o auxilio a la rebelión, que fuera además uno de los miles de muertos encontrados en el cementerio de Málaga y sus hijos o nietos quisieran saber el nombre de los componentes militares del Consejo de Guerra que acabó con la vida del familiar. Según el citado profesor asturiano eso podría chocar con el derecho de los verdugos, victimarios y sus descendientes, a que se ocultase su identidad, ¿y por qué?

²⁸ Por otra parte, sin salir de nuestra asignatura, se han publicado excelentes estudios monográficos sobre aspectos importantes de la Constitución de 1931. Un buen uso de la historia, con crítica al anticlericalismo y reconocimiento de los aspectos positivos del laicismo republicano, se puede encontrar en MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., *Constitución y libertad religiosa en España*, prólogo de LACASTA ZABALZA, J. I., Madrid, Dykinson/Universidad de La Rioja, 2000, pp. 168-184.

²⁹ GARCÍA AMADO, J. A., *op. cit.*, pp. 47-71.

³⁰ ESCUDERO ALDAY, R., «La sombra del franquismo es alargada», pp. 33-60.

³¹ Coincide con los sectores opuestos a la memoria histórica el establecimiento de tres categorías jerárquicas de víctimas en España: a) las de primera que son las de ETA; b) las de segunda, según se acepten o no los resultados judiciales condenatorios del terrorismo yihadista del 11-M, que son las del terrible atentado de esa fecha, y c) los asesinados y torturados por el franquismo cuya realidad se silencia cuando no se niega. Un repaso al artículo 10 de la Constitución sobre la dignidad de la persona, y al 14 sobre la igualdad, deberían darnos como resultado que todas las víctimas del fanatismo político y religioso son idénticamente dignas y merecedoras de reconocimiento.

Matar a las personas por sus ideas –ETA o los Consejos de Guerra– es un delito repugnante y en nada justifican los uniformes ni cobrar un sueldo del Estado la ignominia cometida. Según esa lógica, también habría que salvar los nombres auténticos de los miembros de la policía política (Brigada Político-social) que cometían cotidianamente delitos de lesa humanidad como son las torturas (imprescriptibles según la legislación internacional). Quien esto escribe hace ya mucho tiempo que, como en Argentina, no se atuvo a esa liturgia de la impunidad e inhumana lógica.

Da la impresión que la destemplanza política y antigubernamental exhibida por García Amado en este capítulo sobre la memoria histórica, le haya llevado, lamentablemente, a una desconexión fuerte con el análisis inductivo, empírico, de la realidad social y política³². No es pacífico, aunque sea bastante sencillo, reconocer el entronque constitucional de 1978 en el texto de 1931³³. Y, empero, debería ser un acuerdo mínimo de todas las fuerzas políticas y la sociedad española para hablar un lenguaje común. Tampoco se debería admitir la aplicación de paños calientes con los crímenes cometidos por el franquismo, ni por nadie. Pero estas perspectivas y tensiones repercuten fuertemente también en el seno de la iusfilosofía española. En cuyo estudio de la historia y memoria se gestan una diversidad de interpretaciones. Y, antes que hablar de éstas, de las cuestiones de interpretación, hay que acercarse a la exigencia de una mínima actitud ética en el uso de las fuentes. No es que se logre o no la traída y llevada objetividad, sino que, según lo observa Carmen Iglesias, en la función de historiador³⁴:

«El respeto a los documentos y la coherencia interna del relato son imprescindibles.»

³² Así, cuando trata de los nacionalismos periféricos, se refiere a «la ideología abiertamente derechista de los partidos nacionalistas, principalmente PNV y CIU», a quienes atribuye un «pensamiento grupalista, organicista, metafísico y antiilustrado de los nacionalismos». «Usos de la historia...», p. 56. Esta precomprensión del supuesto «derechismo» de los nacionalistas, no resiste un análisis concreto de lo que son en realidad esas fuerzas nacionalistas, si se empieza por el Bloque Nacionalista Galego que es de izquierda-izquierda y con un sentido social acusado (como se ve en todas las discusiones sobre la inmigración); Esquerra Republicana de Catalunya, de origen masónico visible hasta en sus símbolos, es de izquierda, independentista y republicana; Uxúe Barkos, de Nafarroa Bai, y de inequívoca izquierda, ha votado la mayoría de las veces en el Parlamento al lado de J. L. Rodríguez Zapatero; el famoso exdiputado J. A. Labordeta era representante de una fuerza nacionalista de izquierda como la Chunta Aragonesista. Y, en fin, si hablamos de los partidos nacionalistas más conservadores, habría que explicar la actitud favorable del PNV a la legislación del aborto. Para lo que aquí se da una simple explicación (y broma): los jesuitas no son el Opus Dei. Hablar de los «nacionalismos» en general nada dice, como no sea describir una manera unilateral de ver el mundo a través de la nación de cada cual.

³³ VARELA SUANCES-CARPEGNA, J., *Política y Constitución en España (1808-1978)*, prólogo de F. RUBIO LLORENTE, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 581-594.

³⁴ *No siempre lo peor es cierto*, p. 25.

En el último libro de Benjamín Rivaya sobre el pretérito de la iusfilosofía española, la falta al respeto de los documentos es tan gráfica que falla después, con estrépito, la coherencia interna de su relato. Desde sus inicios, el libro promete una intervención política del autor, con lo que anuncia ya un recorrido que no es otro que el de una visión unilateral y defensora de los que él concibe como iusfilósofos católicos españoles³⁵. En la que el *mejor* historiador de nuestra iusfilosofía es J. J. Gil Cremades y el *mejor* iusfilósofo del siglo xx Luis Legaz Lacambra. Rivaya se quiere curar en salud con el subjetivo título de la obra, ya que es «una» acción política sobre la filosofía jurídica española³⁶. Pero no consigue que sea «una historia», porque para eso es necesaria cierta fidelidad a los escritos y fuentes. Para Rivaya, la vida iusfilosófica de Juan José Gil Cremades nace con el desplazamiento del iusnaturalismo gubernamental y eclesial, que era hegemónico en la Filosofía del Derecho hasta los años sesenta. Se inicia en España lo que los historiadores llaman «desarrollismo» de los sesenta y Gil Cremades surge profesionalmente entonces, en esta versión, para la Filosofía del Derecho. No está, para Benjamín Rivaya, no hay una implicación de Gil Cremades en el iusnaturalismo «medievalizante» (la expresión es de Juan Ramón Capella) sostenedor de la dictadura de Franco. Que, no obstante, se produce en varios momentos y sitios³⁷. Si bien llama la atención que una de sus primordiales manifestaciones tenga lugar en el mismísimo *Anuario de Filosofía del Derecho* tan invocado en vano por Rivaya en todo su trabajo. «La ley natural como participación en Santo Tomás de Aquino» es un muy extenso e ideologizado artículo, con 264 expresivas notas a pie de página, de Juan José Gil Cremades en el *Anuario de Filosofía del Derecho* de 1962³⁸. El asunto tiene su relevancia porque deja en entredicho la seriedad intelectual de Benjamín Rivaya. Trabajo que es preciso comentar porque la vocación ideológica y religiosa de Gil Cremades es manifiesta en el contexto que se produce. El artículo, muy erudito, comienza con una crítica al poder de la razón de Baruch Spinoza, si bien con una cita de segunda mano impropia del proceder habitual de Juan José Gil Cremades, extraída del manual francés de Michel Villey acerca de la historia de la Filosofía del Derecho. Gil Cremades define el punto de

³⁵ RIVAYA, B., *Una Filosofía del Derecho española del siglo xx*, Madrid, Iustel, 2010, 238 p.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 17-20.

³⁷ ELÓSEGUI, M., GALINDO, F., «Bibliografía del Profesor Gil Cremades», *El Pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al profesor Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 131-140. En esta bibliografía pueden verse escritos de los años sesenta relativos al pensamiento de Xavier Zubiri o a las encíclicas papales, aunque no están algunos artículos de la revista *Temis* y de otras revistas (estudiados por el profesor Peláez y a los que luego se alude aquí).

³⁸ GIL CREMADES, J. J., «La ley natural como participación en Santo Tomás de Aquino», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1962, pp. 83-114.

partida de su postulado como una «exigencia metafísica del derecho». Para ello arranca del despliegue del concepto de la ley natural, y por allí desfilan, con buena información, Parménides y Heráclito, Platón, con calas profundas en Aristóteles, Cicerón, un examen del derecho romano y así llegar a la meta que no es otra que Tomás de Aquino. Realiza entonces una genealogía, incluso con un útil gráfico (p. 121) de las diversas influencias que recibe Santo Tomás, Sagrada Escritura, Hugo de San Víctor, Graciano, derecho romano justiniano, Plotino, San Agustín, Cicerón, estoicos, etc. Tras una labor crítica intensa de las corrientes con las que se une o polemiza, llega a la proposición final de la que destaca su nitidez y por eso se subraya aquí³⁹:

«La noción tomista de participación, aplicada a la ley, nos ha llevado a considerar la ley natural no como algo mostrenco, totalmente concebible por el hombre, perfectamente cognoscible por él, e invariablemente eficaz. La hemos concebido, en cuanto participación en el hombre de la ley eterna, como “ius negativum” –entendiendo bien esta expresión–, siendo, sin embargo, como es una, exigencia metafísica. En definitiva, cuando, por herejía racionalista, damos a la formulación de la ley natural un contenido que realmente no tiene, aparte de abrir el flanco a los ataques que la tildan de ideología, se pierde de vista la indicación del Aquinate de que la verdad no es propiedad nuestra, sino que más bien la tenemos en concepto de préstamo.»

Afirmaciones que entran de lleno en lo que se ha tipificado como iusnaturalismo ideológico al servicio de la dictadura de Franco: católico a machamartillo, autoritario y, se añade aquí, exaltador del tomista medieval⁴⁰. Bien entendido que la categoría «católico» también opera como un trampantojo de los usados por Benjamín Rivaya; porque una cosa es formar parte intelectual de ese amasijo de religión y Estado que fue el régimen de Franco y otra muy otra postular interesantes reflexiones teológicas como el sacerdote Díez Alegría. Por demás, en esta vida no es lo mismo pertenecer a la teología de la liberación que al Opus Dei, dos programas que poseen una actitud ante la pobreza evangélica realmente incompatible; tan divergentes así mismo como Ignacio Ellacuría y Escrivá de Balaguer. Decir «católico» es lo mismo que hablar de «comunistas», pues no es algo idéntico un comunista ruso con coche oficial en el antiguo PCUS que un ser humano español condenado a veinte años de cárcel cumplidos –al igual que Marcos Ana– en la dictadura franquista. Por más que las ideas no sean inocentes en sí mismas y el marxismo de Marx, con toda su carga

³⁹ «La ley natural como participación en Santo Tomás de Aquino», pp. 83-114.

⁴⁰ Aspectos generales y operativos bien estudiados en el libro de GARCÍA MANRIQUE, R., *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, 591 p.

monista y dogmática, tuviera una actitud ambivalente ante la democracia y meramente instrumental hacia los derechos humanos⁴¹.

Y como estas líneas no son deudoras de ningún positivismo militante, tampoco se participa aquí de la descalificación porque sí del Derecho natural, del que han usado no poco, por poner una muestra en la otra punta, intelectuales como J. J. Rousseau. Pero el iusnaturalismo tomista de Gil Cremades, amén de su nada secreta pertenencia al Opus Dei, era en 1962 una inversión manifiesta en el propósito estructural de quienes entonces dirigían el escalafón de la asignatura Filosofía del Derecho. Aunque antes de formular mi visión de la trayectoria de Gil Cremades quisiera sostener mi actitud. Previamente, he de expresar mi agradecimiento por su exigente dirección en lo que respecta a mi primera e intensa labor como iusfilósofo⁴². Y, las opiniones que voy a manifestar entran ya en lo que pueden denominarse cuestiones de interpretación; falibles y discutibles como todo lo humano. Por de pronto no existe ese liberal completo, sin «anteojeras» iusnaturalistas ni religiosas, investigador del krausismo desde su primera fase profesional, como construye Juan Ramón Capella la presencia de Juan José Gil Cremades en la iusfilosofía española. Bien entendido que la percepción de Capella no es tan burda como la de Rivaya, pues se trata de un «elogio» que, por propia definición, excluye los aspectos negativos del elogiado⁴³.

En esta realidad documentada de lo sucedido, en 1962 el propio profesor zaragozano se ubicaba así entre las tendencias ideológicas y culturales de ese tiempo⁴⁴: a) toma distancias con la derecha de la ultraderecha; con José Castán Tobeñas por intentar suplir la aplicación de la ley con un derecho no antiformalista sino aformalista, que no es lo mismo, en manos de la judicatura; le parece, con buen juicio, excesivo; también reprocha a Álvaro D'Ors su visión del derecho judicial como producto constante de la intervención divina; D'Ors falla, dice el iusfilósofo zaragozano, en la «metafísica de la causa segunda»; b) se aproxima a Eustaquio Galán, uno de los entonces pesos pesados de la asignatura, por su lado metafísico y por rechazar la reducción de la iusfilosofía «a una teoría del derecho, de cariz positivista y ametafísico» («Pero estamos de acuerdo con Galán cuando interpreta que, en Aristóteles, lo justo por excelencia es lo justo político que es, a la vez, justo físico y justo normado»), escribe al respecto el catedrático de

⁴¹ LACASTA ZABALZA, J. I., «Marxismo jurídico», Portal jurídico en iustel.com, 2003, 14 p.

⁴² Agradecimiento ceñido al período en el que el doctor Gil Cremades dirigió mi tesis doctoral *La Filosofía del Derecho de Hegel en España* y a su voto favorable en mi oposición e ingreso en el extinto Cuerpo Nacional de Profesores Adjuntos.

⁴³ CAPELLA, J. R., «Elogio de un filósofo del derecho: Juan José Gil Cremades», ELÓSEGUI M., GALINDO, F. (editores), *El Pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al profesor Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 131-140.

⁴⁴ «La ley natural como participación en Santo Tomás», pp. 83-114.

Zaragoza); c) se opone a Norberto Bobbio, Hans Kelsen y al argentino Cossío («cuyo formalismo aprehendido de Kelsen es evidente, y cuyo desprecio, paralelo a la ignorancia, de la metafísica jurídica, etc.»); hay asimismo alguna cita emboscada de Luis Recaséns, para exaltar su dimensión «metafísica» junto a Joaquín Ruiz-Jiménez por el mismo motivo; d) en el plano teológico, que tiene su relevancia en la época, toda la extensa nota 247 está destinada a oponerse a las teorías evolucionistas del jesuita Teilhard de Chardin, al que llega a acusar del siguiente tenor⁴⁵:

«concretamente, de la ley eterna no se pasa a la ley divina por *natural* evolución, sino por un acto *sobrenatural*: la Gracia. Estamos ante las puertas de la teología del derecho, puertas que hay que abrir con llave, pero no con ganzúa».

Pobre Teilhard de Chardin en esa inquisitorial España de 1962⁴⁶. Tan *naïf* como era esa suerte de *Lucrecio cristiano* (tal cual Gregorio Peces-Barba suele retratar al teólogo jesuita)⁴⁷. Está claro, por tanto, que el autor de estas líneas no tiene la misma visión que los profesores Capella y Rivaya del tránsito de Juan José Gil Cremades por la Filosofía del Derecho española. Cuyo pasado en el iusnaturalismo propio del régimen franquista no invalida sus trabajos posteriores ni su fama de buen docente⁴⁸. No obstante, más allá de su no muy extensa autoría de libros propios (son dos sobre el mismo tema krausista), se echa de menos en sus escritos una postura más autocrítica, más modesta y un poco de prudencia al juzgar a los demás iusfilósofos y las demás iusfilosofías. Además, a fines de los años sesenta e inicios de los setenta tiene su lógica que se apease el iusfilósofo zaragozano de ese iusnaturalismo ideologizado, pues hasta el Opus Dei varió su discurso o sus

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 83-114.

⁴⁶ Esa actitud de Gil Cremades contra el evolucionismo teológico de Teilhard, así como sus intransigentes posiciones ultracatólicas en ese tiempo, fueron desveladas hace mucho por el profesor Manuel J. Peláez; quien dio por primera vez una visión exacta de dos Gil Cremades (el integrista y el autor de los trabajos sobre el krausismo). Investigación de Peláez que el profesor Rivaya también ignora o quiere ignorar. PELÁEZ, M. J., *Intrahistorias e Intrahistorias del Derecho Español del siglo xx: Un Paisaje Jurídico con treinta figuras*, Barcelona, Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones/UMA, 1995, 2.ª ed. rev. y ampl., pp. 75-77 (y amplia n. 77).

⁴⁷ Benjamín Rivaya, buen conocedor del cinema, sobre todo del español (aunque no le hemos escuchado ni leído ninguna crítica de *Camino*), seguramente habrá visto la película de los años sesenta *Las sandalias del pescador*, extraída de la novela del mismo título de Morris West, con un soberbio Anthony Quinn en el papel del pontífice ruso Cirilo Lakota. Hay un joven jesuita, perseguido por los cardenales, que mantiene las tesis de Teilhard de Chardin. La circunstancia histórica de la disputa no puede ser más apropiada, porque por aquel mismo entonces Gil Cremades se situaba del lado de los perseguidores.

⁴⁸ Como le gusta recordar a Luis Gracia Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza. GRACIA MARTÍN, L., «Globalización y Derecho penal global», *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al profesor Juan José Gil Cremades*, pp. 367-390.

discursos hacia el ejercicio de la tecnocracia y el *Crepúsculo de las ideologías* de Gonzalo Fernández de la Mora⁴⁹. De otro lado, Juan José Gil Cremades se ha presentado a sí mismo como un liberal sin atributos (a lo Robert Musil), miembro del exilio interior, e irónico contemplador del universo político en 1975 como «un campo de experiencias.»⁵⁰ Ya lo critiqué en su día también, pero su visión de la transición española me sigue pareciendo bastante inexacta⁵¹. En el núm. 1 de la revista *Doxá*, en «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», comparaba la evolución a la democracia con el derrumbe de las murallas de Jericó⁵²:

«las murallas de Jericó se desmoronaron no por el incansable trompeteo de quienes estábamos fuera merodeando, dando vueltas, como por el de los que empezaron a hacer lo mismo en el patio de armas».

Nos tendría que aclarar Gil Cremades cuándo salió de Jericó, porque en 1962 se le veía dentro de ese bíblico fortín amurallado, intentando hacerse un hueco en alguna barbacana. Por otra parte, no creo que sea justo ni cierto presentar la famosa transición como un proceso dirigido por la sabiduría monárquica y los falangistas conversos a la democracia, en el que la resistencia antifranquista nada pintamos ni hicimos por el derribo del fortificado recinto. Sin quitarle méritos a Adolfo Suárez, los derechos de asociación, la libertad de expresión y otros derechos hoy fundamentales estaban entonces encausados como delitos políticos de asociación ilícita, propaganda ilegal, etc. Y si en 1975 el tristemente célebre Tribunal de Orden Público abrió 4.317 causas, en 1976 había llegado a las 6.000, todas ellas por los entonces llamados delitos políticos⁵². Lo que no era reflejo de ningún «merodeo», sino un asalto sistemático y en toda regla al alcázar antidemocrático. Aspectos, las movilizaciones antifranquistas, pero que muy tenidos en cuenta por los más perspicaces alarifes políticos del patio de armas de la fortaleza⁵³. Gil Cremades nos anticipaba así ya en *Doxá* el por qué el conservadurismo más ultra de hoy no quiere que se hable

⁴⁹ «En todo caso quienes se hacen entonces con todo el poder político son los representantes de esa extraña amalgama de integrismo tradicional con tecnocratismo desarrollista opusdeísta que habían venido a sustituir como fuerza hegemónica dentro del régimen franquista a las huestes falangistas de siempre más proclives a la intoxicación ideológica absolutista.» DÍAZ, E., «La reconstrucción del pensamiento democrático», en FERNÁNDEZ-CREHUET, F., y HESPANHA A. M. (Hg.), *Franquismus und Salazarismus. Legitimación durch Diktatur?*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2008, pp. 13-30.

⁵⁰ GIL CREMADES, J. I., *Krausistas y liberales*, Madrid, Castilla, 1975, p. 9.

⁵¹ LACASTA ZABALZA J. I., *Cultura y gramática del Leviatán portugués*, Prefacio de A. HESPANHA, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1988, pp. 150-154. Donde se comparan los procesos portugués y español hacia las actuales democracias.

⁵² *Op. cit.*, pp. 150-154.

⁵³ MARTÍN VILLA, R., *Al Servicio del Estado*, Barcelona, Planeta, 1984, p. 17.

del antifranquismo sino de la transición, momento dulce en el que parece que tiene lugar la Creación de Adán y Eva, la democracia española, a manos e imagen y semejanza de quienes tenían el sumo poder surgido del franquismo, mas con una querencia conveniente, occidental y sutil hacia las formas parlamentarias⁵⁴. Como nadie lo sabíamos, ni siquiera ellos mismos, fue un soberano descubrimiento.

El pasado real, el de la dinámica franquismo/antifranquismo, el de las características religiosas propias del fascismo español, se evapora, como diría George Orwell. Y, en parecida práctica de las evaporaciones, el tan mencionado libro de Benjamín Rivaya asimismo nos recomienda en repetidas oportunidades la lectura de los trabajos y manuales de Luis Legaz Lacambra, director que fue de la formación iusfilosófica de Gil Cremades. Que, efectivamente, son de alta calidad en no pocos de sus pasajes y revelan una formación excelente junto al estudio de las principales corrientes intelectuales mundiales. Lo que ocurre es que no se puede separar el buen envoltorio ni el riguroso empleo del castellano de algunos contenidos suyos inaceptables. Tomemos el manual de 1972, ya muy lejos de la guerra civil, y nos dice, entre otras, las cosas que siguen⁵⁵: a) le parece indiscutible el origen divino de su Iglesia y «fuera de ella no puede realizarse la obra de salvación personal del hombre»; su Sumo Pontífice «posee el don de la infalibilidad»; la Iglesia no necesita el reconocimiento de ninguna entidad distinta o superior, por lo que tiene una personalidad jurídica propia al margen de la comunidad internacional; las iglesias protestantes, los demás cristianismos, los ortodoxos («cismáticos» para Legaz), todo lo más son «iglesias nacionales» que carecen de la posibilidad de la salvación, sin que para él sea admisible la pertenencia al «alma» pero no al «cuerpo» de la Iglesia; b) este acto de soberbia solipsista frente a las demás religiones seguramente no era ni es compartido incluso por muchas personas católicas; c) el manual, en lo que respecta a la Nación española y su Estado, se alinea expresamente con Ramiro Ledesma Ramos y su «vigor dialéctico» según el iusfilósofo aragonés; pero también recurre a José Antonio Primo de Rivera y su «unidad de destino» para codificar la idea de España; todo lo cual se adoba con una fuerte crítica a los nacionalismos por separatistas y carentes del universalismo que sí posee el imperial nacionalismo español; d) en 1972 está en acción la dictadura de Franco, y Legaz Lacambra se muestra partidario de reservar una parte del Estado nunca sujeta al Derecho, de la existencia de los actos políticos tampoco sometidos

⁵⁴ Para esa línea de pensamiento, expresada muchas veces por Manuel Fraga Iribarne, Jaime Mayor Oreja o, como hemos visto, por el profesor Velarde, todo lo que suene a «memoria histórica» se asocia a la guerra civil y a la idea de «venganza». Nada les interesan las deficiencias éticas, culturales ni democráticas que engendran en la sociedad española los vacíos históricos y memorísticos del pasado.

⁵⁵ LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 610, 680, 802-803, y 828-833.

a control jurisdiccional (se alinea aquí con Aurelio Guaita y no con la escuela de Eduardo García de Enterría y su meritoria oposición a la inmunidad del poder)⁵⁶. Y, en general, se muestra mucho más proclive expresamente a Carl Schmitt que a Hans Kelsen, con lo que eso significaba y significa. Todavía estaban a la vista los efectos del estado de excepción de la dictadura en 1969, cuando, en 1972, Legaz Lacambra sostenía⁵⁷:

«A veces, el poder tiene que actuar contra la constitución precisamente para salvar la misma constitución –como Carl Schmitt ha demostrado suficientemente– y, sobre todo, para salvar el Estado.»

Aunque tal vez sea por la utilización de Capella en este pasaje de fuentes indirectas, no se puede compartir de ningún modo su opinión sobre Legaz Lacambra en los años sesenta («no se trataba ya del Legaz schmittiano de nuestra postguerra civil, sino que entonces predominaba en él la apertura, etc.», dispone Capella)⁵⁸. Y no es difícil entender que, por fortuna, a muchos estudiosos y estudiosas de la filosofía jurídica nos desagrada profundamente leer semejantes intervenciones académicas del fascismo católico español como las de Legaz Lacambra en 1972. Porque, una de las desdichas religiosas de los fascistas españoles es que su ideario está cosido de modo inevitable a un catolicismo de corte tridentino, exhibicionista y agresivo como el aquí comentado de Legaz Lacambra. Y no se comprende de ninguna manera que, al fin del régimen de Franco, Legaz estuviese incurso en un «proceso de desfascistización» como pretende el profesor Rivaya⁵⁹. Esa contraposición de este autor entre tradición católica y fascismo no se sostiene, porque en nuestra desgraciada historia han ido demasiado juntas las dos corrientes; de forma que una de las notas características del fascismo español es el uso del catolicismo como técnica de control social y arma ideológica.

Rivaya intenta poner paños calientes al duro momento del paso de Luis Legaz Lacambra de la democracia republicana por él defendida en un inicio, incluso con compromiso político partidista, a la Falange española y la exaltación de Primo de Rivera. Pero no se puede justificar éticamente el desplazamiento desleal al bando rebelde ni la autoría del *crimen de lesa Constitución* (el concepto es de Felipe González Vicén que lo toma de Abraham Lincoln) que fue el 18 de julio de

⁵⁶ Lejos, muy lejos de esfuerzos por la democracia y contra la inmunidad del poder como el de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite –impreciso y creciente– del ejercicio de los derechos*, Madrid, Cívitas, 1975, 68 p. Que tiene su origen en la valiente conferencia pronunciada con el mismo título por Lorenzo Martín-Retortillo, el 27 de febrero de 1974, en el Colegio Mayor Pignatelli de Zaragoza.

⁵⁷ *Filosofía del Derecho*, p. 677.

⁵⁸ «Elogio de un filósofo del derecho: Juan José Gil Cremades», pp. 131-140.

⁵⁹ *Una historia de la Filosofía del Derecho española del siglo xx*, p. 153.

1936. En este episodio, la excusa de Rivaya adquiere, con perdón, algunos ribetes esperpénticos, porque Legaz resulta que traiciona a la República debido también a su «compromiso matrimonial»; y de eso a sostener que la culpa la tiene su mujer no va más que un paso⁶⁰. Se supone, no obstante, que Legaz era mayor de edad para tomar su propia decisión. Nadie le obligó a ser un Rector de Francisco Franco, que no era un cargo cualquiera ni un salario desdeñable, a su papel como Subsecretario de Educación ni a firmar, a lo que parece, la expulsión de la Universidad española de los catedráticos que defendimos los entonces universitarios antifranquistas (Enrique Tierno Galván, José Luis López Aranguren, García Calvo y otros).

Benjamín Rivaya hace un raro cómputo de la conducta de los filósofos del Derecho españoles ante la guerra civil. Resulta que todos son o pueden ser conservadores, por católicos, menos Felipe González Vicén. Contabilidad que presenta como conservador a Luis Recaséns (lo que nunca se nos hubiera ocurrido al conjunto de los iusfilósofos en España ni en América). Como complemento, se ha de indicar de los católicos españoles que siguieron a E. Mounier y Maritain, y nuestros iusfilósofos de ese signo como A. Mendizábal, así como los que escribieron en *Cruz y Raya*, de ellos nadie, absolutamente nadie, los tomaría por conservadores ni derechistas. Dado que, una vez más, aquí se utiliza el catolicismo para clasificar ideológicamente como le viene a Rivaya en gana. Cuando la cosa es mucho más sencilla: tanto José Medina Echevarría, luego exiliado en México, como Alfredo Mendizábal, al igual que Luis Recaséns Siches y Felipe González Vicén, fueron leales a la Constitución de 1931. El resto la traicionaron o ya venían preparando el levantamiento faccioso; de modo que este baremo jurídico parece bastante más consistente, más acerado que el religioso, siempre poroso como una ameba. Y es un criterio de legitimidad y normatividad mucho más fiable que la relación o diferencias con tal o cual gobierno republicano de turno, pues nuestros iusfilósofos fieles al texto de 1931 tenían opciones políticas diferentes. Definición constitucional y no anticonstitucional, que viene a coincidir con quienes fueron depurados, separados de la cátedra e inhabilitados para cargos públicos por el franquismo; esto es, todos los citados más Blas Ramos, que permaneció en el extranjero y también fue privado de su cátedra. Que luego o antes Mendizábal y Recaséns criticasen y denunciasen los excesos sangrientos de los milicianos, así como las muestras de estalinismo en el bando republicano, críticas casi siempre cargadas de razón, nada añade ni quita a su más que loable adhesión a la Constitución de 1931.

Benjamín Rivaya ha indicado un posible pasado tortuoso de González Vicén en los años cuarenta, tras ser depurado y separado de su

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 117-118 y 173.

cátedra⁶¹. Aunque eso fuere así, además de criticar ese episodio, no hay sino reconocer también la altura científica y laica de sus escritos (donde no está la católica infalibilidad del Papa de Legaz Lacambra), así como su afán socrático por defender la conciencia del individuo y separar la religión de la moral⁶².

Finalmente, Benjamín Rivaya, para explicar la admiración de Legaz Lacambra por el fundador de la Falange, nos retrata a un José Antonio Primo de Rivera seductor y fino hombre del Derecho («un jurista preparado» porque citó a Stammler y comparó a Kelsen con un reloj)⁶³. Además, confunde los hechos cronológicos e históricos, toda la trayectoria ideológica joseantoniana, y habla Rivaya de un Primo de Rivera *antes* de volverse definitivamente fascista y fundar algo tan tenebroso como la Falange. La estética está más allá de la ética; pero, para mí que, además de ser un atizador de odios entre españoles, de poseer un explícito programa político discriminador de la mujer, de fomentar acciones terroristas contra la República, José Antonio Primo

⁶¹ Rivaya no acusa sino sugiere que González Vicén «fue acusado de colaborar con una organización del espionaje nazi». La fuente es de un periodista de investigación, quien se apoya en fuentes diplomáticas norteamericanas, que hacen a González Vicén –junto con su hermano Luis– jefe de sección de la Falange Española. RIVAYA, B., «Sectarismo, corrección política y descortesía académica en la Filosofía del Derecho española. Respuesta a José Ignacio Lacasta», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20 del año 2010, pp. 179-187. Una réplica que no da contestación a la recensión de LACASTA ZABALZA, J. I., «Caminos de terciopelo en la filosofía jurídica española», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20 del año 2010, pp. 171-178; donde se critica la mezcla de religión y derecho que le sirve a Rivaya para imaginar «el iusfilósofo católico español» sin Constitución de 1931 y sin 18 de julio de 1936. En lugar de eso, Rivaya se dedica a juzgar intenciones y al ataque personal; cuando mis motivos son muy claros: el profundo *asco* que me da el que se use a la religión católica en simbiosis con el pensamiento jurídico o, como Franco, con el Estado y su escalafón. Y es que en esta vida «nunca es más menguado un hombre que cuando se pone a juzgar intenciones ajenas» (Miguel de Unamuno).

⁶² Por lo demás, no tengo sino palabras de gratitud para quien me recibiera en su casa de La Laguna, me diera una interesante lección de horas con recorrido por su biblioteca, en relación amistosa de un sabio con un aprendiz, y un 5 de diciembre de 1985 me escribiera la siguiente carta personal que reproduzco íntegra: «Distinguido compañero: He recibido con alegría su trabajo “Hegel en España”. Es una monografía realizada con gran acribia y una limpieza de fuentes de la que muchos deberían aprender.

El título me parece doblemente bien, porque tengo dudas muy fundadas de si los llamados hegelianos o neokantianos españoles conocían en realidad y de verdad la filosofía de los respectivos maestros. Por algunas observaciones tuyas dispersas en el texto, veo que también Vd. abriga ciertas dudas al respecto. Pero todo ello sólo en una conversación podríamos aclararlo.

Como una contribución valiosísima al pensamiento jurídico español, espero que su libro tenga la difusión debida.

Salude en mi nombre al Prof. Gil Cremades y felicítele por el justo prólogo a su trabajo.

«Afectuosamente. G. Vicén.» GONZÁLEZ VICÉN, F., «Carta a José Ignacio Lacasta Zabalza», La Laguna, 5 de diciembre 1985.

⁶³ *Una historia de la Filosofía del derecho española en el siglo xx*, pp. 75-77.

de Rivera poseía una rimbombante retórica llena de adjetivos, de pretendido fondo orteguiano, rematadamente adiposa y cursi⁶⁴. Y, claro está, sobre gustos, los colores, que se suele decir.

En definitiva, si el régimen de Franco (aunque se reduzca aquí su complejidad) fue sustentado primordialmente por la Falange y el Opus Dei, y algunos iusfilósofos presentaron las dos advocaciones, resulta que el profesor Benjamín Rivaya atenúa o calla la presencia del Opus y el nacionalcatolicismo de Legaz en nuestra asignatura, a la par que enaltece la figura de un José Antonio Primo de Rivera principal responsable de la creación de la Falange. Quizá no lo quisiera el profesor Rivaya, pero el resultado es un embellecimiento notorio del franquismo, muy a tono con los trabajos revisionistas de los Pío Moa y César Vidal.

3. SEGUIMOS SIN ENTENDERNOS

No podemos entendernos sobre el pasado mientras no se separe convenientemente la religión de la iusfilosofía en nuestro razonamiento. Hasta que no se huya de esas inconvenientes conjugaciones del verbo emplastecer como las de Benjamín Rivaya. Se pudo y puede ser católico en España de muchas maneras; y vayan mis simpatías por quienes huyeron del bombo y del platillo para ejercer su legítima fe y libertad de conciencia. Pero también por estas tierras hay quienes creen que la Iglesia poco menos que ampara todo y sostiene, ahí es nada, que el catolicismo salvó a Carl Schmitt del nazismo («Schmitt, que tuvo el carné nazi, nunca fue nazi»)⁶⁵. Milagro que no se produjo en quien aprobó la persecución de los judíos y escribió su famoso artículo «El Führer protege la ley», ante el silencio o mudez, todo hay que decirlo, de las Iglesias católica y protestante⁶⁶. En quien en realidad fuera consejero estatal de Adolf Hitler propuesto por Goering (lo que es toda una encomienda por venir ésta de quienes viene)⁶⁷. Y quien hizo de su ultracatolicismo la plataforma religiosa ideal para postular el fascismo, el nazismo, el franquismo y todos los ismos posibles del siglo XX hacia la derecha⁶⁸.

Ya he escrito en algún otro lugar que no nos hubieran venido mal en la asignatura, y en nuestra cultura jurídica en general, seguidores

⁶⁴ PRIMO DE RIVERA, J. A., *Obras Completas*, edición de Agustín del Río, Madrid, Delegación Nacional de la Sección Femenina de F.E.T. y de las J.O.N.S., 1959, 1153 p.

⁶⁵ RUIZ MIGUEL, C., Estudio preliminar de SCHMIT, C., *Catolicismo y forma política*, Madrid, Tecnos, 2000, p. XXIV.

⁶⁶ KERSHAW, I., *Hitler 1889-1936*, Barcelona, Península, 2001, p. 511.

⁶⁷ ALADÁR MÉTALL, R., *Hans Kelsen. Vida y obra*, México UNAM, 1976, p. 67.

⁶⁸ Como lo ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ SEGADO, C., *Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Madrid, Tecnos, 2009, 320 p.

de un pensador como François Géný, culto y abierto al estudio de todas las influencias metodológicas, que supo escindir su legítima creencia, incluso su católica Verdad, de la existencia real de una sociedad plural y pluralista con cuyas variadas tendencias es preciso entenderse. Así se expresaba sobre todo esto François Géný⁶⁹:

«En verdad, como el derecho se dirige a todos y no se puede desarrollar más que por esfuerzos colectivos, no es razonable pensar que depende de una concepción general del mundo, que, de hecho, sería extraña para la mayor parte de los interesados, no se haría aceptar por la mayoría de los juriconsultos y su existencia estorbaría cualquier evolución jurídica.»

En la dictadura de Franco, las tesis del católico Géný eran sencillamente incompatibles con esa versión, como la expuesta por Gil Cremades en los años sesenta, de «la síntesis tomista, repristinadora y recreadora del *esse*»⁷⁰. Y asimismo está presente en todo esto la jerarquía de la Iglesia con sus cabriolas morales, de la ya que no surgen voces partidarias de «una nueva manera, más libre y evangélica de estar la Iglesia en la sociedad civil y política española», dentro de un «pluralismo inconfortante y necesario»⁷¹. Voz de obispo del Vaticano II capaz de mirar de un modo más humano al otro bando de la guerra civil y saber en este mundo que «la caridad no puede permanecer indiferente y neutral ante un sistema social que produce hambre, miseria y opresión». Hoy día no se escucha ya todo eso, sino una dura e inhumana resistencia a la «memoria histórica», a ver las decenas de miles de exterminados entre republicanos y antifascistas, a los que se tapa, al tanto que todos los años, inevitablemente, la Iglesia eleva a los altares —de modo legítimo— a sus mártires y ejerce su exacta memoria sobre los ocho mil sacerdotes y monjas masacrados por las multitudes y la criminal acción de los comités revolucionarios durante la guerra civil. Para los muertos suyos, todo, para el prójimo del Evangelio que vienen a ser los demás asesinados españoles, la mayoría hijos del hambre y la pobreza, nada. Todo ello acompañado de una carencia completa de autocrítica por su más que culpable ósmosis, hasta en la Filosofía del Derecho, con el régimen de Franco.

Afortunadamente, ya ha habido otras historias y memorias *laicas* de nuestro ayer iusfilosófico⁷². Y no se quiere afirmar desde esta reflexión

⁶⁹ GÉNY, F., *Science e Technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1922, vol. I, p. 72.

⁷⁰ LACASTA ZABALZA, J.I., «Epílogo. François Géný: Algo más que un buen hermeneuta», en GÉNY, F., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, edición de BERNUZ, M.J., Granada, Comares, 2007, pp. 109-125.

⁷¹ PALENZUELA, A., obispo de Segovia, *Cuál es el pensamiento de la Iglesia respecto de la política*, Barcelona, La Gaya Ciencia, 1976, pp. 9, 28 y 42.

⁷² No se va a hacer aquí un recuento o estado de la cuestión sobre este asunto, pues este artículo se delimita por el uso reciente del verbo «arrinconar» referido al ayer y antesdeayer nuestros; por lo que se piden excusas a cuantas personas han cribado la

que el que fuera franquista no tiene derecho a hablar o algo semejante. O que aquí no tienen cabida o carnet más que los pertenecientes al anti-franquismo. Cada cual viene de donde viene y los seres humanos no somos químicamente puros; no es ninguna vergüenza reconocer si hace falta de dónde se procede sin que eso sea un pasaporte definitivo para nada⁷³. Y las personas no somos de una pieza, como presenta, un tanto exculpatorio, Gil Cremades al que fuera catedrático de Filosofía del Derecho de Zaragoza Miguel Sancho Izquierdo⁷⁴. No somos cañones de artillería con armón incluido, sino a lo sumo pequeños mecanismos

historia de la iusfilosofía española y no son citadas en estas páginas. Por todos, y porque ha sido un generoso modelo que siempre he tenido en cuenta, DÍAZ, E., *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, 270 p.

⁷³ Hablar de uno mismo siempre es algo impúdico, pero a veces necesario por precaución, no vaya a ser que le descubran a uno un familiar de los del 18 de julio de 1936 (que los tuve, como mi abuelo carlista Valeriano Zabalza Ilundáin, concejal y Teniente de Alcalde de Pamplona durante la Segunda República y en el régimen de Franco). Ingresé en el Frente de Liberación Popular (FLP), en un círculo de simpatizantes dirigido por el arquitecto de Zaragoza José María Monserrat Blasco en 1968. Monserrat fue uno de mis mejores amigos hasta su fallecimiento. En realidad, dependíamos del FOC (Front Obré de Catalunya) del que Monserrat era miembro. Posteriormente, fui dirigente del Movimiento Comunista (MC), y miembro de los organismos unitarios de toda la oposición antifranquista de Aragón, Coordinación Democrática de Aragón y «Platajunta», según lo ha recogido con mucho humor Carlos Forcadell, historiador de la Universidad de Zaragoza. Toda esa experiencia tuvo consecuencias dolorosas, negativas, positivas, muy positivas y estupendas. De las que no gusto hablar porque a los resistentes antifranquistas españoles, como a los franceses, se nos educó en el mantenimiento de los segundos planos y en el anonimato. De todas maneras, aquello produjo defectos en nuestras teorías del conocimiento, modos de pensar, bien (auto)criticados en el libro de RÍO DEL, E., *Pensamiento crítico y conocimiento (Inconformismo social y conformismo intelectual)*, Madrid, Talasa, 2009, 205 p. Por uno de los lados más modernos de nuestro pensamiento, también es válida la autocritica de URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder*, Madrid, Talasa, 2009, 262 p. Con razón el iusfilósofo José María Saucá me ha criticado alguna vez el sostenimiento de la consigna vasca «amnistía osoa» (amnistía para todos) durante la transición, por haber caído en la credulidad del abandono de las armas por parte de ETA y potenciado de algún modo la impunidad de sus acciones criminales. Pese a que también se fomentó con esa actitud la integración de personas como Mario Onaindía, luego socialista, que tan buen resultado dieron para la democracia española. Y las autocriticas no acaban desde luego ahí pero, por el momento, basta ya de impudicia aunque sea necesaria.

⁷⁴ «para bien o para mal, fue hombre de una pieza», GIL CREMADES, J.J., «Miguel Sancho Izquierdo (1890-1988)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI (1989), pp. 443-449. Sancho Izquierdo, a quien conocí en persona, es autor de algunos de los peores escritos –científicamente hablando– de la filosofía jurídica española, y de unos manuales ultracatólicos con citas de segunda mano que todavía hoy producen vergüenza ajena. Para quien dude de la existencia de un *erial* intelectual en la España de Franco (y se fije solamente en las citas en alemán de Legaz Lacambra), que estudie las publicaciones de Sancho Izquierdo, añada el número de años que detentó la cátedra en Zaragoza, la herencia de su hijo como encargado de la misma durante largos años sin escribir una línea, y saque las cuentas de lo que allí había durante más de cuarenta cursos académicos hasta la llegada en 1975 –las cosas como son– de Juan José Gil Cremades. Aunque tal vez, como escribiera en su día Vargas Llosa sobre Ortega y la Universidad franquista, sea más adecuado hablar de *sacristía* que de *erial* (y los trabajos de Benjamín Rivaya así lo corroboran).

complejos unidos por débiles engranajes. Y variables, nada de coherentes de una sola vez, pues Miguel Sancho Izquierdo fue parlamentario a sueldo de la República (aunque fuera de la CEDA), permitiéndose traicionarla tanto el 18 de julio de 1936 como al ocupar posteriormente importantes cargos, entre otros los de censor, del régimen franquista⁷⁵. Tampoco esto quiere decir que todos fuimos pecadores, extendiéndose así una especie de Miércoles de Ceniza tan del gusto de los medios de comunicación durante tantos años. No era lo mismo, ni sus consecuencias, estar a favor o en contra del franquismo. Mala ética, de cucos o pícaros que es un género nacional, transmitiríamos a la juventud si les decimos que lo astuto era quedarse quieto, adular siempre a los que mandan o beneficiarse de la dictadura. Y a la vez se ha extendido en estos tiempos un prejuicio sin fundamento, como casi todos los tópicos, consistente en decir que las personas de la resistencia antifranquista pretendemos que se hable del antifranquismo para en realidad hacerlo de nosotros mismos y «ponernos medallas» (en la innoble idea difundida). Esta acusación viene incluso de gente inteligente, como Javier Pradera, que coloca en nuestras mentes partidarias de la memoria que queremos ser *demócratas puros* (los que resistimos al franquismo), frente a los *impuros* (los que colaboraron con la dictadura)⁷⁶.

Entre las nuevas generaciones los hay al frente de importantes proyectos memorísticos, como los encabezados, y en este artículo antes citados, por Federico Fernández-Crehuet⁷⁷. Pero también ahí, entre los más jóvenes, se ha extendido la idea de nuestros hinchados anhelos o aspiraciones al «heroísmo». Jordi Gracia es autor de un precioso trabajo literario titulado *La resistencia silenciosa*, que discurre, con la distancia debida de su generación (que eso sí es una virtud) sobre la actitud de diversos autores ante el fascismo, la guerra, la República o la vida. Azorín, Pío Baroja, Josep Pla, el periodista Gaziel, Juan Ramón Jiménez y tantos otros. El trabajo es bellissimo, huye deliberadamente del lenguaje postizo y reiterante, pero no necesita para nada el oropel de la Filosofía de la Historia que le acompaña. De quienes participamos en la resistencia organizada manifiesta su «desconfianza en los héroes pelicularos» y dice⁷⁸:

⁷⁵ Ahora que José Antonio Labordeta ha sido nombrado Doctor Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza, el 23 de marzo del año 2010, quiero recordar que se refería a él en sus escritos, que tanto nos hacían reír, como «Sancho el Derecho». Parte consustancial de la ciudad de Zaragoza durante tantos años, Sancho Izquierdo dio lugar a numerosas leyendas, algunas ciertamente malévolas y cómicas, que no se van a relatar aquí.

⁷⁶ PRADERA, J., «La dictadura de Franco: amnesia y recuerdo», *Claves de Razón Práctica*, núm. 100, 2000, pp. 52-61. En cambio, es certero al diagnosticar la combinación de miedo y apoliticismo, inculcados durante la dictadura, para explicar las resistencias al recuerdo.

⁷⁷ Y también, FERNÁNDEZ-CREHUET, F., *Franquismo y revistas jurídicas. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 2008, 192 p.

⁷⁸ GRACIA, J., *La resistencia silenciosa*, Barcelona, Anagrama, 2004, p. 19.

«Yo no sé bien si en algún sitio existen los héroes, pero me parece que brotan sólo en la luz artificial, en los papeles, las telas y las partituras de los artistas, o quizá en la memoria.»

Pero todo esto no se apoya en nada real, ya que: ¿dónde, cuándo, cómo, quién, quiénes, en qué papeles, películas, libros, en qué sitios, se ha presentado ningún antifranquista como «héroe»? Eso es una falsedad que queda muy aparente, una estricta falacia en idioma aristotélico, pero no se ajusta a la realidad de los hechos sucedidos. La insistencia en la memoria se produce porque el antifranquismo y la resistencia española no quieren desaparecer del globo, como tantas voces lo desean tantas veces (tantas, por lo menos, como los opuestos, partidos políticos, Iglesia oficial y hasta iusfilósofos, a la «memoria histórica»)⁷⁹.

Y para terminar este artículo, se quisiera llamar aquí la atención sobre lo importante que es la relación existente entre el lenguaje y la memoria; y con más cosas, se agrega. Paloma Aguilar tiene unas atemperadas reflexiones sobre todo esto, a propósito de la propuesta de «echar al olvido» de Santos Juliá, arrancada del Diccionario de Autoridades del siglo XVIII. Aguilar sostiene que hubiera sido más apropiado decir «soslayar», «arrumbar» o «relegar» el pasado, para describir lo que ha acontecido con él en España⁸⁰. Por mi parte he empleado el verbo *arrinconar*. Para que se refleje debidamente una *memoria arrinconada*, esto es, desatendida, apartada de intención, distante de lo que se piensa ilusoriamente que es el «centro» (no se sabe si la UCD) de la Filosofía del Derecho española, así concebido por quienes se han creído que lo del franquismo/antifranquismo es algo maniqueo o una lógica binaria carente de riqueza epistémica.

Fecha de recepción: 27/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010

⁷⁹ Más bien, aunque sea un juicio demasiado rápido, tiendo a pensar que los antifranquistas y republicanos han aparecido como víctimas (y muchos, demasiados, lo fueron). Hemos hablado todo lo más de «mártires», nunca en general sino en sucesos concretos donde hubo martirio, como el de Enrique Ruano del FLP, muerto durante una detención de la policía política (Brigada Político-social) en 1969. Y así lo confirman películas como *La lengua de las mariposas* o *Las trece rosas*, por mostrar ejemplos recientes. Habría que retroceder a Max Aub y a sus diversos *Campos*, para leer un retrato, con toda su esplendorosa crudeza crítica al sectarismo, poco pluralismo y otros vicios de la izquierda española. Un cuadro cabal y completo de la misma. Nunca más, creo, se ha vuelto a escribir así.

⁸⁰ *Políticas de la memoria y memorias de la política*, pp. 71-74.

El pensamiento liberal español y la independencia de América: Flórez Estrada y Blanco White

Por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO
Universidad de La Rioja

RESUMEN

La ocupación del ejército francés de la Península Ibérica tuvo importantes consecuencias para las relaciones de las colonias americanas y la metrópoli en España. A partir de 1810, se produce en los diferentes virreinos un movimiento de simpatía y de apoyo hacia los peninsulares que, sin embargo, con el tiempo irá transformándose en abierta oposición a las autoridades y en un germen de la futura independencia. Aunque pudiera parecer lo contrario, estos movimientos y su justificación política tuvieron una importante repercusión en un sector de los liberales españoles. Este artículo pretende analizar la posición sobre esta cuestión de dos de los intelectuales más relevantes del momento: Álvaro Flórez Estrada y José M.^a Blanco White, quienes escribieron textos en los que valoraban los riesgos de estos movimientos emancipatorios, la razón de ser de sus reivindicaciones y la necesidad de mantener el vínculo político. Dada la agudeza de sus comentarios sus escritos son algo más que una narración de unos hechos puntuales para convertirse en una reflexión sobre teoría y economía política.

Palabras clave: *Flórez Estrada, Blanco White, liberalismo español, independencia de la América española.*

ABSTRACT

The French army's occupation of the Iberian Peninsula had important consequences for relations between the American colonies and the metropolis in Spain. After 1810 there was a movement of sympathy towards and support for the people of the Peninsula in the various viceroalties which, however, with time would gradually be transformed into open opposition to the colonial powers and the seed of future independence. Although it might appear to the contrary, these movements and their political justification had significant repercussions among a section of the Spanish Liberals. This article aims to analyze the position of two of the leading intellectuals of the time on this question: Álvaro Flórez Estrada and José M.^a Blanco White, who wrote texts in which they assessed the risks of these movements for emancipation, the raison d'être behind their demands and the need to preserve the political bond. Given the sharpness of their comments, these documents are somewhat more than just a record of particular facts and become a reflection on political theory and economics.

Keys words: *Flórez Estrada, Blanco White, Spanish liberalism, Spanish America's independence.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL SURGIMIENTO DEL PRIMER LIBERALISMO ESPAÑOL.—3. BLANCO WHITE: *SOBRE LA RECONCILIACIÓN DE ESPAÑA CON SUS AMÉRICAS.*—4. FLÓREZ ESTRADA: *EXAMEN IMPARCIAL DE LAS DISENSIONES DE LA AMÉRICA CON LA ESPAÑA.*—5. LOS LÍMITES DE PRIMER LIBERALISMO ESPAÑOL. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El año 1810 —ahora hace, pues, dos siglos— da inicio a un período de tiempo, en el que se producen los primeros hechos históricos del proceso de emancipación de las colonias de la América española. La historiografía hace tiempo que ha estudiado los acontecimientos más importantes, así como las personalidades de sus protagonistas. Ello no es un obstáculo para que esta conmemoración dé lugar también a los consabidos comentarios y a las necesarias revisiones de unos hechos que marcarían las relaciones de Latinoamérica y España. Éste es un buen motivo para repasar alguno de los ecos o de las reflexiones que tan doloroso proceso de ruptura produciría en los escritores españoles de la época. En particular, como pretendo en estas páginas, en intelec-

tuales de la talla de Álvaro Flórez Estrada y José M.^a Blanco y Crespo (Blanco White).

El interés radica en que sus reflexiones no se limitan a ser un comentario sobre un asunto más o menos limitado a un área geográfica, sino que, por el contrario, ambos son capaces de elevar su argumentación para, en un caso, sentar las bases de una economía política propia y, en el otro, de una teoría de la organización política moderna. Dicho de otra manera, la obra y la figura de Flórez Estrada y de Blanco White constituyen una pieza clave para entender la emergencia del primer liberalismo español y su interés por América una prueba de la originalidad y apertura de este pensamiento.

El marco histórico en el que se produce el primer movimiento emancipatorio americano está prefigurado por unos hitos determinantes en la historia de la España de principios del siglo XIX: la invasión de las tropas francesas, la rebelión popular o «revolución española», el hundimiento de la monarquía borbónica y el consiguiente vacío de poder, la aparición de las Juntas Provinciales, la Regencia, la Junta Central, la convocatoria y la labor de las Cortes, etc. Aunque las noticias de los sucesos peninsulares llegaban a las colonias americanas con un cierto y lógico retraso, no dejaron de preocupar y, en definitiva, de tener unas profundas repercusiones en el gobierno y en la sociedad latinoamericana. Muchos fueron los factores que, finalmente, confluían en la crisis política del final del Antiguo Régimen en España y en la ruptura del vínculo colonial entre la América española y la metrópoli.

Inicialmente, el estallido social y político en los diferentes virreinos parece estar motivado por la simpatía y el apoyo hacia la resistencia de los españoles contra las intenciones de los ejércitos franceses y de Napoleón de conquistar la península. De hecho, la primera reacción en los diferentes puntos de la geografía americana parece estar claramente influida por una voluntad similar de constituir Juntas Supremas que hiciesen acopio de recursos materiales y personales para su envío en ayuda de la otra orilla del Atlántico. La diferencia estriba en que, mientras que en España se había producido un vacío de poder que necesariamente debía cubrirse para tener alguna posibilidad de éxito en la guerra iniciada, en Latinoamérica existía todavía toda la estructura política que, durante siglos, había producido y reproducido el poder colonial. Si a eso añadimos que los líderes políticos emergentes en la revolución española no siempre comprendieron adecuadamente lo que estaba sucediendo en América y que, en consecuencia, no fueron capaces de tomar las mejores decisiones para el mantenimiento del vínculo político entre ambos lados, el conflicto estaba servido.

En efecto, aunque hubo conatos anteriores, el primer conflicto serio estalla el 19 de abril de 1810 con la llamada «revolución de Caracas» y pronto se extenderá por otras latitudes de la geografía latinoamericana, Buenos Aires, México, etc. Las noticias tardarán en llegar a la península. Blanco White, desde Londres, da las primeras noti-

cias de lo que sucedió en Caracas en *El Español* en su número de julio antes de que se sepa en la misma España. Su relato de los acontecimientos es paradigmático de lo que sucederá en otros puntos. Todo se inicia cuando, a la vista de la información sobre la situación política y de la guerra, «la tropa tomó el partido del pueblo desde el primer momento. Confiose la administración de los negocios públicos a una Junta, con el título de Suprema, entretanto que se recogieran legalmente los votos de toda la provincia para la formación de su gobierno»¹. El nuevo gobierno publica un manifiesto en el que da detalles sobre la desgraciada marcha de la guerra en Andalucía y la penosa situación de la metrópoli. Su objetivo era ponerse a salvo de las pretensiones de otros países y de las intrigas del gobierno francés; ratifican su lealtad a la Corona española, prometen auxilios a los peninsulares e, incluso, asilo. Toman también las primeras medidas liberadoras. No había aparentemente una intención de ruptura, sino de ayuda y colaboración con los gobernantes peninsulares.

Sin embargo, la respuesta de la Regencia que será mantenida posteriormente por la Junta Central y por las mismas Cortes, fue considerarlos como rebeldes y, en consecuencia, tratarlos como tales. El resultado fue alimentar el incendio por todos los lados. En cada virreinato se reproducirán unos hechos similares: represión, condenas a muerte, nuevas revueltas, etc. La espiral iniciada por estos primeros hechos ya difícilmente podrá pararse y no concluirá hasta que el proceso emancipatorio de las colonias concluya unos años más tarde.

Si bien las Cortes en Cádiz dedicaron alguna de sus sesiones a tratar el problema americano, lo cierto es que, en plena vorágine bélica y con el peso de la transformación política que se estaba produciendo en España, no fueron muchos los políticos e intelectuales que se ocuparon de la cuestión. Flórez Estrada y Blanco White son la excepción, y lo hicieron valientemente. El primero en su escrito *Examen imparcial de las disensiones de la América con la España*; el segundo, desde las páginas de *El Español*. Como españoles, no dejaron de analizar con coherencia los argumentos y la posición independentista de las colonias. E intentaron justificar una salida que no concluyera en la ruptura total.

2. EL SURGIMIENTO DEL PRIMER LIBERALISMO ESPAÑOL

Las reflexiones de Álvaro Flórez Estrada y de José M.^a Blanco White sobre la situación de las colonias americanas no pueden entenderse sin su puesto en la emergencia de un pensamiento liberal genuinamente español que, si bien toma sus fuentes de autores foráneos, no buscaba otra cosa que explicar los sucesos de la revolución española,

¹ Blanco White, *El Español*, I, IV, 312-320.

así como llevar a cabo una labor formativa que orientase a los actores del momento. Los acontecimientos de 1808 fueron el detonante de la eclosión de esta doctrina de pensamiento que se manifestaría en el auge de la prensa y en los debates de las Cortes de Cádiz y en la elaboración de la Constitución de 1812. Ambos autores son fiel reflejo de esta pulsión política y social que emerge tan rápidamente y, al mismo tiempo, representan diferentes maneras de entender el liberalismo en la España de la crisis del Antiguo Régimen.

Son, sin duda, muchos los nombres que pudieran añadirse a la lista de políticos y escritores que sumaron a esta corriente: Agustín de Argüelles, Fco. Martínez de la Rosa, el conde de Toreno, Manuel García Herreros, etc. Con todo, Álvaro Flórez Estrada y J. M.^a Blanco White representan lo más genuino de esta generación y su impronta se proyectará en el tiempo de una u otra manera sin que el reconocimiento de trayectoria les haya hecho el honor que se merecen. Y, entre otras cosas, afrontaron valientemente un tema tan crucial como el que aquí tratamos.

José María Blanco White nace en Sevilla un 11 de julio de 1775 y muere en Liverpool el 20 de mayo de 1841. Aunque durante muchas décadas fue un auténtico desconocido en su tierra, lo cierto es que, en los últimos tiempos, la reivindicación de su figura es ya un hecho. Es más, para algunos es el escritor, pensador, teólogo y periodista español más importante de la primera mitad del siglo XIX. Destinado desde muy joven al sacerdocio, sin embargo, su personalidad se nos aparece plena de inquietudes y contradicciones que le llevaron siempre a buscar la verdad tanto de las cosas humanas como divinas. Precisamente, esto mismo le llevó a renunciar pronto a la religión materna, a la Iglesia católica, para convertirse al anglicanismo y, finalmente, recalar en el seno del unitarismo.

1810 fue, además, para Blanco White un año trascendental, pues, invadida Sevilla y asediado Cádiz por las tropas francesas, decide exiliarse en Inglaterra, tierra de la libertad y del pensamiento, donde pronto acabaría renunciado al sacerdocio católico e iniciaría su progresión como periodista y pensador. En efecto, al poco de desembarcar en Londres, tuvo la oportunidad de iniciar una aventura periodística con la edición del periódico *El Español*. Ya en 1809, en Sevilla, había dirigido otro llamado *El Semanario Patriótico* que informaba de los acontecimientos políticos y militares de la guerra. En Londres, su amistad con Lord Holland y sus contactos con el *Foreign Office* le permitieron acceder a una información clave sobre la situación en España. *El Español*, que inició su andadura en 1810 para cerrarlo de 1814 con la restauración de Fernando VII, se convirtió así en una importante fuente de información para España y para Latinoamérica al tiempo que le permitió desarrollar su pensamiento político y social y demostrar un gran conocimiento histórico y literario.

Aunque no siempre es fácil dividir una biografía intelectual sin considerar los matices que rodean la trayectoria vital de cada indivi-

duo, puede decirse que, en el pensamiento de Blanco White, el año 1810 es un año con el que inicia su exilio inglés, pero en el que también se observa una evolución en su visión política liberal. En efecto, Blanco White, durante el período de editor del *Semanario Patriótico*, muestra una ideología más orientada a un cierto jacobinismo o hacia un liberalismo más de «izquierda». Sin embargo, su estancia en Inglaterra imprimirá un cambio importante en su pensamiento que, sin abandonar su postura liberal, se verá influido por el pragmatismo anglosajón. En definitiva, le llevará a seguir defendiendo los ideales de libertad, igualdad y tolerancia pero a la manera inglesa, es decir, desde una posición más ligada al moderantismo. Acabó deviniendo en un liberal con matices conservadores en el que el modelo inglés se convertiría en el patrón de su juicio sobre el desarrollo de los acontecimientos en la Península y en América (Martínez de Pisón, 2009: cap. 3).

El perfil político de Álvaro Flórez Estrada es bien distinto al de Blanco White, aunque compartieran el mismo anhelo por la libertad y por la mejora de su país. Flórez Estrada nace en el año 1766 en Pola de Somiedo y muere en 1853 en Noreña, Asturias. Constituye, pues, junto a otros ilustres compañeros un nutrido grupo de asturianos que tuvieron un papel relevante en la crisis del Antiguo Régimen generada por los acontecimientos de 1808. Pero, ya antes de esa fecha, Flórez Estrada había realizado importantes tareas públicas y, por tanto, había adquirido un cierto conocimiento del funcionamiento de unas instituciones que pronto degenerarían ante el impulso napoleónico.

En los inicios de la revolución española, Flórez Estrada sigue ocupando un lugar en la Diputación General de Asturias. Desde ahí, fue protagonista principal de los acontecimientos que dieron lugar a la creación de la Junta General del Principado de Asturias que, a su vez, lo nombra Procurador en la Junta Central. Son tiempos revueltos; su puesto y protagonismo político fue de primer orden. Participó en el desarrollo político de estos primeros momentos de la revolución española, escribió proclamas y bandos y hasta en nombre de la Junta del Principado declaró la guerra a Napoleón.

Como en el caso de Blanco White, su activismo y su posición política tiene mucho que ver con los acontecimientos que se desarrollan a partir de 1808. Como muchos otros escritores e intelectuales, la situación de caos ocasionada por el desmoronamiento de la monarquía tradicional fue el contexto propicio para estructurar y exponer un pensamiento diferente. De hecho, Flórez Estrada se va a convertir en fiel defensor de lo que algunos llama «liberalismo de izquierdas» que, por aquel entonces, se manifestó en la defensa de la soberanía popular, la libertad de imprenta y la convocatoria de unas Cortes Generales convocadas democráticamente (Varela, 2004: 26). Precisamente, la convocatoria a Cortes Generales realizada por la Junta Central fue la excusa para que Flórez Estrada escribiera un opúsculo de una especial importancia: su proyecto de Constitución. Su *Constitución para la*

Nación española, presentada en noviembre de 1809, es fiel reflejo de un pensamiento muy influido por la teoría del «pacto social» y en el que aparece reflejado un cierto jacobinismo. Por esas fechas, además, publica también otro escrito relacionado con el anterior, *Reflexiones sobre la libertad de imprenta*. E, igualmente, su conocido y discutido *Discurso con ocasión de la reunión de las Cortes*. Todos ellos son escritos de combate –que, por cierto, merecieron el oportuno comentario de Blanco White en *El Español*–, con los que no sólo pretende formar una opinión pública, sino que busca una influencia directa en la labor que estaban realizando las Cortes.

Su vida pública no deja de estar llena de agitaciones de todo tipo. Así, en 1810 reside en Londres hasta 1811, escribe, además una *Introducción para la Historia de la revolución española*, sigue de cerca las sesiones de las Cortes y, finalmente, escribe su *Examen imparcial de las disensiones de la América con la España*, publicado en inglés en 1811 y traducido al castellano en 1812. A su regreso a España, inicia una febril actividad política y, al igual que hiciera Blanco White en Londres, funda un periódico, *El Tribuno del Pueblo Español* (noviembre de 1812-abril de 1814), desde el cual sigue desarrollando una ideología entre jacobina y liberal, pero que, en todo caso, muestra su admiración por la filosofía de la Revolución francesa y una obsesión recurrente por su imaginario conceptual más emblemático (estado de naturaleza, pacto social, derechos naturales, soberanía popular, etc.) (Varela, 2004: 36).

En 1814, como otros liberales españoles, Flórez Estrada toma el camino del exilio. De nuevo en Londres, escribe su *Representación a S. M. C. el Señor don Fernando VII en defensa de las Cortes* cuyo objetivo queda bastante explicitado en el título del escrito, pero en cuyo texto deja ya entrever el futuro de la monarquía. El malestar generado por «el golpe de los persas» no se acabaría hasta que uno de los muchos levantamientos tuviese éxito. Así fue con el pronunciamiento del general Riego con el que se abre un período de vigencia de la constitución de 1812 en el que Flórez Estrada tuvo una importante participación entre el grupo de liberales denominado «exaltados».

Tras la intervención del ejército francés y la restauración de la monarquía absolutista en 1823, Flórez Estrada vuelve a exiliarse en Londres. Inicia un período de su vida más reposado en el que, además de sus contribuciones periodísticas con las que seguía desarrollando su pensamiento liberal, prepara una nueva obra, su *Curso de Economía Política*, texto clave en el desarrollo de esta disciplina en España y que tuvo varias y diferentes ediciones. Ya en el *Examen imparcial*, Flórez Estrada había mostrado un claro interés por los problemas económicos y sociales, en este caso, originados por las relaciones entre España y América; ahora, con su *Curso*, entra de lleno en una cuestión que, para él, tenía una especial importancia, pues, en su opinión, en ella residía el origen del fracaso, primero, de las relaciones de la metrópoli con las colonias y, segundo, del Estado liberal en España.

Como ha sido expuesto por sus comentaristas, Flórez Estrada pensaba que el Estado liberal y la Constitución de 1812 no habían podido implantarse con éxito en España a causa del escaso apoyo social logrado cuyo origen se encontraba en el injusto reparto de la riqueza. La Economía Política, más allá de las especulaciones de la filosofía que tan caras eran para su ideario, era realmente la ciencia cuyo objeto no era otro que la organización interna de las sociedades. Se imponía así un estudio minucioso de una disciplina que debía servir para asentar el Estado liberal en España (Varela, 2004: 58)².

Flórez Estrada y Blanco White son, pues, dos representantes de un pensamiento y de una acción pública emergente a principios del siglo XIX. Cada uno según su situación vital y según sus intereses intentó promover una sociedad política diferente al Antiguo Régimen y el año 1808 les brindó la oportunidad de repensar y desarrollar su pensamiento. En ambos casos, el origen de su ideología se encuentra en su formación ilustrada pero, con el tiempo, evolucionan hacia posiciones que, aun siendo distintas, apuntan una forma distinta de entender la teoría política liberal. En algún punto, sobre todo al principio de la revolución española, sus opiniones tienen una cierta cercanía a un proyecto más bien jacobino. Coincidirán en su interés por la libertad de imprenta, su postura favorable a la convocatoria de las Cortes o a la eliminación de los vestigios del Antiguo Régimen, pero, más allá de esas coincidencias, cada uno desarrolla un pensamiento distinto y original. Sobre todo, fueron de los pocos escritores liberales que se preocuparon de la acuciante situación originada por la rebeldía de las colonias españolas de América.

3. BLANCO WHITE: *SOBRE LA RECONCILIACIÓN DE ESPAÑA CON SUS AMÉRICAS*

El interés de José M.^a Blanco White por el puesto de «los españoles de América» en el entramado jurídico-político originado por la ocupación napoleónica se manifestó muy tempranamente en sus escritos. Con anterioridad a su exilio londinense, escribió un importante «Dictamen sobre el modo de reunir las Cortes de España», encargado

² No está de más poner de manifiesto el conocimiento de escritores y pensadores que Flórez Estrada va a demostrar en su *Curso de Economía Política*. Su exilio en Londres y, luego, en París le permitirá un conocimiento amplio del estado de la cuestión de la economía política y la huella de J. Bentham, J. Mill, los socialistas utópicos, etc., es evidente en sus reflexiones. El interés por la cuestión social le llevará también a analizar con detenimiento el proceso de desamortización impulsado por Mendizábal. Aun siendo partidario de la necesidad del mismo, sin embargo, será un ácido crítico de una orientación poco social que, si bien resolvía el problema de la deuda, no afrontaba la raíz del fundamento político del Estado liberal en España, el de generar una clase social que lo sostuviese.

por la Universidad de Sevilla, en el que ya aparece su opinión favorable a un trato igual entre los españoles de un lado y otro del Atlántico. Asimismo, ya en Londres y una vez iniciado el movimiento emancipatorio con la «revolución de Caracas», la relación de España con las Américas se convertirá en una verdadera obsesión. No habrá número de *El Español*, desde 1810 a 1814, que no trate tan espinoso tema que tantos quebraderos de cabeza le originó. De hecho, su misma posición acabará evolucionando de una cierta simpatía y comprensión hacia las reivindicaciones de las colonias hacia una auténtica preocupación por las consecuencias de su independencia en un intento de mantener el vínculo con España. De ahí, un título tan expresivo como el de «Sobre la reconciliación de España con sus Américas» con el que tratará en varios números del periódico tan ilustrativa cuestión. Aún le quedará tiempo a lo largo de estos años para hacer una reflexión más profunda del problema colonial en un interesante diálogo titulado *Conversaciones americanas sobre España y sus indias*.

En efecto, desde un primer momento, puede observarse en el pensamiento de Blanco White una posición favorable al reconocimiento de la igualdad entre españoles y americanos y que ésta tuviese su reflejo en el entramado constitucional que se estaba delineando en Cádiz y que debía asentar en el nuevo régimen liberal en España. En su «Dictamen sobre el modo de reunir las Cortes de España» apuesta decididamente por una convocatoria regulada por reglas nuevas, tal y como justificaba la doctrina política moderna, y no de acuerdo con las reglas de las Cortes medievales. Su pensamiento aún va más lejos, pues considera que la situación política generada por la ocupación francesa ha retrotraído a la nación española a un momento primigenio en el que es necesario reestructurar los vínculos sociales. Como escribe en su informe, «la nación española empezó a existir de nuevo cuando, abandonada de sus autoridades, se rescató de las manos del usurpador extranjero». Como consecuencia, se rompieron todos los lazos políticos existentes hasta entonces «y sólo conservó, porque quiso, sus relaciones con el desgraciado rey Fernando». Ante la situación sobrevenida, no valen pues las leyes antiguas, ni los vínculos y sujeciones seculares. Como cualquier situación nueva, requiere soluciones nuevas. Y ésta no es otra que convocar Cortes en igualdad de condiciones, los españoles de España y los españoles de América. Como dice, «las cortes que han de celebrarse son un efecto de esta inmortal reconquista, háganse pues como se empezó ella: mezclados todos como patriotas, unidos todos como españoles».

A partir de 1810, la cuestión americana está muy presente en el periódico *El Español* reflejando así la creciente obsesión de su editor por este asunto. El número de julio de 1810 recoge y describe los acontecimientos de la revolución de Caracas. Para Blanco White, los primeros pronunciamientos de la Junta Suprema, creada a raíz de la revuelta, permiten entrever una postura moderada en la que se pone de manifiesto la lealtad a Fernando VII y la voluntad de prestar apoyo a

los peninsulares, junto con la justificación de la necesidad de determinadas reformas sobre la libertad de comercio o sobre la fiscalidad. En el mismo número, además, incluye ya unas «Reflexiones sobre América» de sumo interés en las que apunta ya la importancia de lo sucedido: «Parece que ha llegado la época de un gran acontecimiento político, que se ha esperado por largo tiempo: el estandarte de la independencia se ha empezado a levantar en América, y según podemos calcular, por lo que hemos visto acerca de la revolución de Caracas, no es un movimiento tumultuario y pasajero el de aquellos pueblos, sino una determinación tomada con madurez y conocimiento, y puesta en práctica bajo los mejores auspicios, la moderación y la beneficencia». Esto es, el movimiento iniciado en Caracas no debiera extrañar dadas las transformaciones que atravesaban Europa y América desde finales del siglo XVIII. En esos tiempos, la llama de la libertad debería prender en algún momento, y la ausencia del monarca Fernando VII y la invasión francesa de la península eran el contexto propicio para que finalmente se encendiera y propagase.

Estas primeras reflexiones, que van acompañadas de una recapitulación final en las últimas páginas del número de *El Español*, muestran la cautela con la que Blanco White analiza los objetivos de los revolucionarios y, al mismo tiempo, un análisis inteligente de los riesgos para la Corona española en el caso de que no se tomen las decisiones pertinentes y, sobre todo, no se tomen en serio la nueva situación con una perspectiva y unas medidas diferentes a las tradicionales. Es, en este sentido, en el que sus reflexiones rezuman simpatía por los luchadores por la libertad de América. Como se ha escrito, «para Blanco era evidente que Venezuela –tras la revolución de Caracas– engrosaba el número de las *naciones libres* de América. A partir de este foco, *El Español* señalaba que la “revolución total” de América era muy probable...» (Moreno Alonso, 1998: 220).

Con todo, Blanco White sólo ve el lado positivo del primer movimiento emancipatorio. No se trata de una revolución que proclame los «principios exagerados de libertad, teorías impracticables de igualdad como las de la revolución francesa». Por el contrario, «la proclama de Venezuela respira amor a los españoles: éste es inextinguible en los americanos». De lo que se trata es, igual que en la península, de «formar un gobierno interino durante la ausencia del monarca, o en tanto que no se establezca la monarquía sobre nuevas y legítimas bases». Se trata de liberarse de las cadenas de los gobernantes tiranos del momento, de los virreyes, para poder destinar nuevos recursos contra el invasor. «Las Américas –afirma Blanco White–, libres del yugo en que se las ha querido y quiere tener tan imprudentemente todavía, serán infinitamente más poderosas para mandar recursos a España, y los americanos no necesitarán de dependientes del fisco para auxiliar abundantemente a sus infelices compatriotas de Europa».

A lo largo del año 1810, el periódico *El Español*, editado exclusivamente por Blanco White, no dejó de dar noticias sobre los hechos

de América. Son muchas sus preocupaciones y algunas resaltan sobre otras: la integridad de la monarquía española, la libertad de comercio, la cuestión de la esclavitud, el papel de Inglaterra como mediadora entre metrópoli y colonias y, sobre todo, la labor de las Cortes. También hay que mencionar a la constante defensa de una posición que no era bien entendida en la península, ni siquiera por sus amigos, y que le condujo a la condena pública. ¡Las Cortes, incluso, llegaron a repudiarlo al mismo nivel que el emperador francés!

Su postura, sin embargo, se sostenía en un difícil equilibrio. En el número de agosto de 1810, Blanco White publica un escrito que es un claro reflejo de sus dificultades. El artículo lleva un título muy significativo: «Integridad de la Monarquía Española». En él, desde una posición de observador imparcial, analiza y da consejos a una y otra parte. A los españoles de América les dice que «la reforma –se refiere a la transformación del vínculo entre uno y otro lado del Atlántico– es excelente y saludable, en tanto no rompa los diques que el orden establecido opone a estas pasiones encontradas; y que esta reforma se debe hacer con todo tino y conocimientos que requiere la renovación de un edificio». Por su parte, continúa, «los españoles de Europa deben tener presente que la fuerza jamás produce buenos efectos sobre los pueblos, y mucho menos cuando por ser ésta débil, sólo puede lograr irritarlos... La América toda fermenta, ¿no valdrá más dirigir la inundación que dejar que rompa sin dirección por muchas partes a un tiempo? ¿No valdrá más añadir el nuevo lazo de respeto y agradecimiento que esta conducta añadiría, que exponerse a ser mirados como émulos, y a estar expuestos a convertirse en enemigos?». Finalmente, Blanco White apunta lo que considera la receta imprescindible para salir del conflicto: «la igualdad de derechos que han reasumido ya parte de los americanos» y la renuncia de España «a toda pretensión de superioridad sobre aquellos países, y convidarles a que (los que no lo hayan hecho) nombren sus gobiernos interiores y económicos, y en seguida envíen sus diputados al congreso de ambos mundos».

En el número de noviembre de 1810, Blanco White sigue con sus «Reflexiones sobre la cuestión de América» y vuelve a insistir en la clave de la crisis política: «Si las Américas son provincias de España –tal y como se había proclamado por real orden de 22 de enero de 1809–, iguales deben ser con ellas en derechos, sean cuales fueren las consecuencias». Y ello no es contrario a los intereses de la monarquía española. Además, «la determinación de una parte de América está ya bien manifiesta. Cual más cual menos, todos los pueblos que han hecho mudanza de gobierno han manifestado que se quieren separar de España, que quieren ser vasallos de Fernando VII, pero como lo son los europeos que pertenecen a su corona». De ahí el único remedio: «*Equidad y equidad absoluta*, es el único lazo que queda entre uno y otro pueblo; más diré, entre los mismos pueblos de América».

La convocatoria a Cortes, de la que Blanco White siempre fue un activo defensor, brindó una excelente oportunidad para discutir la

cuestión americana. El periódico *El Español* recogerá en sus páginas una crónica atenta a la tarea encomendada a las Cortes y analizará detenidamente sus resultados. No obstante, con el paso del tiempo, la actitud de Blanco White irá cambiando hasta la desesperación a la vista de sus, en su opinión, errores y falta de operatividad para resolver los problemas políticos, sociales y militares provocados por la guerra contra Francia.

En una actitud muy española, las Cortes se dedican a realizar grandes declaraciones y, en opinión de Blanco White, no afrontan el problema de verdad, y si toman decisiones siguen cometiendo los errores de la Junta Suprema y de las Regencias anteriores. Así, afirma: «los discursos sobre la cuestión de América están llenos de excelentes principios; pero pasma el considerar cuán inútiles son en la práctica, y cuán lejanos del objeto que más importa a la España en el día –la conservación de las Américas–, la cesación de la guerra civil entre ellas. Y lo que es más de admirar, casi todos los diputados han hablado de este objeto; mas como si una especie de vértigo los distrajera al instante siguiente no bien les hiere los ojos, cuando los vuelven a otra parte, y se pierden en un laberinto de cuestiones abstractas».

En una larga cita, se resume el grito desesperado de quien vaticinaba el desastre colonial:

«La cuestión no es ya ¿cuánto influjo se ha de dar a la América en las Cortes? Es solamente ¿cómo se les ha de hacer concurrir cordialmente a ellas sin valerse del medio *indigno, destructivo y dudoso de las armas*? Es decir ¿cómo ha de disfrutar España del poder que le puede comunicar la América, sin hacer en ella la guerra, sin obtenerlo de un modo precario, y sin perjudicarse a sí, ni a aquellos países, a sí en las presentes críticas circunstancias y a ellos ni en las presentes ni futuras, como lo exige la justicia?»

Presentado como, sin duda se debe mirar el problema, resta hallar un medio que lo resuelva. Las condiciones de la medida que debe adoptarse son éstas: 1.–Que haga cesar sin dilación la guerra civil que está devastando América, y deteniendo los socorros que necesita la España. 2.–Que inspire confianza a los americanos para proceder a una composición en que ellos tienen poco interés y la España mucho, o todo. 3.–Que España esté dispuesta a ceder, de lo que llama sus derechos, todo lo que no se oponga directamente a la unidad de la monarquía española.»

Leída hoy esta manifestación de Blanco White suena como un grito agónico e inútil. Ya son tiempos de excesos provocados por la situación de guerra civil en América. A pesar de su inicial comprensión, la radicalización de los movimientos emancipatorios en Caracas, en México, en Buenos Aires, etc., obligará a Blanco White a una mayor equidistancia hasta el punto de que acabará mostrando un menor interés literario y político dejando que los acontecimientos sigan su curso e, incluso, lo que es hartó extraño, deseando que el monarca absoluto Fernando VII corrigiera los errores cometidos por las Cortes.

Blanco White vio la independencia de las colonias españolas en América como inevitable. Por eso, junto a la información habitual, sus juicios políticos y sus críticas, incluyó también algunas recomendaciones éticas para las élites de los nuevos países. También en este punto el sevillano aparece como un intelectual lúcido y clarividente. No dejó de constatar la diversidad del continente americano, la disparidad de intereses y de castas, y las dificultades para la formación de una sociedad de ciudadanos libres. Fue, asimismo, consciente del daño que estaba produciendo la guerra civil, la división de las élites en dos partidos y la dificultad de curar cuanto antes las heridas. Por eso, imaginó también cómo podía ser el futuro de la metrópoli, de sus colonias y cómo podían sellar un nuevo vínculo.

El remedio, según Blanco White, consiste en satisfacer las reivindicaciones americanas en el seno de la corona de España. «¿A qué aspiran los patriotas americanos? A la libertad e independencia. ¿Y cuál es el objeto de esta libertad e independencia? La riqueza y prosperidad de aquellos países. Luego de dos clases de independencia, la que produzca estos bienes más pronto y con menos riesgo es la que deben elegir los americanos». Blanco White desgrana la idea de que la independencia absoluta ocasiona perjuicios por el mero hecho de generar una guerra con los españoles, conspiraciones entre partidos, disensiones con otras provincias, en fin, disturbios interiores. En cambio, «la *independencia moderada*, o convenio general de las Américas españolas con la madre patria, bajo la garantía de la Gran Bretaña, y sobre bases de igualdad real de derechos y leyes, ofrece sin tardanza poner fin a las hostilidades en toda América española, a persecuciones y espionaje del interior, a las prisiones y suplicios; ofrece restablecer y conservar los lazos de la subordinación de las clases numerosas y temibles de indios y gente de color, que no son propietarios, y por lo tanto tienen una inclinación vehementemente a la anarquía. Ofrece dejar libre a la industria, por igual y a un tiempo en toda la América; ofrece últimamente amistad con la única potencia marítima que puede proteger el comercio de los puertos de la América española».

Una especie de confederación internacional entre España y las colonias americanas es lo que cree pertinente Blanco White una vez han pasado dos años del inicio del movimiento revolucionario, se han enquistado y radicalizado las posiciones y la violencia no parece terminar. Sólo así se volvería al cauce normal de una vida social sosegada y se conseguiría la paz necesaria para lograr la prosperidad de las naciones americanas a través del comercio y de la industria. Con más de un siglo de antelación, Blanco White, a la vista de la experiencia de la América inglesa recomienda para la América española lo que el imperio británico experimentará con éxito en el siglo XX: una *Commonwealth* con sus colonias bajo el gobierno formal de la monarquía. Todo serían beneficios, para Blanco White, en esta *unión libre* de los ciudadanos americanos con la corona de España. Bajo su gobierno, los americanos gozarán de los bienes reales a que puede aspirar todo

hombre que vive en sociedad: la seguridad de su persona y de sus bienes. Y concluye: «que los dos bienes de que hablo pueden disfrutarse en América sin separarse de la monarquía española no tengo que cansarme en demostrarlo».

4. FLÓREZ ESTRADA: *EXAMEN IMPARCIAL DE LAS DISENSIONES DE LA AMÉRICA CON LA ESPAÑA*

Álvaro Flórez Estrada, como José M.^a Blanco White, no rehuyó el espinoso tema de la relación de América con España en un momento en que la revolución española absorbía buena parte de las energías de quienes defendían la posición liberal o más reformista durante el complejo período inaugurado por la intervención napoleónica. *Examen imparcial de las disensiones de la América con la España, de los medios de su reconciliación, y de la prosperidad de todas las naciones* (1811) es el texto que el asturiano elaboró para analizar tan complicada y difícil cuestión. El título, así como el subtítulo de la primera edición –*de los medios de su recíproco interés y de la utilidad de España*–, ya revelan cuál era la intención de su autor. Que no es otra que la conservación del imperio español, es decir, el mantenimiento de la relación entre la metrópoli y sus colonias, aunque ésta sea reelaborada a la luz de la economía política (Portillo, 2004).

El texto de Flórez Estrada está estructurado en tres partes. Las dos primeras tienen un claro índole político, pues analizan, primero, la situación institucional creada por la aparición de las Juntas y la Junta Central en la península y en América y, en la segunda, en particular, el levantamiento de «algunas provincias de América» y de las consecuencias tanto del mantenimiento de la unión como de la separación de las Américas. La tercera parte, la más extensa y densa, la dedica Flórez Estrada al régimen económico colonial, a sus defectos y a las posibilidades de reforma. El autor aprovecha para exponer unas lecciones básicas de economía política. Según sus palabras, el enfoque de esta parte está dirigido a analizar «los errores de nuestro Sistema Fiscal, que causó la decadencia de todos los ramos de pública prosperidad haciendo irreconciliables los intereses de las Américas con los de la Península» (Flórez Estrada, 1991: 5). Son, pues, páginas dedicadas a desarrollar su visión económica que, más tarde, con más madurez, ampliará y sistematizará en su *Curso de Economía Política* (1828).

Flórez Estrada ve motivos justificados para la disensión entre ambas partes del territorio de la monarquía hispana y que estos motivos se basaban principalmente en el injusto sistema económico impuesto a las colonias. Las causas de la rebeldía americana estaban ya en potencia con anterioridad de la anarquía política producida por la guerra napoleónica. Aún más, el régimen económico instaurado en España a raíz del descubrimiento de América es, según el asturiano,

una de las causas de la decadencia española a la que va a dedicar unas cuantas e interesantes páginas.

Las reflexiones sobre las consecuencias del sistema económico colonial constituyen, sin duda, el antecedente de su análisis de las disensiones políticas entre España y América al tiempo que también pretenden ser la base de las futuras relaciones entre ambas. Como dice en las primeras páginas de su *Examen imparcial*, los disturbios que empañan tan precioso hemisferio tienen también su origen en «el efecto forzoso de la opresión en que se hallaban los pueblos de la América española». Además, sostiene que el conflicto ha derivado en un espectáculo trágico en el que se ve «devorarse en guerras civiles los individuos de una misma familia; ve derramar por los españoles mismos la sangre española» (Flórez Estrada, 1991: 3-4). El objetivo del libro es, así, bien claro: «El deseo de contribuir a la reconciliación de americanos y españoles es lo que me movió muy apresuradamente a escribir esta obra».

Son muchos los datos, los ejemplos y las referencias utilizados en su argumentación por Flórez Estrada en su búsqueda del nexo reconciliador. No obstante, en su exposición puede encontrarse un hilo conductor más o menos coherente que enhebraría estas seis ideas:

1. La existencia de *una unidad política entre España y la América española* es un hecho indudable. Esta idea, con más o menos acierto, está presente desde el principio de su texto en pasajes en los que se afirma que «los españoles de ambos mundos» forman «un mismo pueblo; unidos unos y otros por todos los vínculos naturales, que pueden estrechar a los hombres, la sangre, el comercio, el idioma, la religión, la amistad, los usos...». O, cuando al referirse a la cautividad de los reyes, se refiere a que «la nación quedó acéfala» y a la idea de un rey bajo el que se conserva «la integridad de los vastos dominios de la nación española». Igualmente, considera que «miembros de un mismo cuerpo españoles y americanos, interesados en reformar unos mismos abusos, y con igual derecho unos y otros para hacerlo, debían unirse por los vínculos de la ley, o lo que es lo mismo por los de la justicia e igualdad» (Flórez Estrada, 1991: 8-12).

Españoles y americanos son, pues, miembros de una misma nación aunque ésta por las circunstancias históricas carezca de una autoridad reconocida y sea difícil determinar quién puede ejercer el poder. Son, sin duda, muy interesantes las reflexiones de Flórez Estrada sobre el vínculo jurídico de la metrópoli y las colonias a las que, en todo momento, va a considerar provincias de la misma nación. De hecho, considerará que al vínculo histórico, que no duda en basarlo en el descubrimiento o en la conquista, se sucederá otro constitutivo de un nuevo pacto que –¡ah!– no debe romperse. Precisamente, esta idea, la tesis de una renovación moderna del pacto político, es uno de los elementos clave en su argumentación con el que repudiar a los rebeldes americanos.

2. Las decisiones de *la Junta Central y de la Regencia* sobre la América española, cuanto menos, rayan en la más absoluta ambigüedad. Por un lado, realizan afirmaciones sobre la igual consideración de las provincias de ambos lados del Atlántico; por otro, no las materializan en sus decisiones sobre la representación en las Cortes y, además, no tratan igual a las Juntas creadas en la Península que a las americanas. Mientras que las primeras fueron toleradas o repuestas en el caso de que hubieran sido suspendidas, como sucedió a la asturiana a la que pertenecía nuestro autor, las segundas fueron perseguidas a sangre y fuego.

Flórez Estrada juzga de manera desigual las actuaciones de la Junta Central y de la Regencia. De la Junta Central, afirma que, estando compuesta por magistrados acostumbrados al despotismo, sus decisiones sólo pueden calificarse como «impolíticas»: habiendo surgido de las Juntas Provinciales, sin embargo, les hizo la guerra y las atacó duramente. Al final, esta impolítica debilitó su autoridad y tuvo que ceder a la exigencia de la convocatoria de Cortes. Sin embargo, para Flórez Estrada, la Junta Central merece un juicio positivo, pues «desde el principio de su instalación declara que las Américas y todos los dominios ultramarinos forman parte integrante de la Nación; que debían gozar iguales derechos que la Metrópoli...» (Flórez Estrada, 1991: 18). Para el asturiano, «esto era hacer justicia a medias», pues no se había resuelto la cuestión de la representación justamente en las Cortes.

Peor juicio merece la Regencia. Si bien la Junta Central se quedó a medias en el trato hacia las provincias americanas, la Regencia tomó medias «imprudentes». La primera no reconoció la importancia de las Juntas surgidas en América. La Regencia optó por condenarlas y perseguirlas. Lo contrario de lo que debía hacerse. «La Regencia desde el primer día de su instalación hasta el último en que ejerció su autoridad, conduciéndose con poco tino, ni una sola providencia tomó en que no manifestase o parcialidad o imprudencia» (Flórez Estrada, 1991: 37). En suma, en lugar de buscar la concordia con los movimientos americanos, decidió el empleo de la fuerza y con eso exasperó la posición de los españoles de América encendiendo así la guerra civil.

3. La cuestión de *la representación americana en las Cortes*, sin duda, fue objeto de una encendida controversia. Blanco White ya lo trató en su «Dictamen» y defendió la igualdad entre todos los españoles, incluidos los americanos. Ni la Junta Central que convocó las Cortes, ni el grupo liberal que se conformó en éstas pensaban igual, pues ello hubiera supuesto una mayoría de representantes allende el océano. Por su parte, Flórez Estrada dedica unos comentarios bastante elogiosos a la Junta Central por haber escogido el «modo moderno» en la convocatoria de las Cortes y no el sistema feudal. Nada era «más sabio ni más justo» que los naturales de la península tuviesen igual representación con independencia de los estamentos o castas. Aunque la Junta Central no utilizó el mismo criterio para la representación ame-

ricana, pues la designación no se hizo por los «naturales», sino por los Cabildos (Flórez Estrada 1991: 21-22).

En principio, Flórez Estrada pasa de puntillas sobre la cuestión de la representación americana en las Cortes. Hace una descripción de la decisión tomada por la Junta Central que, si bien supone una valoración positiva en lo referido a la representación de los peninsulares, sin embargo, las explicaciones sobre las deliberaciones relacionadas con los americanos parecen más una justificación que otra cosa: fue la presión de la opinión pública española (*sic*) la que desequilibró hacia un lado el criterio utilizado para este conjunto, «y respecto a América no les contenía este motivo». No debe, pues, extrañar que se utilizase un doble rasero para la convocatoria a Cortes: los naturales españoles, los cabildos americanos (Flórez Estrada, 1991: 23).

Como ya ha quedado apuntado antes al referirnos a Blanco White, éste fue uno de los motivos más relevantes de la rebelión americana. Pues bien, aunque Flórez Estrada entiende que no les falta razón y que la medida es arbitraria, no obstante, al analizar más pormenorizadamente estos argumentos, justifica la medida. En efecto, si bien es cierto que formalmente considera a todos –españoles y americanos– iguales, en el momento de la alta representación política de la nación, esta igualdad no es tal puesto que no puede compararse la educación y la civilidad de españoles, criollos, indios y negros. En particular, de estos dos últimos grupos. Dicho a su manera: «los indios y negros se hallan en un estado tal de incivilización, que seguramente se les puede contemplar incapaces de hacer buen uso del derecho de representación. Sin educación, sin cultivo alguno de sus facultades intelectuales, y, lo que es aun más, sin costumbres, cuando menos era muy dudoso si se les debería conceder desde luego la facultad de tener representación nacional, que no podría servir sino para que todo beneficio recayese en los criollos y europeos...» (Flórez Estrada, 1991: 53).

Flórez Estrada considera a indios y negros tan iguales como los demás, pero, como ha puesto de manifiesto Pérez-Prendes, esta nivelación «es puramente teórica» y sólo se dibuja en su mente «como un objeto deseable, pero muy distante todavía de poder ser realizado» (Pérez-Prendes, 2004: 284). En efecto, sólo a largo plazo la igualdad entre todos era posible. Por un lado, porque los indios, aunque eran considerados como «hombres libres», sin embargo, su educación estaba al nivel de los negros. Por otro, porque éstos no habían alcanzado, ni siquiera bajo el dominio español, un nivel mínimo de civilización. Es más, según el asturiano, ni lo uno ni lo otro era factible hasta que no se aboliese la esclavitud.

No deja de sorprender esta actitud un punto racista, aunque sea «bienintencionada», de un liberal español como es Flórez Estrada. De ahí que sea bien cierto que su pensamiento marca claramente los límites del primer liberalismo patrio que no supo, o no quiso, ser coherente con su posición: si se pedía y exigía la libertad y la igualdad para todos, éstas se reclamaban, de verdad, para españoles y americanos.

Con todas sus consecuencias, incluida la representación en Cortes. Al final, curiosamente, son los criollos cuya representación no está en duda los que acaban sublevándose utilizando, entre otros, el argumento de la arbitrariedad de esta medida.

4. En su *Examen imparcial*, Flórez Estrada plantea como una novedad una interesante versión del *pactismo liberal* para reforzar el vínculo político entre España y América y, en consecuencia, justificar la continuidad de una única nación entre ambas partes del Atlántico. Su visión contractualista, como muy bien ha visto Pérez-Prendes, se proyecta en la cuestión americana en tres dimensiones distintas (Pérez-Prendes, 2004: 285). Desde perspectiva de Flórez Estrada, entre España y América, existiría un triple contrato. El histórico, basado en la argumentación del descubrimiento y la conquista y que, si bien produjo consecuencias horribles y desastrosas, estuvo vigente durante tres siglos. Flórez Estrada reconoce que el régimen colonial fue injusto: «Demasiado ciertos son los abusos de nuestro gobierno con sus colonias; demasiado escandalosas fueron en todos los tiempos las arbitrariedades y las injusticias cometidas en aquellos dominios por los empleados en todos los ramos (Flórez Estrada, 1991: 48). Pero, no es justo que se utilice contra la generación presente el argumento de las barbaridades e injusticias cometidas y así justificar la escisión de la nación. «Alegar ahora los americanos, para justificar su levantamiento, las injusticias de entonces, es reclamar agravios de quien no los cometió».

Para Flórez Estrada, como para el primer liberalismo español en general, la revolución popular originada por la guerra contra Napoleón constituye un momento primigenio de renacimiento y reconstitución de la nación española. La formulación, en suma, de un nuevo contrato social constitutivo en el que se reestructura la organización política del país. De ahí la importancia de la convocatoria de las Cortes y el inicio de las labores constituyentes. Flórez Estrada entiende que este primer contrato obliga también a los americanos y les obliga puesto que consintieron la creación de la nueva nación. Este consentimiento se prestó en el momento en que reconocieron a las nuevas autoridades de la península: «En el hecho sólo de haber reconocido voluntariamente al gobierno de la metrópoli, es indudable que renovaron el pacto que les unía con ésta, o que lo formaron de nuevo, esto es, convinieron en ser miembros de una misma familia política, o de componer una sola sociedad» (Flórez Estrada, 1991: 47).

Siguiendo la lectura al uso del contractualismo, este primer contrato constituye un doble pacto pues une a los individuos –de España, de América, de África, etc.– en una nueva nación y, al mismo tiempo, es un pacto de sujeción. Según Flórez Estrada, este contrato obliga a los gobernantes a lograr la máxima felicidad de los gobernados y a éstos a prestar obediencia mientras la autoridad cumpla con sus obligaciones. De esta manera, además, los americanos deben obediencia a las autoridades peninsulares y deberían de renunciar al argumento de las

antiguas injusticias como razón para su levantamiento. En definitiva, en este punto, utiliza la teoría del pacto interesadamente como si «ex novo» se pudiese crear un nuevo vínculo que supusiese borrón y cuenta nueva de una relación que, a pesar de todo, había sido claramente injusta.

El segundo contrato, según Flórez Estrada, tiene unas características especiales puesto que responde al momento histórico de la nueva nación creada a partir del primer pacto. «Es una alianza en que aquéllos se obligan de un modo explícito y el más solemne a sostener a éstos en la guerra contra la esclavitud» (Flórez Estrada, 1991: 49). Dicho de otra manera, los americanos se habían comprometido como partes de una nueva nación de iguales a contribuir a la defensa de la metrópoli contra Napoleón tal y como sus propias declaraciones lo especificaban. En esta situación no es justo, pues, rebelarse contra quienes tienen por delante la ardua tarea de defenderse; no sólo es eso, sino que ello contribuye a debilitar la posición general de la «patria» con una guerra civil entre españoles³. «En esta alianza los americanos habían contraído una obligación con todos los españoles, y con cada uno en particular, más bien que con el gobierno». El levantamiento supone, según el asturiano, la imposibilidad de cumplimiento de tal obligación contraída voluntariamente, además de una conducta «fea» y «poco generosa».

5. Flórez Estrada insiste en *la injusticia de promover una ruptura* por parte de los americanos en un momento tan crítico para la nación española. «Aun suponiendo que la justicia estuviese de parte de los americanos, y aun cuando sus verdaderos intereses fuesen incompatibles con la unión de la España, separarse de ella en semejantes circunstancias ¡no sería una conducta igual a la de aquel que al ver naufragar a su enemigo en vez de darle el auxilio que reclama, recordando sólo resentimientos y venganza, le clavase un puñal!» (Flórez Estrada, 1991: 58). Flórez Estrada, en este punto, parece elevar su discurso a los terrenos de la crítica moral hacia Caracas y Buenos Aires. Cuando más necesitados están los españoles peninsulares, tras la derrota de Ocaña, el ejército francés penetrando en Andalucía, y la autoridad política en desbandada es cuando más miserables se han mostrado los dirigentes americanos, según el asturiano. A pesar de que se habían reconocidos sus derechos como provincias y como hombres libres. El discurso de Flórez Estrada alcanza en estas páginas un tono y una vehemencia chocante, como si así pudiese convencer a los rebeldes de su error, un error moral que va a arrastrar a todos y que va a dar la victoria al tirano francés. Sus palabras adquieren un tono agónico, y hasta suplicante, para que revisen su posición, retrasen su decisión final y, de esta

³ «Los americanos al levantarse en esta época, prescindiendo de toda otra obligación que la que resultaba de este expreso contrato, faltaron del modo más feo a una doble alianza formada por los vínculos más sagrados; la más generalmente aprobada, de que hay memoria; la más justa que jamás se conoció» (Flórez Estrada. 1991: 50).

manera, puedan prestarse a ayudar a los peninsulares. Por supuesto, nada de esto se produjo.

6. Finalmente, Flórez Estrada aborda también una cuestión tan espinosa como el *resultado final* de la rebeldía americana, ya sea la unión, ya sea la separación de las colonias. Por supuesto, no ve nada más que la inconveniencia y la incoherencia de quienes buscan la separación. Inconveniencia puesto que la separación atenta contra la posibilidad de felicidad y bienestar de América y, por tanto, a sus intereses: «la separación de la madre patria no les es favorable, y todas las conjeturas ofrecen un resultado melancólico». Incoherencia puesto que, si durante trescientos años han soportado, injustamente, un gobierno despótico, no es lógico que se rebelen contra la autoridad que les hace libres e iguales en derechos que los españoles de la península. En efecto, la justicia y la razón hubieran estado de parte de los americanos si se hubiesen rebelado contra la tiranía del despotismo que tuvieron que sufrir durante tanto tiempo. Pero, piensa Flórez Estrada, ¿qué sentido tiene hacerlo en ese momento?

El asturiano no entiende que, una vez pasado un período injustificado de opresión y una vez superado el caos político de los primeros tiempos de la revolución española, las colonias no tengan paciencia para disfrutar de los beneficios de la libertad política en el seno de una nueva unidad nacional. Pues, en efecto, tras todo ello, «se establece una autoridad soberana de todos los dominios españoles y es reconocida tranquilamente en todas partes; se declara la igualdad de derechos de los americanos; se les concede la facultad de enviar representantes al Congreso Nacional, que debe reunirse a formar la Constitución que asegure los derechos despreciados de aquellos pueblos; se aproximaba ya la época en que se iba a dar principio a tamaña obra; la conveniencia y la justicia dictaban entonces que americanos y españoles se estrechasen más que nunca, pues era la vez primera que trabajaban de acuerdo para conseguir lo que a todos convenía. Mas en esta misma época, por una de aquellas inconsecuencias, que tan comunes son a las naciones, es cuando las Américas forman su levantamiento y tratan de separarse de la metrópoli» (Flórez Estrada, 1991: 63).

Flórez Estrada se sirve de una razón utilitarista para justificar la conveniencia de la unión entre España y América. Los americanos conseguían, a través de la nueva constitución, un gobierno más justo en el que se reconocía su derecho a participar y a elegir a sus representantes; los españoles, apoyando sus reivindicaciones, obtenían los recursos necesarios para conducir con éxito la guerra contra Napoleón. «Todo esto debía infundir en los americanos esperanzas más lisonjeras, y estrecharlos cada vez más con los españoles, cuya revolución hacía apresurarse el período de la libertad de la América, permaneciendo sosegada. Su desunión ofrece un resultado muy triste...» (Flórez Estrada, 1991: 64).

Pero, el argumento final del asturiano ya no es la utilidad mutua de una unión entre América y España, sino que, en última instancia, alude

a la inmadurez de los americanos para poder gobernarse, a su falta de educación –sobre todo, de indios y negros– y a su posible incapacidad para aprovechar sus riquezas. Sus frases son rotundas y concluyen con una especie de imposibilidad de autogobernarse libremente. «La América no está en disposición de aspirar hoy a ser libre por sí... Es un niño cargado de joyas, a quien no se le puede abandonar sin riesgo de ser robado...». Por eso mismo, debe seguir depositando su confianza en los españoles, pues, de lo contrario, será presa del primer aventurero (Flórez Estrada, 1991: 66).

5. LOS LÍMITES DE PRIMER LIBERALISMO ESPAÑOL

Flórez Estrada y Blanco White son dos pensadores, que, en palabras de J. M. Portillo, concretan, cada uno a su manera, los «límites del pensamiento político liberal» español en su primera hornada, la que surge a partir de 1808 y que va a ser la generación protagonista del primer intento de reforma profunda del sistema político heredado del Antiguo Régimen. Y el límite queda perfectamente reflejado en la contradicción entre las pretendida reivindicación de la libertad política y en la construcción de una nueva nación española y las consecuencias que deducen para la libertad, en suma, de los habitantes de la América española, sean criollos, indígenas o negros.

Es cierto que esta tensión no es monopolio de estos dos particulares liberales. No hay más que revisar los debates constitucionales para observar que la contradicción a la que me refiero aparece en los líderes más cualificados. Probablemente, el caso más paradigmático sea el de A. de Argüelles quien, sin el más mínimo reparo, afirmó que no podía darse la misma representación en las Cortes a las colonias que a la metrópoli puesto que en aquéllas había más habitantes que en ésta y, por tanto, ello obligaba a que tuviesen más número de diputados. Por eso, la estrategia fue negar la capacidad política, la madurez o la educación suficiente de colectivos tan numerosos como eran los nativos americanos o los negros. Así, se salvaba el salto poblacional y los peninsulares podían seguir gobernando sin problemas. Y la cuestión americana, claro, se convertía única y exclusivamente en una cuestión económica, de cómo aprovechar las ingentes posibilidades de sus recursos.

Pero, como afirma Portillo, «lo sorprendente no es la alegría con que se dejaba fuera del juego político a “indios” y “negros” –lo que será norma del liberalismo americano también–, sino que supusiera que no contaban tampoco como masa bajo tutela de aquel resto minúsculo de tres millones de euroamericanos» (Portillo, 2004: 10). Son éstos precisamente los que están, de hecho, reclamando a las nuevas autoridades peninsulares un «nuevo pacto constitucional de la monarquía en pie de igualdad».

Con todo, la personalidad y la doctrina de Flórez Estrada y de Blanco White reflejan posiciones distintas en el seno del liberalismo peninsular, lo que hace que, aun cayendo en una tensión teórica más o menos similar, sin embargo, su trayectoria sea bien distinta. Así, la filosofía del *Examen imparcial* es claramente una filosofía enraizada todavía en la Ilustración que le lleva a analizar las disensiones desde la perspectiva de la justicia, «no siendo la justicia otra cosa que el resultado de la razón» (Flórez Estrada, 1991: 3). Curiosamente, con la «alegría» que destaca Portillo, es la razón, pues, la que condena a los «indios» y los «negros» a la marginación, a que no cuenten como sujetos políticos en la nueva nación que estaban creando los peninsulares. Nada más injusto, ni irracional; y la posición de Flórez Estrada, un tanto jacobina y rousssoniana, es bastante similar a la de Argüelles.

La estrategia de Blanco White es, sin embargo, una estrategia de repliegue. Primeramente, en el Dictamen preparado para la Universidad de Sevilla saca las conclusiones lógicas y coherentes de un liberal que trata a todos por igual con independencia de su origen: todos deben tener la misma proporción en su representación en Cortes. La misma posición sigue manteniendo cuando se produce el primer movimiento emancipatorio, con la «revolución de Caracas», saliendo así en defensa de los rebeldes y en contra de las autoridades españolas. Pero, a medida que los acontecimientos eran cada vez más trágicos, también su simpatía hacia esos movimientos va decreciendo. Siempre mantendrá la necesidad de la conciliación, como buen español, pero ya su posición no será igual.

Así, de una manera u otra, desde una posición u otra, la reconciliación era bien difícil. Hacia falta una altura de miras que, probablemente, en la situación que se encontraba la guerra peninsular y el complicado proceso de reforma social y política, era impensable ni en el sector liberal, ni en ningún otro.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO WHITE, J. M.^a, *El Español*, <http://biblioteca.unirioja.es/digibur/obras/232023.html>
- *Antología de obras en español*, edición, selección, prólogo y notas de V. Lloréns, Barcelona, Labor, 1971.
- *Cartas de Juan Sintierra, Crítica a las Cortes de Cádiz*, edición de M. Moreno, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1990.
- *Conversaciones americanas y otros escritos sobre España y sus indias*, edición de M. Moreno. Madrid, ICI, 1993.
- DURÁN LÓPEZ, F., *José María Blanco White o la conciencia errante*, Sevilla, Fundación José Manuel Lara, 2005.
- FLÓREZ ESTRADA, A., *Curso de Economía Política*, 2 vols., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

- *Examen imparcial de las disensiones de la América con la España*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Senado, 1991.
- *Escritos políticos*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
- LLORENS, V., *Liberales y románticos*, Valencia, Castalia, 1979.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «José María Blanco White. Un proyecto liberal en la revolución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII, 2005, pp. 221-234.
- «Los inicios del pensamiento liberal español: José M.^a Blanco White» en *Revista Electrónico del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 3, diciembre de 2005, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3.htm>
- *José M.^a Blanco White: la palabra desde un destierro lúcido*, Logroño, Perla ediciones, 2009.
- «Reflexiones de un español sobre la independencia de la América latina: José M.^a Blanco White», *Revista Electrónico del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 7, diciembre de 2009, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero7.htm>
- MÉNDEZ BEJARANO, M., *Vida y obras de D. José M.^a Blanco y Crespo (Blanco White)*, Sevilla, Editorial Renacimiento, 2009.
- MORENO ALONSO, M., *Blanco White. La obsesión de España*, Sevilla, Alfar, 1998.
- *Divina Libertad. La aventura liberal de Don José María Blanco White, 1808-1824*, Sevilla, Alfar, 2002.
- PÉREZ-PRENDES, J. M., Estudio preliminar del *Examen imparcial de las disensiones de la América con la España*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Senado, 1991.
- «Álvaro Flórez Estrada y la emancipación de América» en J. Varela Suanzes-Carpegna, *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853). Política, economía, sociedad*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2004, pp. 257-298.
- PONS, A., *Blanco White y España*, Oviedo, Instituto Feijóo de Estudios del siglo XVIII, Universidad de Oviedo, 2002.
- *Blanco White y América*, Oviedo, Instituto Feijóo de Estudios del siglo XVIII, Universidad de Oviedo, 2006.
- PORTILLO VALDÉS, J. M., «Los límites del pensamiento político liberal. Álvaro Flórez Estrada y América», *Historial Constitucional (revista electrónica)*, núm. 5, 2004, <http://hc.rediris.es/05/indice.html>
- SECO, C., «La España de Blanco White» en *Archivo Hispalense*, tomo LXXV, núm. 231, 1993, pp. 17-30.
- SUBIRATS, E., ed., *José María Blanco White: crítica y exilio*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. coord., *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853). Política, economía, sociedad*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2004.

Fecha de recepción: 28/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

El riesgo de la justicia

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

RESUMEN

Una justicia capaz de afrontar la complejidad del mundo contemporáneo y abordar problemas a gran escala necesita ser concebida en términos de riesgo. Con la pregunta por la justicia el derecho se arriesga, y precisamente al asumir riesgos aparecen nuevas oportunidades. Conceptos como contraste, polaridad, tensión, dialógica, irritación y diferencia son esquemas formales que ofrecen a la teoría de la justicia instrumentos prometedores y muy potentes para replantearse y recuperar su capacidad de detectar problemas y buscar soluciones a los desafíos de nuestro tiempo.

Palabras clave: *justicia, riesgo, tensión, irritación, diferencia.*

ABSTRACT

To face up to the complexity of the contemporary world and to large scale problems, justice must be conceived in terms of risk. With the question of justice the law takes risks, and doing in this way it discovers new opportunities. Concepts like contrast, polarity, tension, dialogic, perturbation and difference are formal scheme that offers very promising and powerful instruments to recover its capacity to detect problems and to find solutions to the challenges our time.

Key words: *justice, risk, tension, perturbation, difference.*

SUMARIO: 1. CONTRASTE.-2. POLARIDAD.-3. TENSION.-4. DIALÓGICA.-5. IRRITACIÓN.-6. DIFERENCIA.

La posibilidad de plantear el problema de la justicia y el modo de hacerlo depende del grado de desarrollo alcanzado por la estructura de un sistema social. Es bien conocido que la distinción entre derecho y justicia (entendida como valor referido al derecho, como pretensión normativa) no ha existido siempre. Ha sido una conquista evolutiva con la que se deja atrás una fase arcaica de la experiencia jurídica. Con la invención de la justicia la cartografía del mundo jurídico experimenta una mutación. En cierto momento irrumpe una de esas distinciones que consideramos fundamentales para nuestra comprensión del mundo.

Una de las aportaciones decisivas de la noción de justicia al pensamiento jurídico es la de arriesgar el derecho. Esta sería incluso su función social más característica, aunque sea la menos estudiada. Se suele destacar que la justicia trabaja para afianzar el orden establecido, para consolidarlo, para dotarle de un anclaje seguro. Pero ante todo implica riesgo para el derecho. Una teoría jurídica que explore esta problemática puede guiarse por las nociones –parcialmente implicadas entre sí– de contraste, polaridad, tensión, dialógica, irritación y diferencia.

1. CONTRASTE

La justicia surge de un proceso de *diferenciación* en el interior del derecho¹. No se trata de derivación sino de disociación, quiebra o ruptura interna. Una escisión atraviesa todo lo relacionado con el derecho

¹ La problemática de la diferenciación es una de las más características de la sociología. Como advierten LUHMANN, N. y DE GIORGI, R., *Teoría de la sociedad*, trad. M. Romero y C. Villalobos, Guadalajara (México), Universidad de Guadalajara y Universidad Iberoamericana, 1993, «desde que la sociología existe estudia la diferenciación» (p. 279). La expresión «diferenciación social» se encuentra en WEBER, M., *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 15, que, por lo que respecta al derecho, trata de la «diferenciación de los campos jurídicos objetivos» (pp. 498 ss.). La *Ausdifferenzierung* será asunto central en la sociología de Luhmann. Hay también una tradición en el pensamiento jurídico. Por ejemplo DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, trad. L. Recaséns, revisada por L. Legaz Lacambra, Barcelona, Bosch, 1980, se referirá a un proceso de «diferenciación» a partir de la «costumbre indiferenciada» en la que derecho y moral (justicia) aparecen «mezclados confusamente» (p. 322), con lo que la «costumbre indistinta» (p. 330) se descompone. Mucho más tarde surgirán los intentos teóricos por precisar «caracteres diferenciales», con propuestas que llegan tanto a una separación radical como a una aproximación que corre el peligro de recaer en «la confusión primitiva» (p. 333). En la bibliografía española RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, primera edición de 1959, México, Porrúa, 1995, se ocupaba del «proceso de diferenciación» mediante

y se convertirá en un poderoso factor de dinamismo, capaz de renovarlo desde dentro. La distinción es la condición para plantear relaciones. Las relaciones se establecen siempre entre diferencias. De este modo el derecho adquiere una especial densidad relacional y con ello se incrementa su complejidad. Sólo así podrá hacer frente a un mundo cada vez más diversificado. La complejidad de las sociedades avanzadas sólo se puede abordar desde otra complejidad².

Mediante *la invención de la justicia* se establece un *contraste* que escinde el universo jurídico en dos términos en conflicto potencial³. Se genera así una *fricción* dentro del derecho, capaz de agitarlo interiormente, que se propaga por todas partes. Un pensamiento no primariamente del equilibrio, del compromiso o de la transacción entre opuestos, sino ante todo de la fricción⁴.

Justicia y derecho forman un *binomio contrapuesto* que no se deja amalgamar, aglutinar. No es posible *justificar el derecho* plenamente ni tampoco *juridificar la justicia*. Cuanto más se busque unificar la oposición, con tanta mayor intensidad reaccionará la *dinámica de la divergencia*.

Esto supone una transformación radical con respecto a la situación anterior en la que el ámbito normativo se presentaba indiferenciado e incuestionado. El pensamiento jurídico se instala ahora en el contraste, en la oscilación, en la relación. Kelsen dirá que «sólo el contraste entre derecho natural y derecho positivo permite entender la esencia tanto del uno como del otro»⁵. El derecho natural es, entre otras cosas, una «pauta para contrastar»⁶.

Lo jurídico, uno de los ejes del mundo social, es ahora un contraste. Surge entonces la posibilidad de un nuevo tipo de articulación de la estructura social. La sociedad no necesita afianzarse mediante la vinculación con algo rígido, sino que se apoya en elementos dinámicos susceptibles de proporcionar elasticidad a su estructura. Este es un

el que se diversifica una primitiva «norma indiferenciada», de la que se desprenden dimensiones normativas con perfiles propios (pp. 168 y 170).

² El «paradigma de la complejidad» figura ya como uno de los enfoques emergentes a tener en cuenta por la sociología del derecho en ARNAUD, A.-J. y FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1996 (pp. 227 ss.). Advierte LUHMANN, N., *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe, B. Erker y J. Torres Nafarrate, Barcelona, Anthropos, 1998, que «sólo la complejidad puede reducir complejidad» (p. 49).

³ La noción de «contraste» tiene tradición filosófica en WHITEHEAD, A. N., *Proceso y realidad*, trad. J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 44 y 311-312.

⁴ Aunque sepamos, por otra parte, que el derecho pretende «reducir al mínimo las fricciones posibles», KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma, 1979, p. 16.

⁵ ID., «La idea del Derecho natural», trad. F. Ayala, en ID., *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, México, Edit. Nacional, 1979, p. 19.

⁶ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 25.

proceso muy lento, que se manifiesta poco a poco, del cual el pensamiento jurídico sólo va tomando conciencia paulatinamente. La invención de la justicia abre posibilidades nuevas de estructuración, que sólo en parte y tardíamente llegarán a ser activadas y aprovechadas.

Es muy llamativo el hecho de que el iusnaturalismo tienda a sofocar su potencial para una articulación basada en el contraste y se obtiene en verse a sí mismo como patrón absoluto, como una estática jurídica, dicho en términos kelsenianos. No hay entonces propiamente contraste sino sólo el intento por vencer, invadir y sojuzgar el derecho positivo, ejerciendo sobre él un imperio ilimitado. El derecho natural se convierte entonces en el rival absoluto del derecho positivo, que en la tirantez de su pretensión monista cancela toda posible relación. Es el derecho natural que «cree poder reducir a cero la fuerza de resistencia de la materia contra la forma jurídica»⁷. Pero esto no sucede con las mejores construcciones iusnaturalistas que, de un modo sutil y a veces encubierto, se instalan en *el campo de fuerza de las resistencias* y son capaces de dinamizar el derecho⁸.

La descripción sociológica de la situación en la que ya desde hace tiempo nos encontramos responde a planteamientos kelsenianos. En una sociedad pluralista «no hay una única moral, “la” moral, sino muchos sistemas morales, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios». En estas condiciones «no se presupone ningún valor moral absoluto». Y a su vez el «valor jurídico» es también relativo, pues el derecho podría ser de otra manera⁹. El contraste entre justicia y derecho plantea una *conexión relativa entre dos relatividades*.

Habrà que efectuar entonces una torsión en la cuestión formulada por Kelsen como «el interrogante acerca de la relación» entre derecho y justicia¹⁰. La relación se plantea ahora necesariamente como interrogación, incluso como *interrogación recíproca*. Se destaca así la capacidad de interrogar, ante todo desde la justicia al derecho, pero también desde el derecho y sus exigencias a toda idea de justicia.

A propósito de *la justicia como interrogación* podemos recordar aquí lo que decía Gadamer de la actividad interrogadora. Insistía en que «la esencia de la *pregunta* es el abrir y mantener abiertas posibilidades». En su sentido más genuino «preguntar quiere decir abrir», y «la apertura de lo preguntado consiste en que no está fijada la respuesta». Esto implica «dejar al descubierto la cuestionabilidad de lo que se pregunta» y provocar una «situación de suspensión»¹¹.

⁷ *Ibíd.*, p. 130.

⁸ Si entendemos la energía como la capacidad para producir cambios, la justicia es una forma de energía para el derecho.

⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pp. 81 y 78.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 76.

¹¹ GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2007, pp. 369 y 440.

La noción de contraste da pie a un pensamiento no tanto resolutivo como interrogativo. Y plantea la dificultad de *cuánta interrogación es capaz de generar y soportar una sociedad*. Esto supone abrir paso a lo problemático. Con la justicia el pensamiento jurídico gana la posibilidad de problematizarse, de tomar distancia reflexiva consigo mismo. Todo lo relacionado con el derecho se vuelve *problemático*¹². Tanto el derecho como la justicia son valores problemáticos, siempre discutibles, siempre necesitados de discusión, y su relación recíproca no está al servicio de la producción de seguridades sino de la *producción de problemática*.

2. POLARIDAD

Sobre este telón de fondo se destacan las enormes posibilidades del contraste, del dualismo concebido no como esquema inerte sino como pauta para relacionar. Es cierto que la metodología kelseniana se esfuerza por reconducir los dualismos a un monismo básico, por librar al derecho de su *trastorno bipolar*. Pero su *reductio ad unum* es muy consciente del papel estructural que los dualismos tienen en el pensamiento jurídico, por más que en una descripción científica como la que pretende puedan ser insostenibles y haya que llegar a disolverlos.

Kelsen tenía bien presente «el dualismo que domina todo el sistema y desdobra todas las cuestiones», que aparece como un «dualismo abiertamente transistemático». La aparente «antítesis extrasistemática» opera como «distinción intrasistemática». Hay un dualismo, en ocasiones «violento», que «adopta formas tan múltiples y manifestaciones tan variadas» que su función no puede determinarse de manera unitaria. Entre las contraposiciones que recorren el pensamiento jurídico hay alguna que es «extraordinariamente fecunda en significados» y su función, aunque ideológica, es «de valor inestimable»¹³. Son contrastes que dinamizan, dislocan e incluso *desquician el pensamiento jurídico*.

Aunque desde el punto de vista científico haya dualismos que sea preciso desenmascarar como «inútiles duplicaciones que son debidas al hecho de que el conocimiento hipostatiza la unidad del objeto por él creada», queda en pie la pregunta por su función social¹⁴. La distinción entre derecho positivo y derecho natural establece un «dualismo

¹² Tiene razón WOLF, E., *El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho*, trad. E. A. Vásquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, cuando escribe que el jurista «no posee la justicia sino que más bien debe buscarla» y, «sólo la busca de verdad, mientras persista en ser un problematizador» (p. 62). Sin embargo para este autor la *Fragwürdigkeit* del derecho acabará superándose en un horizonte teológico.

¹³ KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. L. Legaz y Lacambra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 35, 36, 74, 77 y 78.

¹⁴ *Ibidem*, p. 79.

fundamental», que incorpora un «dualismo metafísico» y conlleva una engañosa «reduplicación del universo»¹⁵. Pero, al margen de formulaciones iusnaturalistas, Kelsen siempre es consciente de la imprescindible distinción entre derecho y justicia, de un contraste fecundo que no se puede cancelar.

Las expresiones de Kelsen son significativas. La «separación (*Trennung*)» entre derecho y justicia es una exigencia de «distinguir (*unterscheiden*)» ambos aspectos, de «no entremezclarlos (*nicht miteinander zu vermengen*)». Implica el rechazo de toda propuesta que «identifica (*identifiziert*)». La exigencia de «escindir (*scheiden*)» no aísla sino que abre «la posibilidad de una contradicción (*die Möglichkeit eines Widerspruchs*)», de una relación problemática¹⁶.

La pretensión de que el derecho sea justo se plantea como una cuestión de correspondencia o concordancia entre ambos órdenes normativos, que en ningún momento se equiparan. El habitual término «corresponder (*entsprechen*)» que emplea Kelsen, y el también frecuente de concordar, se prestan a alguna reflexión¹⁷. Sugieren un pensamiento de la relación que atraviesa la diferencia, de *la relación a través de la diferencia*, y no de la asimilación. Se plantea el contraste de un dualismo que no se cancela.

La *correspondencia* se establece entre elementos que no se confunden, sino que pertenecen a ámbitos distintos, e incluso refuerzan su propia identidad gracias a la interrelación. La comunicación se alimenta de la multiplicación de las diferencias que entran en relación. La *concordancia* no es repetición y vibración al unísono sino concurrencia. Provoca un ajuste o sintonía de elementos distintos, entre los que de otro modo podría haber disparidad o incluso contienda. No hay que olvidar que la armonía es trabajo con la disonancia y no búsqueda de consonancia. El jurista antiguo se afanaba en la *concordia discordantium canonum*, que nada tiene que ver con la supresión de lo que no encaja en el esquema previsto.

Tenemos también que tener en cuenta que la diferenciación entre derecho y justicia no ha sido el resultado de la propia dinámica del pensamiento jurídico, que conduce –por obra de la dialéctica negativa– de la fuerza de la antítesis a un enfrentamiento consigo mismo y a un desdoblamiento de la ley¹⁸. Fue la respuesta innovadora a una situación histórica en la que se había perdido la confianza en la tradición y se había desmoronado un mundo de convicciones no problemá-

¹⁵ ID., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 13 y 14.

¹⁶ ID., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 79, 76 y 81. Para los términos en alemán puede verse *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Österreich, 2000, pp. 68, 65 y 70.

¹⁷ ID., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 79; *Reine Rechtslehre*, cit., p. 68.

¹⁸ Es la visión grandiosa de HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, trad. W. Roces y R. Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, de la legalidad como un «mundo desgarrado» (p. 261), en el que «la sustancia se ha desdoblado», «se escinde» y entra en contradicción (p. 262). Hay que traducir sociológicamente estas categorías especulativas.

ticas, investidas de una validez cuasinatural. Esto sólo es posible en sociedades capaces de generar un *potencial de autocrítica*¹⁹.

Como dirá Luhmann «el sistema social constituye las contradicciones válidas para él». Estas contradicciones «desempeñan una función doble: bloquean y desencadenan». El momento de inseguridad, de freno, de indecisión, despeja nuevas operaciones de enlace, abre paso a nuevas configuraciones, suministra «oportunidades de la morfogénesis». Por eso las contradicciones son «promotoras del movimiento del sistema»²⁰.

La pregunta por la justicia introduce una bifurcación, instaura una *polaridad* generadora de riesgo²¹. Con ella el derecho se pone bajo sospecha: puede ser o no ser justo. Queda *expuesto* a una crítica radical. Sólo en las condiciones de una polarización podrá desarrollarse el espacio jurídico.

El derecho se constituye a través de una polaridad interna. La razón jurídica occidental es inconcebible sin ella, sin la referencia a eso otro que es la justicia, que ejerce de *alteridad* para el derecho. La distinción entre derecho y justicia se afirmó en el contexto de un pensamiento griego que generaba y se servía ampliamente de polaridades²². La argumentación y la retórica jurídicas se apoyan frecuentemente en polaridades²³.

Hegel caracterizaba la categoría de polaridad como «la determinación de una diferencia en la que los términos diferentes están vinculados *indisolublemente*»²⁴. Se trata de una diferencia dialéctica, produc-

¹⁹ Esto aparece muy claramente en el estudio clásico de WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho natural y Justicia material*, trad. F. González Vicén, Buenos Aires, Edit. B de f, 2005. En el origen de la idea de derecho natural la regulación humana y el orden natural aparecen como planos «radicalmente separados» e incluso como «contradicción». Esto sólo pudo surgir en una «época de crisis», en la que «se había resquebrajado la unidad del mundo del espíritu» y «se había quebrantado tanto la fe religiosa tradicional como el orden político» (p. 5). Cuando «se quiebra» la unidad del modo de vida tradicional se origina un «pensamiento antitético» entre *physis* y *nomos* (p. 6).

²⁰ LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., pp. 330, 326, 327 y 333.

²¹ KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, trad. L. Villar y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, caracteriza la «polaridad» como un «contraste» que es «relativo», que «no excluye una estrecha conexión material, sino que la abarca, en una divergencia dentro de la afinidad esencial» (p. 387).

²² Cfr. LLOYD, G. E. R., *Polarity and Analogy. Two Types of Argumentation in Early Greek Thought*, Bristol, Bristol Classical Press, 1987, p. 211, que alude a la distinción entre lo natural y lo convencional, que fue decisiva y ampliamente debatida en cuestiones relacionadas con el derecho, y en otros contextos. WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., se refiere a «dos polos distintos» (p. 5). Sin embargo la idea de derecho natural tiende a presentarse de modo jerárquico, como «polo superior» (p. 323), con lo que se descuida la interacción.

²³ PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. J. Sevilla, Madrid, Editorial Gredos, 1989, tratan de las «parejas filosóficas, que resultan de una disociación», que distinguen de las «parejas antitéticas» y de las «parejas clasificatorias» (p. 643).

²⁴ HEGEL, G. W. F., *Ciencia de la lógica*, trad. A. y R. Mondolfo, Buenos Aires, Ediciones Solar, 1982, Vol. I, p. 43.

tiva. En Goethe aparecía como una «dualidad» y «antagonismo» en acción recíproca que puede «generar las cosas más diversas». En vez de reunir los polos volviéndose inerte puede experimentar un desarrollo «hacia lo totalmente diverso», capaz de producir «una tercera cosa nueva, superior, inesperada»²⁵.

Con la justicia se abre paso en el derecho el *espíritu de contradicción*. Los sistemas sociales «necesitan de las contradicciones» como un elemento imprescindible «para la continuación de su autorreproducción». La justicia trabaja en la *formación selectiva de contradicciones*. Es el gran factor productor y multiplicador de contradicciones en el derecho. Antes de plantearnos qué hacer con las contradicciones y cómo procesarlas podemos preguntarnos si la justicia, tal como ahora la entendemos, «es capaz de producir las suficientes contradicciones» que necesita el derecho y la sociedad en general²⁶.

Siempre habrá polaridad entre justicia y derecho, salvo que se retroceda a lo indiferenciado. La unidad de la diferencia, la concordancia entre las dos instancias del pensamiento jurídico, no será nunca asimilación, equiparación, ni fusión, sino *coincidentia oppositorum*²⁷. O, todavía mejor, *complexio oppositorum*²⁸.

3. TENSION

Con la invención de la justicia el derecho gana una estructura *tensional* que le dota de elasticidad y capacidad para afrontar las exigen-

²⁵ GOETHE, J. W. von, *Teoría de la naturaleza*, trad. D. Sánchez Meca, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 176 y 177. En ID., *Teoría de los colores*, trad. P. Simón, Madrid, Celeste Ediciones, 1999, la polaridad se muestra en la tensión de lo complementario, ya sea como oscilación (p. 58), determinación de un contraste (p. 75) o fuerza de oposición (p. 79).

²⁶ LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., p. 347. Esta es la pregunta que hace Luhmann a la lógica, que aquí referimos a la lógica jurídica.

²⁷ Así lo expresa WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 325.

²⁸ Esta es una figura que abarca el antagonismo pero sin cancelarlo ni resolverlo en una síntesis. En la caracterización de SCHMITT, C., *Catolicismo y forma política*, trad. C. Ruiz Miguel, Madrid, Tecnos, 2000, no se trata de «una antítesis que necesita una síntesis, una polaridad que tiene un “punto de indiferencia”» (p. 11) sino de lo que abarca la contraposición y se nutre de ella. Se refiere por ejemplo a «un discurso que se mueve en antítesis, pero sin que haya contradicciones, puesto que es la existencia de distintos elementos que conforman una *complexio* lo que da vida al discurso» (p. 29). Esto puede conectarse con el pensamiento contemporáneo de la complejidad. En MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, trad. M. Pakman, Barcelona, Gedisa, 1994, se lee que «la complejidad es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados» que «presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple» (p. 32). El ámbito jurídico sería un *complejo* en el que se tejen conjuntamente justicia y derecho (y todas sus polaridades internas); un *complexus* que consigue reunir su diversidad sin confundirla y asociar sus contrarios de manera inseparable.

cias de la sociedad. La justicia actúa como un *tensor*, con lo que el ámbito jurídico se convierte en un *campo tensional*. No se designa con ello una simple relación de oposición, un enfrentamiento negativo entre dos términos, ni se tiende tampoco a una síntesis que supere la escisión. Lo decisivo es la tensión que se crea, que atraviesa y anima el campo, que en realidad lo conforma. En un enfoque tensional «lo que debemos retener es ese espacio de tensión, y no sus extremos»²⁹.

La justicia no deja de «tensionar» el derecho. La tensión introducida no puede ser anulada y frecuentemente ni siquiera resuelta en un equilibrio. Se trata, por supuesto, de una «tensión creadora» que provoca dinamismo. Se comprende entonces que «dar razón de algo equivalga a explicar cuáles son las tensiones que soporta y cuáles son las tensiones que es capaz de generar». Cualquier logro, cualquier avance, también en el ámbito jurídico, consistirá siempre en «un refinamiento de la tensión». Es éste un camino arriesgado, pues «admitir el compromiso con la tensión supone siempre asumir el riesgo, la posibilidad de rupturas y contracturas»³⁰.

Por obra de la justicia encontramos en el derecho «una organización que adquiere el carácter de un campo tensional», que trabaja «con complejos diferenciales» y que está «fundada en la fuerza de la tensión». Esta organización no se basa en la superación de la tensión sino en la configuración de «una nueva unidad levantada sobre el núcleo de las tensiones que han hecho posible la comunicación entre las diferencias». La unidad del campo tensional es una «unidad compleja», es decir una paradójica «unidad de diferencias»³¹.

El pensamiento en términos de campo es intensamente relacional. En una primera aproximación pudiera parecer que hay unos «objetos» preexistentes, en nuestro caso el derecho y la justicia, que posteriormente entran en relación y de este modo se provoca una tensión característica entre ellos. Pero no se trata simplemente de eso. Hay que invertir los términos y llegar a plantear el primado de la relación. La relación es tan potente que llega a generar los términos que la constituyen³². La dicotomía derecho-justicia no designa dos realidades separadas sino un solo campo tensional. Derecho y justicia acaban por convertirse en productos de la misma dinámica que los involucra. Son *condensaciones* de ese campo³³.

²⁹ IZUZQUIZA, I., *Filosofía de la tensión: realidad, silencio y claroscuro*, Barcelona, Anthropos, 2004, p. 107. Sobre el concepto físico de «campo tensional» cfr. pp. 156 y ss.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 47, 166 y 167.

³¹ *Ibíd.*, p. 246 y nota 4.

³² Dirá LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., que la contradicción (podríamos añadir que la tensión) es «un concepto autorreferencial y autopoiético: la contradicción produce aquello de lo que consta, es decir, lo que se contradice» (p. 328).

³³ En el ámbito de la sociología BOURDIEU, P., *Lección sobre la lección*, trad. Th. Kauf, Barcelona, Anagrama, 2002, por citar sólo una de sus obras, ha elaborado un poderoso «pensamiento en términos de campo» (p. 45) que presenta algunas afinida-

Esto exige un cambio radical de la perspectiva tradicional, primariamente substancialista, que tiende a cosificar y se contenta con yuxtaponer. Y supone que el proceso de diferenciación que analizamos modifica la misma naturaleza del derecho, instituyendo el primado de la relación. El ámbito jurídico, una vez transformado por la escisión entre derecho y justicia, deja de ser un objeto para convertirse en un campo tensional.

Todo ello implica una consideración positiva de la tensión, que cuenta con una interesante tradición filosófica³⁴. Sin embargo es un rasgo tradicionalmente visto como negativo en un derecho que aspira a apaciguar y eliminar tensiones. Un cambio de perspectiva sólo será posible en una sociedad capaz de articularse sobre sus propios conflictos, de extraer de ellos energías para organizarse.

Es bien sabido que «toda organización, todo sistema, comporta y produce el antagonismo» y que «los equilibrios organizativos son

des con lo que aquí se sostiene. El campo es un «espacio de relaciones» (p. 46). Todo depende de «la estructura de las relaciones constitutivas del espacio del campo» y de las «tensiones» que están «producidas por la estructura constitutiva del campo» (pp. 47-48). El «espacio institucional» del campo «produce en cierto modo las propiedades de quienes lo ocupan», de los elementos que lo integran (p. 49). Y no hay que olvidar que «los campos sociales son campos de fuerzas pero también campos de luchas para transformar o conservar estos campos de fuerzas» (p. 50).

³⁴ La problemática filosófica de la tensión aparece con carácter pionero en SCHILLER, F., *Cartas sobre la educación estética del hombre*, editadas conjuntamente con Kallias, trad. J. Feijóo y J. Seca, Barcelona, Anthropos, 1990, que se refería a la acción de impulsos contrapuestos en forma de «tensión» y «distensión» y buscaba lo que «ha de distender, tensando» las fuerzas, y «ha de tensar, distendiéndolas» (Carta 16, p. 245). Cfr. también Carta 17, pp. 253-255. En HEGEL, G. W. F., *Filosofía real*, trad. J. M. Ripalda, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1984, en la parte de la filosofía de la naturaleza dedicada al quimismo, la tensión de dos elementos implica que «su esencia se halla dividida en sí por la recíproca referencia» (p. 85) y «esta tensión sienta la *inmediatez* de cada uno como *mediada* por el otro» (p. 89). Posteriormente la tensión se convertirá en categoría lógica. En ID., *Ciencia de la lógica*, cit., Vol. II, en lo referente al *quimismo* (que abarca ahora también las relaciones humanas) trata de lo que, «por su naturaleza misma, está en tensión» (p. 438) y da paso al «proceso» que se desencadena porque «los objetos en tensión, al estar en tensión contra sí mismos, están precisamente por eso en tensión un frente al otro» (p. 439). Ocurre que «los objetos en tensión recíproca se buscan entre ellos, y se reúnen después, por medio de un término medio formal, extrínseco, hasta formar un neutral» (p. 442). Pero más allá de «la unión y el embotamiento de los extremos en tensión» (p. 443), de una «neutralidad» en que la tensión se apaga y los términos se convierten en «indiferentes», se podrá llegar al «restablecimiento de la oposición de los objetos en tensión» (p. 441). Por su parte BENJAMIN, W., *Libro de los pasajes*, edic. R. Tiedemann, trad. L. Fernández Catañeda y otros, Madrid, Akal, 2005, se refiere al pensamiento detenido en «una constelación saturada de tensiones» y a la importancia de buscar precisamente «allí donde la tensión entre las oposiciones dialécticas es máxima» (p. 478). También en ID., «Tesis de filosofía de la historia», en *Discursos interrumpidos*, I, trad. J. Aguirre, Madrid, Taurus, 1990, se encuentra la referencia a «una constelación saturada de tensiones» (p. 190). La noción de tensión adquiere además gran importancia en WHITEHEAD, A. N., *Proceso y realidad*, cit., que propone estudiar los objetos «por referencia a las peculiaridades de sus tensiones», atendiendo a su «ordenación peculiar de tensiones» (p. 419).

equilibrios de fuerzas antagónicas». Ahora se destaca la acción de un «*antagonismo organizativo*», que «no lleva en sí solamente la dislocación del sistema sino que puede contribuir también a su estabilidad». Consiste en «la utilización organizativa de procesos y acciones antagónicas», que «pueden suscitar reorganizaciones evolutivas»³⁵.

La brecha abierta por la disociación del derecho y la justicia suscita una «reorganización permanente». La organización jurídica «tiene que regenerarse sin cesar para compensar el incremento de entropía» mediante «la constante renovación de sus componentes». Hay un desorden inherente que alimenta el sistema y estimula procesos de autoorganización. Actúa aquí el principio *order from noise* de Foerster, es decir la captación de perturbaciones en beneficio de la organización. Por eso puede decirse que «la evolución no es más que la integración del desorden»³⁶.

Y todo se complica más si observamos que la justicia es en sí misma un campo tensional³⁷. Con sus distintas exigencias, consta de «antinomias». Sus componentes «se exigen mutuamente» pero «se contradicen, al mismo tiempo, mutuamente». La justicia incluye «una relación de tensiones» que es «insuprimible». Consiste en una «multilateralidad, plena de contradicciones», que ninguna teoría podrá «resolver». Pero esto no es un defecto pues la justicia no está para hacer la vida fácil sino «problemática»³⁸. Entraña «una tensión incancelable» entre lo general y lo particular, incluso individual y único, entre lo abstracto y el caso concreto³⁹. Nos encontramos con que «el derecho está en equilibrio inestable, siempre amenazado y continuamente restablecido, en medio de tirantezas y tensiones polares»⁴⁰.

Hay que tener aquí en cuenta la teoría de la sociedad de Habermas, que asume como uno de sus esquemas rectores «la tensión entre facticidad y validez». Esta tensión se encuentra ya «inserta en el lenguaje» en

³⁵ MORIN, E., *Sociología*, trad. J. Tortella, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 91, 93 y 95.

³⁶ *Ibidem*, pp. 98 y 109. Dirá también LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., que «la construcción de los sistemas sociales (tanto como la de los sistemas psíquicos) se basa en el *order from noise principle* (de Foerster)» (p. 203). Rectifico la traducción a la vista de *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, pp. 291-292.

³⁷ La justicia da respuestas desde su propia tensión. De otro modo le ocurriría como a ese personaje de DIDEROT, D., *El sobrino de Rameau*, trad. F. de Azúa, Barcelona, Editorial verticales de bolsillo, 2008, que adolece de «una fibra relajada que por mucho que la pinchen no vibra jamás» (p. 100). Y la tensión de la justicia da el *tono* al derecho.

³⁸ RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 95, 97, 98 y 101. Sin embargo esta perspectiva es insuficiente en la medida en que se refiere a un sistema en equilibrio, según el ejemplo de la catedral gótica «en donde las masas se sostienen al pugnarse unas con otras» (p. 101). Por el contrario aquí se propone que la idea de justicia no está en equilibrio y provoca un desequilibrio permanente en el derecho. KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, cit., alude también a las «tensiones en la idea de derecho», pp. 351 ss.

³⁹ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 33.

⁴⁰ *ID.*, *Filosofía del derecho*, cit., p. 139.

la forma de «un poder-decir-que-no» y penetra en amplias zonas de la vida social. Es una «tensión intralingüística», «inmanente al lenguaje y a su empleo», que «irrumpe en la realidad social» y le da nervio⁴¹.

Es cierto que siempre hay un «saber de fondo», un «trasfondo» no problemático en el que se efectúa la «neutralización» o «fusión» de esa tensión. Se ha ido formando un «complejo cristalizado de convicciones» en las que apoyarse, que «pretende un tipo de validez que viene dotado de la fuerza de lo fáctico», inmunizado ante la crítica. Pero también es cierto que «los espacios para el riesgo de disenti-miento que representan los posicionamientos de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica crecen en el curso de la evolución social»⁴².

Surge entonces «el problema de tener que explicar cómo puede efectuarse la reproducción de la vida social sobre un terreno tan frágil». Las instituciones tienen que «absorber las inestabilidades de una socialización que se efectúa mediante tomas de postura de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica». Precisamente en la integración social que se realiza a través del derecho «esa tensión se estabiliza» y lo hace «de forma peculiar»⁴³.

La situación es precaria pues está siempre presente un «alto riesgo de disenti-miento». Habrá que «explicar cómo bajo las condiciones de una socialización hasta tal punto inestable que opera con suposiciones contrafácticas permanentemente amenazadas, puede surgir algo así como integración social». O, dicho de otro modo, el problema es «cómo de procesos de formación de consenso que vienen amenazados por una tensión explosiva entre facticidad y validez, puede surgir algo así como orden social»⁴⁴.

El orden jurídico es una respuesta a este problema. En el derecho «se entrelazan» facticidad y validez, pero «no forman una amalgama indisoluble». La «tensión entre estos dos momentos», que en todo caso «permanecen distintos y separados», se «intensifica» a la vez que se «operacionaliza» de forma que pueda ser eficaz. La encrucijada del derecho está marcada por la «doble referencia» a una «facticidad artificialmente producida» y a una pretensión de justicia que puede quedar en mera «suposición de legitimidad». En todo caso exige «la simultánea referencia a ambos polos»⁴⁵.

El derecho moderno «agudiza y operacionaliza en términos efectivos para el comportamiento la tensión entre facticidad y validez». La tensión que ya aparecía alojada en el mismo lenguaje, y se manifiesta

⁴¹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 70, 79, 97 y 98.

⁴² *Ibíd.*, pp. 84, 85 y 87.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 70 y 79.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 82 y 83.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 90, 91 y 92.

de forma más o menos espontánea en la interacción social, «retorna intensificada en el plano del derecho». Las «relaciones *internas* entre facticidad y validez», las tensiones que lo articulan, son «esenciales en la infraestructura del derecho de las sociedades modernas». Pues «el derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan la positividad del derecho y su pretensión de legitimidad», en su «entrelazamiento estructural»⁴⁶.

4. DIALÓGICA

En el marco de un pensamiento de la complejidad habrá que concebir la tensión entre derecho y justicia en los términos de una *dialógica*. La sociedad está dinamizada por múltiples dialógicas, una de las cuales es la jurídica. El «principio dialógico» que aquí opera hace referencia a «la asociación compleja (complementaria/ concurrente/ antagonista) de instancias, *conjuntamente necesarias* para la existencia, el funcionamiento y el desarrollo de un fenómeno organizado». Nos enfrentamos a «*double-binds* (dobles conminaciones contrarias)» y a una arriesgada «*unidualidad*», que impone la exigencia de «pensar a la vez la unidad y la dualidad»⁴⁷.

El derecho se forma y se desarrolla en una «conjunción dialógica». Estamos abocados a un pensamiento que «debe establecer fronteras y atravesarlas», que «debe rechazar y combatir la contradicción, aunque al mismo tiempo la asuma y se nutra de ella». Se desencadena «un dinamismo dialógico ininterrumpido» hecho de interacciones e interferencias, que hace imposible «cualquier hegemonía de uno de los procesos antagonistas» que implique el sometimiento o la exclusión del otro⁴⁸.

La relación que planteamos nunca puede estar «equilibrada». Permanece «lejos del equilibrio», en «inestabilidades dialógicas». Por eso mismo experimenta «una permanente necesidad de regulación», que en todo caso tendrá que ser una «regulación interna». Pero no puede evitarse «el riesgo del desarreglo». La tensión «se convierte en turbulencia cuando los términos de la dialógica dejan de regularse mutuamente»⁴⁹.

De todas formas «la progresión de uno de los términos de la dialógica no debería efectuarse con la regresión del otro». Los factores que intervienen «pueden y deben controlarse, complementarse mutuamente (sin por ello eliminar su antagonismo)». Remiten el uno al otro y se

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 94 y 101.

⁴⁷ MORIN, E., *El Método*, Vol. III: *El conocimiento del conocimiento*, Libro I: *Antropología del conocimiento*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1988, pp. 109, 111 y 121.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 246 y 199.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 166, 201 y 242.

transforman entre sí generando «un bucle constructivo», una «conjugación estratégica»⁵⁰.

Además del principio dialógico opera aquí el «*principio recursivo*». No hay sólo «interacción», ni tampoco basta con hablar de «retroacción», de un movimiento inverso en el que los efectos inciden sobre sus causas, pues «la idea de bucle recursivo es más compleja y rica que la de bucle retroactivo». Encontramos «un proceso en el que los efectos o productos al mismo tiempo son causantes y productores del proceso mismo, y en el que los estados finales son necesarios para la generación de los estados iniciales»⁵¹. Es un proceso organizador que se produce y reproduce a sí mismo.

Todo sucede, a diferencia de la dialéctica, «sin que se pueda constituir un “meta-nivel” que “supere”» la tensión entre derecho y justicia, que apacigüe su interminable oscilación⁵². No tendría sentido aspirar a «una superación totalizante que englobara armoniosamente» los términos en conflicto⁵³. No se trata de la conciliación entre derecho y justicia sino de su mutua *excitación*.

Se manifiesta de este modo en el plano jurídico un «principio de incertidumbre multiramificado», especialmente un «*principio de incertidumbre sociológico*» y la «incertidumbre ética», que operan en muchos otros ámbitos. El dualismo entre derecho y justicia nos arroja a «un pensamiento que comporta el uso de contradicciones y el reconocimiento de incertidumbre»⁵⁴. Aquí «la incertidumbre es a la vez riesgo y posibilidad» para el pensamiento jurídico. No queda más remedio que aprender a «trabajar con la incertidumbre» y descubrir que los riesgos son también oportunidades⁵⁵.

A diferencia de lo que suele hacerse es preciso pensar la justicia a partir de la incertidumbre. La pregunta por la justicia constituye la irrupción de un principio de incertidumbre en el derecho positivo. La teoría de la justicia tiene dificultades para plantearse como búsqueda de seguridades y aparece cada vez más como *producción de incertidumbre y trabajo con la incertidumbre*. No ofrece al jurista tanto certezas doctrinales como *márgenes de incertidumbre* para poner en marcha el pensamiento y crear formas nuevas. La justicia es capaz de desorganizar el sistema reorganizándolo.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 166.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 111 y 112. Luhmann planteará un proceso autocreador llevado hasta las últimas consecuencias, sirviéndose de la noción de *autopoiesis*.

⁵² *Ibidem*, p. 166.

⁵³ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁴ *ID.*, *El Método*, Vol. IV: *Las ideas: Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, tr. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1992, pp. 249, 48 y 202. *ID.*, *El Método*, Vol. VI: *Ética*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006, p. 45.

⁵⁵ *ID.*, *El Método*, Vol. III, cit., pp. 243 y 246. Señala BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial: En busca de la seguridad perdida*, trad. R. S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2007, que la categoría del riesgo «expresa el hecho de tener que tratar con la incertidumbre» y necesitamos alcanzar una «sabiduría de la incertidumbre» (p. 22).

La incertidumbre es un rasgo propio de nuestro tiempo. Luhmann constata que «toda evolución parece basarse, en última instancia, en la masificación y amplificación de incertidumbre». Vivimos bajo el «principio de la amplificación de la incertidumbre (*Prinzip der Unsicherheitsamplifikation*)», en un proceso de transformaciones puesto que «la evolución consiste en convertir permanentemente las incertidumbres en seguridades y viceversa»⁵⁶. La sociedad moderna presenta «una incertidumbre interna perdurable y en constante aumento»⁵⁷. Esto es lo propio de una sociedad abierta⁵⁸.

Si, como advierte Morin, «la mayor aportación del conocimiento del siglo xx ha sido el conocimiento de los límites del conocimiento» y «la mayor certidumbre que nos ha dado es la de la imposibilidad de eliminar ciertas incertidumbres», nuestra tarea ya no es la conquista de certezas sino «saber hacer frente a la incertidumbre». Conocer y pensar –también en el ámbito jurídico– no es la pretensión de descubrir verdades absolutas sino «dialogar con la incertidumbre»⁵⁹.

En una situación como ésta hay que tomar decisiones y «no existen reglas lógicas o metalógicas para decidir». Las tensiones no desaparecen y es preciso aprender a hacerlas productivas. Se puede «trabajar con las contradicciones, pero no disolverlas». En definitiva, es preciso asumir «el riesgo de la contradicción». En este nivel de complejidad «no existe un pensamiento que no comporte un riesgo». Podemos decir del pensamiento jurídico que «es una aventura que no sólo comporta riesgos, sino que se nutre de riesgos»⁶⁰.

La «ontología del riesgo», propia de la «sociedad del riesgo» en la que nos encontramos se caracteriza porque «fuerza a las diversas y a menudo inconciliables pretensiones de racionalidad a combinarse, argumentar y decidir con respecto a las “certezas contradictorias”». Los «conflictos de las *contradictory certainties*, de las certezas que se

⁵⁶ LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., p. 282; *Soziale Systeme*, cit., p. 420.

⁵⁷ ID., *La sociedad de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Herder, Universidad Iberoamericana, 2007, p. 840.

⁵⁸ Decía DAHRENDORF, R., «Out Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis», *The American Journal of Sociology*, Vol. LXIV, 2, 1958, que «vivimos en un mundo de incertidumbre» y, «a causa de la incertidumbre, hay siempre cambio y desarrollo». Precisamente «éste es el modelo de una sociedad abierta» (p. 127).

⁵⁹ MORIN, E., *La mente bien ordenada. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, trad. M. J. Buxó-Dulce, Barcelona, Seix Barral, 2000, pp. 71, 72 y 76. Para TOULMIN, S., *Regreso a la razón: El debate entre la racionalidad y la experiencia y la práctica personales en el mundo contemporáneo*, trad. I. González-Gallarza, Barcelona, Ediciones Península, 2003, el pensamiento de la incertidumbre es prometedor y es preciso aprender a «vivir con incertidumbre», cfr. pp. 294 ss. En esta misma línea considera PRIGOGINE, I., *El fin de las certidumbres*, trad. P. Jacomet, Madrid, Taurus, 1997, que no es una derrota intelectual que vivamos el fin de las certidumbres, sino todo lo contrario. El triunfo de las certidumbres implica «la negación del tiempo y de la creatividad» (p. 214) y nos hace olvidar que «la imaginación de los posibles» es «uno de los rasgos fundamentales de la inteligencia humana» (pp. 213-214).

⁶⁰ MORIN, E., *El Método*, Vol. IV, cit., pp. 200, 203, 213 y 250.

excluyen entre sí», exigen un pensamiento «no lineal», con lo que «se resquebrajan los fundamentos de la monorracionalidad»⁶¹.

Pero la dialógica no constituye propiamente una nueva lógica. A diferencia de lo que ocurre con la problemática de las antinomias en la teoría general del derecho, no proporciona reglas para dirimir los conflictos y «no obedece a ningún principio lógico superior». Aquí «no hay una metalógica». Lo que hace falta es más bien un pensamiento «translógico», es decir capaz de «ir a través, atravesar y transgredir», de inventar y transformar las brechas abiertas en vías de paso⁶².

5. IRRITACIÓN

El «concepto de irritación (o trastorno, o perturbación), *Begriff der Irritation (oder Störung, oder Perturbation)*», ha adquirido un notable desarrollo en la teoría de sistemas. Se trata de un concepto diferencial que expresa lo nuevo, lo inesperado que ocasiona un desvío en la secuencia prevista de los acontecimientos. Los sistemas padecen «irritaciones duraderas» y «están expuestos a focos de irritación (*Irritationsquellen*) muy específicos»⁶³. Las sociedades más evolucionadas se caracterizan incluso por la «autoorganización mediante una irritabilidad creciente (*steigender Irritierbarkeit*)»⁶⁴. Encontramos así en primer plano de la teoría de la sociedad un concepto que tuvo un papel importante en la filosofía de la naturaleza⁶⁵.

⁶¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial*, cit., pp. 51, 177 y 178.

⁶² MORIN, E., *El Método*, Vol. IV, cit., pp. 201, 212, 208 y 213.

⁶³ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 87 (rectifico la traducción de la edición citada); *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, Vol. I, pp. 118 y 119. Luhmann tiene presentes aquí las tesis biológicas de Lamarck y recuerda que «Lamarck llama “irritabilidad” a la característica estructural más importante de todos los seres vivos», p. 398 (edic. alemana, Vol. I, p. 504). La irritación presupone una «diferencia»: «la diferencia entre una secuencia operativa normal, estructuralmente prevista, y un estado de cosas cuyas consecuencias no están claras y cuya transición hacia operaciones de conexión no está decidida» (p. 628). Lo que tiene carácter de irritación «se decide a través de operaciones del sistema que autoobservan, y no de acuerdo con criterios generales e inamovibles cuasientológicos» (p. 628, nota 367). La irritación es un «índice sistémico (*Systemindex*)», p. 628 (edic. alemana, Vol. II, p. 792).

⁶⁴ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 398 (rectifico la traducción de la edición citada); *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., Vol. I, p. 504.

⁶⁵ Habría que recordar a SCHELLING, F. W. J., «Introducción al Proyecto de un sistema de filosofía de la naturaleza o sobre el concepto de física especulativa y la organización interna de un sistema de esta ciencia (1799)», en ID., *Escritos sobre filosofía de la naturaleza*, trad. A. Leyte, Madrid, Alianza, 1996, que llegó a plantear «un único proceso de irritación» (p. 169) en relación con la *productividad* que se manifiesta universalmente como incesante producción de diferencias que anula toda indiferencia. El producto seguirá siendo productivo pues la productividad es «la chispa que enciende un nuevo proceso de irritación» (p. 168). En ID., *Sistema del idealismo trascendental*, trad. J. Rivera de Rosales y V. López Domínguez, Barcelona,

En este contexto *la justicia aparece como un foco de irritación específico del derecho*. La justicia tiene que ver con la «capacidad de respuesta (*Responsivität*)» del sistema jurídico, aunque el término preciso sería el de «“irritabilidad” (*perturbability*, sensibilidad, resonancia), *Irritabilität* (*perturbability*, *Sensitivität*, *Resonanz*)»⁶⁶.

Se está planteando algo tan importante como «la sensibilización del sistema (*Sensibilisierung des Systems*)» ante las perturbaciones, ante el «“ruido (*noise*)” de todo tipo» al que está expuesto. El sistema desarrolla una «sensibilidad e irritabilidad constantes (*Dauersensibilität und Irritierbarkeit*)». Esto tiene mucho que ver con el llamado «principio de inquietud de la comunicación (*Unruheprinzip der Kommunikation*)». Podríamos comprobar cómo el derecho «a causa de una “susceptibilidad (*Reizbarkeit*)” creada endógenamente se hace más sensible a aspectos seleccionados de su entorno»⁶⁷.

No podemos captar la dinámica jurídica, ni ninguna otra dinámica social, sin observar cómo se forma en el sistema una «orientación interna por la propia inestabilidad (*Instabilität*)». Pues «el sistema no sólo se agita, lo hace también a causa de su agitación (*Unruhe*)» y, «posiblemente, la agitación causada por la agitación aumenta la agitación». Se abre así una problemática de «autoinestabilización (*Selbstinstabilisierung*)» que es fundamental en el derecho⁶⁸.

El sistema se ve abocado a «la agitación por medio de lo agitado» y al «procesamiento interno de la inestabilidad básica (*basaler Instabilität*). Nos encontramos con «sistemas agitados desde su interior (*von innen heraus unruhige Systeme*)», aunque tampoco hay que perder de vista que «algo construido sobre una base tan agitada (*was auf so unruhigen Untergrund gebaut*) debe poder transformar fluctuación en estabilidad»⁶⁹. Son «sistemas endógenamente inquietos (*endogen unruhigen Systemen*) que constantemente están irritados y que lo están

Anthropos, 1988, p. 297, se menciona la «irritabilidad» (facultad interna de reacción), que ocupa un lugar intermedio entre la sensibilidad (capacidad de ser afectado por un estímulo) y el impulso formador (fuerza de producción). En HEGEL, G. W. F., *Filosofía real*, cit., pp. 124, 127 y 128, la irritabilidad implica un paso adelante con respecto a la sensibilidad. Comporta actividad, diferencia, relación con algo que es otro. Se conecta con las nociones de elasticidad y de tensión. Por su parte NOVALIS, *La enciclopedia (Notas y fragmentos)*, trad. F. Montes, Madrid, Editorial Fundamentos, 1976, sugiere que «la teoría de la ciencia de Fichte es una *teoría de la irritación*» (866, p. 214). La materia aparece como «el *elemento irritable*» (896, p. 224). Así como «la vida se explica simplemente a partir de la vida, la irritación, a partir de la irritación»; y se pregunta si «es la vida simplemente una *irritación* complicada» (934, pp. 236 y 237).

⁶⁶ LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 287; *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 225.

⁶⁷ ID., *Sistemas sociales*, cit., pp. 168-169 y 69. Para los términos alemanes *Soziale Systeme*, cit., p. 237 y 80.

⁶⁸ ID., *Sistemas sociales*, cit., p. 69 (rectifico la traducción de la edición citada); *Soziale Systeme*, cit., p. 80.

⁶⁹ ID., *Sistemas sociales*, cit., p. 70; *Soziale Systeme*, cit., p. 82.

más cuando no hay irritaciones», pero que necesitan encontrar un cierto equilibrio⁷⁰.

Todo esto se relaciona también con las «inseguridades estructurales» del propio sistema. Y no hay que perder de vista que «una sociedad que desarrolla mayor complejidad tiene que encontrar formas de producción y tolerancia de las inseguridades estructurales (*Formen der Erzeugung und Tolerierung struktureller Unsicherheiten*)»⁷¹. En ello se cifra la holgura de los sistemas sociales.

Frente a la idea frecuente de que lo que desestabiliza es disfuncional dirá Luhmann que «los sistemas complejos necesitan, más bien, de un grado bastante alto de inestabilidad (*Instabilität*) para poder reaccionar frente a sí mismos y a su entorno, y tienen que reproducir continuamente estas inestabilidades». La autorreproducción se efectúa sobre la base de elementos inestables, incluso contradictorios, que ponen a disposición del sistema «una alta sensibilidad (*Sensibilität*)»⁷².

Lo característico de los sistemas autopoieticos por lo que respecta a su «irritabilidad» es que son «autónomos». Las irritaciones surgen de una «confrontación» con «posibilidades propias». De modo que «no existe ninguna irritación que provenga del entorno del sistema, ni ninguna transferencia de irritación del entorno al sistema». Se trata siempre de «una construcción propia del sistema, de una autoirritación (*Selbstirritation*)», claro está que «posterior a influjos provenientes del entorno»⁷³. Pero el entorno sólo puede influir «en el marco de posibilidades de autoirritación canalizadas». Pues «la irritación es un estado propio de cada sistema sin correspondencia en el entorno del sistema»⁷⁴. Precisamente *la justicia es una forma de autoirritación del derecho*.

Si partimos de que «el sistema reacciona únicamente a estados y condiciones propios» habrá que tener en cuenta que «la irritabilidad debe también entenderse como un estado propio, estructuralmente dependiente del sistema». No se trata de una mera perturbación externa que interviene como *input* y que se transformará mecánicamente en *output*. No todo puede ser registrado e introducido en el sistema como irritación. La irritación «es una forma de percepción del sistema», pero hay que añadir que es «una forma de percepción *sin un relato en el entorno*». El sistema «registra la irritación solamente

⁷⁰ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., p. 511; *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 444.

⁷¹ ID., *Sistemas sociales*, cit., p. 340; *Soziale Systeme*, cit., p. 514.

⁷² ID., *Sistemas sociales*, cit., pp. 332 y 333; *Soziale Systeme*, cit., pp. 501 y 503.

⁷³ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 87; *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., Vol. I, p. 118.

⁷⁴ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., pp. 88 y 628. Cfr. también *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara, 1992, p. 212.

en la pantalla de sus propias estructuras» y no en su entorno. Por eso «el concepto de irritación no contradice las tesis de la clausura autopoietica y la determinación estructural del sistema: más bien las supone»⁷⁵.

El problema es saber «cómo es que un sistema puede desarrollar irritabilidad, cómo es que puede percatarse de que algo no está bien». Podría permanecer indiferente, abandonarse a su propia redundancia, a las regularidades acostumbradas. La irritabilidad no es espontánea y «resulta indispensable una preparación interna», aunque sólo sea porque «ni siquiera las irritaciones podrían ser identificadas como tales si no hubiera una expectativa con relación a ellas»⁷⁶. El trabajo con irritaciones requiere de toda una práctica.

Es preciso desarrollar «una suficiente especificidad en el reconocimiento de sorpresas» y hacer repercutir las perturbaciones en el ámbito de «sensibilidades que permanecen en la esfera de las operaciones controlables». Interesa también favorecer una «concentración de la irritabilidad» que evite su dispersión. Y conviene impulsar «la canalización de irritaciones» para que se dirijan a los lugares adecuados, en donde tengan a su disposición una red de posibles conexiones⁷⁷. Esta es una de las funciones de la lógica jurídica.

Hay que plantearse también «cuáles son las medidas estructurales que aumentan o debilitan la irritabilidad del sistema»⁷⁸. Precisamente los derechos fundamentales han incrementado considerablemente la susceptibilidad del derecho, su vulnerabilidad y su exposición a irritaciones de muy diverso tipo, así como la capacidad de respuesta del sistema.

La rapidez de reacción a las irritaciones puede ser muy variada. En todo caso «la velocidad de resonancia depende de las estructuras del sistema», de lo que ha sido su propia trayectoria. También «las ondas de resonancia» que se generan «pueden ser de diversa longitud y complejidad». Y «el ritmo de la transformación de irritaciones en estructuras» depende igualmente de las estructuras del sistema, de su propia historia. El sistema puede reaccionar a las irritaciones «en distintas frecuencias de resonancia» y no hay que descartar la «interferencia con otras irritaciones»⁷⁹.

Las irritaciones tienen un papel decisivo en la evolución pues «el sistema construye y modifica sus estructuras con motivo de irritaciones específicas». Es preciso «proveer a los sistemas con irritaciones regulares para su propia autopoiesis», es decir «proveer a la comunicación de interferencias» que desafían la rutina. Entonces el sistema se movi-

⁷⁵ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 631 y 510.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 510-511.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 511 y 465.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 631.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 511; ID., *La Ciencia de la Sociedad*, trad. S. Pappe y otros, México, Universidad Iberoamericana, 1996, p. 48.

liza, reacciona «activando recursivamente las reservas existentes» y «construye, con base en irritaciones preordenadas, una autocomplejidad». Pero la «construcción de autocomplejidad» en la que constantemente se empeña no implica una acomodación cada vez mejor a su contexto. La sucesión de cambios estructurales provocada por las irritaciones «de ninguna manera significa que el sistema se adapte por ello en el transcurso del tiempo cada vez mejor a su entorno». Sobre las «irritaciones ya regularizadas» repercutirán nuevas irritaciones⁸⁰. Con respecto a la justicia *el derecho permanecerá siempre inadaptado*.

Mediante la apelación a valores puede haber en principio un intento por aliviar las irritaciones. De este modo «se trata de atenuar, en el plano de los “valores”, la inseguridad producida por la constante irritación imposible de coordinar»⁸¹. Pero enseguida se ve que los valores no calman la irritación del derecho. No hay valores absolutos, capaces de ejercer un dominio incontestable sobre cualquier situación. El sentido de los valores es discutible, están en conflicto entre ellos, pueden ser más o menos apremiantes y no hay reglas claras de prioridad para decidir. Cuantos más valores hay en juego más difícil será saber cómo hay que resolver. Es preciso recurrir a soluciones de compromiso o diferir algunos valores, en el ejercicio de un «oportunismo elástico»⁸². Por todo ello «en una sociedad que se hiperirrita a sí misma (*in einer sich selbst hyperirritierenden Gesellschaft*)» sucede que, «en última instancia, los conflictos de valores se convierten también de nuevo en irritaciones»⁸³.

Durante mucho tiempo la cuestión de la justicia se configuró preferentemente como la suposición de una legalidad paralela y trascendente. Junto al derecho positivo se postulaba otro derecho, el derecho natural, como su doble o su *alter ego*. El derecho perfecto se situaba además en un orden jerárquico, como un derecho superior.

Este modo de proceder tenía que ver con el intento de configurar un reducto invariable desde el que controlar la variabilidad del derecho⁸⁴.

⁸⁰ ID., *La Ciencia de la Sociedad*, cit., pp. 35, 122, 123 y 457.

⁸¹ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 633.

⁸² ID., *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. J. Nicolás, Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 40. Cfr. también ID., *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, p. 215. Por otra parte hay una irritación interna a la propia idea de justicia. DERRIDA, J., «Cierta posibilidad imposible de decir el acontecimiento», en ID., SOUSSANA, G. y NOUSS, A., *Decir el acontecimiento, ¿es posible? Seminario de Montreal, para Jacques Derrida*, trad. J. Santos, Madrid, Arena Libros, 2007, plantea que «la justicia debe ser ella misma trabajada o asediada por su contrario» precisamente «para poder ser justicia». En ello «no hay simple oposición» (p. 105) ni un «accidente», sino una posibilidad «intrínseca» que está «en el corazón de la justicia de manera indesalojable» (p. 106).

⁸³ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 634; *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., Vol. II, p. 800.

⁸⁴ Esto es lo que le interesa a ID., *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, p. 186.

Pero era sobre todo un modo de regular la antítesis, la interacción y la irritación entre derecho y justicia, que ya no surge en cualquier punto del ordenamiento, de forma imprevisible e incluso anárquica, sino que se canaliza y se distribuye desde un solo lugar, como ramificaciones desde la cúspide, con lo que fácilmente se dosifica y acaba por perder potencia. Las irrupciones locales de la dicotomía, con su posible virulencia, se amortiguan al incorporarlas a un sistema que se demostrará experto en la trato con disonancias. El pensamiento iusnaturalista ejercía así una función adaptadora, mediadora y armonizadora.

El derecho natural tendió también a saturarse en un conjunto de respuestas, bajo las que la pura fuerza interrogativa perdió peso, estancándose en contenidos predeterminados. Se ofrecía un modelo con el que medirse, unas fórmulas en las que había que encajar. Sin duda no es éste el modo en el que la idea de justicia puede pervivir en un mundo como el nuestro.

A pesar de sus limitaciones, las aspiraciones sociales a la transformación del derecho lograron condensarse en esas propuestas de una legalidad paralela, que permitía tanto afianzar como sobre todo cuestionar el derecho vigente. Este derecho supuestamente natural (pero síntesis de exigencias históricas de justicia) no cesaba de hostigar al derecho positivo. Constituía un permanente desafío para el orden establecido, y con razón se le consideró como peligroso e incluso subversivo. Lo más característico de la justicia no es la reproducción del derecho, su repetición, sino la posibilidad de entrar en contradicción con él. Su función es irritarlo y no reforzarlo. Por eso *la justicia se desvirtúa cada vez que opera como gesto redundante que reduplica el derecho* para reafirmarlo.

Lo que ahora interesa destacar de este proceso es que generaba dualismos y construía posiciones desde las que examinar el derecho. Más que por los múltiples contenidos que adquiere, la noción de justicia se caracteriza ante todo por ser un *esquema de observación* del derecho. En esta línea no hay que olvidar la «función “de vigilancia”» que desarrolló el iusnaturalismo⁸⁵.

Hay que insistir en *la potencia de la idea de justicia para crear problemas al derecho*, en su presencia como un factor dinamizador del derecho a través de la tensión. La semántica de la justicia es un registro de incertidumbres. A lo largo de la historia del derecho natural o de la idea de justicia, con sus propuestas cambiantes y contradictorias, lo que permanece no es un sistema de verdades sino un conjunto de *interrogaciones y exigencias*. La herencia del iusnaturalismo y de las teorías de la justicia no es un cuerpo de doctrina consolidado sino «la exigencia frente al derecho positivo», exigencia de razona-

⁸⁵ WOLF, E., *El problema del derecho natural*, tr. M. Entenza, Barcelona, Ariel, 1960, p. 215.

miento y no de sometimiento; la posibilidad de formular «la pregunta jurídica frente al derecho», la *pregunta irritante*⁸⁶.

Ahora la exigencia de justicia ya no se condensa en un derecho paralelo que desde fuera interroga al derecho positivo, sino que se infiltra en la misma legislación, en la forma de derechos fundamentales. Son valores superiores que *irradian* por todo el ordenamiento jurídico y lo llenan de inquietud⁸⁷. Por más que el derecho trabaje con estos valores y los desarrolle nunca logrará absorberlos ni podrá domesticarlos. El potencial interrogativo de estas grandes palabras no se desgasta nunca. Permanece intacto y se renueva con giros sorprendentes.

Al incorporar los valores superiores *el derecho se arriesga a sí mismo* y aloja un potencial que lo desestabiliza, que le vuelve extraordinariamente vulnerable, sensible, irritable. Esto es lo que estimula su capacidad de respuesta a exigencias sociales siempre nuevas. E incluso lo que le permite transformar a la sociedad ejerciendo un protagonismo activo, constructor de nuevas realidades.

6. DIFERENCIA

Volvemos ahora, aunque de otro modo, a la problemática de la diferenciación que se planteaba al comienzo. En la teoría de Luhmann se encuentran dos rasgos significativos para caracterizar cómo la justicia está arriesgando el derecho. Se trata de su íntima vinculación con las nociones de complejidad y contingencia. Ambas representan un pensamiento de la diferencia.

La justicia es una forma de trabajo con la complejidad. No proporciona certezas, no afianza el derecho, sino que *arroja complejidad*, implica «aumentar la complejidad»⁸⁸. La justicia no suministra evidencias sino que problematiza. No es una entidad o sustancia sino una *fuerza de relación que suscita nuevas relaciones*. No aporta simplemente valores sino «criterios para relaciones entre relaciones de valores (*Beziehungen zwischen Wertbeziehungen*)», pautas para «relacionar relaciones (*Relationierung von Relationen*)»⁸⁹.

La justicia es también un *esquema de observación que suscita nuevas percepciones*. Es una forma de «autoobservación», de «auto-

⁸⁶ WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 343 y 321.

⁸⁷ Para el «efecto de irradiación» cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (segunda edición en español), trad. C. Bernal, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 465 ss.

⁸⁸ LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 42.

⁸⁹ ID., «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», en *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, pp. 381-382 y 399.

confrontación (*Selbstkonfrontation*)» de un derecho que «se expone a sí mismo a la observación de segundo orden»⁹⁰. Los criterios de justicia son agentes problematizadores. El derecho no puede descansar en la justicia, instalarse en ella, en la pretensión de ser justo. La justicia lo inquieta, lo irrita, lo trastorna permanentemente. Mantiene la diferencia.

Por otra parte la justicia no se vincula con la vieja idea de perfección, con la que ya no pueden trabajar las sociedades actuales⁹¹. No aparece como lo que afianza el derecho sino como una «fórmula de contingencia (*Kontingenzformel*)» que lo abre a otras posibilidades, en una sociedad en la que el horizonte de las posibilidades cambia constantemente⁹². La justicia es contingente y produce contingencia

⁹⁰ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 278, 279 y 297; *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 218.

⁹¹ ID., «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», cit., pp. 378 ss.

⁹² *Ibidem*, p. 387; *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 280 ss. Si, como leemos en ID., *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, tr. C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, la contingencia es un «valor propio» o rasgo característico de nuestro mundo (p. 87), se impone «renunciar a la esperanza de absorber contingencia mediante perfección» («Gerechtigkeit...», cit., p. 384), tal como pretendía el concepto clásico de justicia. La justicia no consiste en aproximarse cada vez más a un derecho perfecto sino en una «fórmula de control» para el «proceso de autoselección y autosustitución del derecho» (*Ibidem*, p. 394). Las fórmulas de contingencia se caracterizan porque «transforman contingencia indeterminable en contingencia determinable y así identifican sistemas». Ejercen una función limitadora descartando otras posibilidades, pero no sirven propiamente como «criterios de selección» (*Ibidem*, p. 387). Por ejemplo la justicia exige tratar de modo igual lo igual y de modo desigual lo desigual. Suministra el esquema de observación igual-desigual, lo que implica buscar puntos de vista para comparar, pero no concreta más y deja abierto el problema de cómo encontrarlos. La justicia no es un criterio de selección que se encuentre «junto a otros criterios de selección del sistema»; no es un «supercódigo» del sistema, como quisiera Rawls. Esto implica que «se debe aceptar la norma de justicia sin que se pueda prever qué decisiones surgirán a partir de ella», sin saber cómo se efectuará «la autoespecificación de la fórmula», *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 283 y nota 21, y 281. Dirá también Luhmann que las fórmulas de contingencia son «símbolos» que actúan como un «catalizador» para la elaboración de la complejidad propia de los sistemas, *Funktion der Religion*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 201 y 207. Proporcionan una «semántica propicia» para dinamizar el sistema y «se estabilizan a sí mismas en la medida en que se aplican y se vuelven a aplicar en una relación recursiva» referida a la estructura y a las operaciones del sistema, de manera que «se vuelve plausible» que «son necesarias». Sólo se pueden fundamentar «de modo circular (o si se quiere, sólo de manera pragmática)», *La Ciencia de la Sociedad*, cit., pp. 285 y 286. Constituyen un «punto ciego» para la autoobservación del sistema, *La religión de la sociedad*, trad. L. Elizaincín, Madrid, Trotta, 2007, p. 130. Se trata siempre de «autorreferencia». La justicia es «un “principio” que se fundamenta a sí mismo», o que «no tiene necesidad de fundamentarse», *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 279 y 284. Por otra parte estas fórmulas «invisibilizan» su función, «entorpecen la visibilidad» en lo referente a la tautología constitutiva del sistema, y así facilitan su despliegue, *La Ciencia de la Sociedad*, cit., p. 285. Por ejemplo cuando creemos que el derecho se mueve a impulsos de exigencias de justicia tendemos a olvidar que es derecho lo que el derecho considera como tal.

en el derecho. Ejerce una «provocación (*Provokation*)» que «introduce una bifurcación (*Bifurkation*) en el sistema», que de otro modo tendería a la repetición. Genera «situaciones abiertas para la toma de decisión», decisiones que se pueden decidir de otro modo, en la medida en que logra «exponer las decisiones a otros procesos de observación»⁹³.

La diferencia entre derecho y justicia, con su larga historia detrás, sigue siendo un rasgo específicamente moderno. La modernidad se caracteriza por su insistencia en los procesos de diferenciación, y el pensamiento de la justicia es una de sus principales manifestaciones⁹⁴. Incluso la diferenciación moderna se ha expresado en la aspereza de categorías recortadas de modo tajante y tensadas al máximo, como era característico del pensamiento kantiano, con su predilección no sólo por las dicotomías sino también por las antinomias. Se han vivido disyunciones muy fuertes.

Sin embargo lo propio de la postmodernidad es la «diferenciación»⁹⁵. El riesgo actual consiste en una diferenciación deficiente o insuficiente que desdibuje la diferencia. El problema no es tanto que no sepamos positivamente qué es lo justo o cómo fundamentarlo sino que no podamos establecer y mantener con suficiente precisión el contraste afilado entre derecho y justicia, la polaridad⁹⁶. Lo preocupante no sería ahora la turbulencia sino la relajación, la distensión, la indiferencia.

Se ha advertido que en la actual modernidad prima una «lógica de la equivocidad», incluso de la «relación imprecisa». Ahora «se fluidifican y se borran los límites, los fundamentos y las distinciones básicas de las sociedades modernas»⁹⁷. La llamada «modernidad líquida» representa un poder disolvente y por tanto una regresión, con su pre-

⁹³ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., p. 299; *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 237. BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial*, cit., recuerda que «los riesgos se basan siempre en decisiones, es decir, presuponen la posibilidad de decidir». Los riesgos «resultan de la transformación de inseguridades y peligros en decisiones (y fuerzan decisiones que a su vez engendran riesgos)». Además, «paralela a la obligación de tomar decisiones, crece la indecidibilidad de unos problemas sobre los que no obstante hay que decidir», pp. 157 y 264.

⁹⁴ Confirma N. LUHMANN, «La diferenciación de la sociedad», en ID., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. J. Beriain y J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, que la modernización de la sociedad implica «un proceso de creciente diferenciación sistémica y de pluralización» (p. 75).

⁹⁵ Cfr. LASH, S., *Sociología del posmodernismo*, trad. E. Eguía, Buenos Aires, Amorrortu, 1997, pp. 22 ss.

⁹⁶ No es el saber sino el contraste lo que suele desencadenar el pensamiento de la justicia. Como señala RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, trad. A. Neira, Madrid, Siglo XXI Editores, 1996, «somos sensibles, ante todo, a la injusticia» y «el sentido de la injusticia no es sólo más punzante, sino más perspicaz que el sentido de la justicia, pues la justicia es, de ordinario, lo que falta, y la injusticia lo que impera». Por eso «es la injusticia la que primero pone en marcha el pensamiento» (p. 207).

⁹⁷ BECK U. y GRANDE, E., *La Europa cosmopolita: Sociedad y política en la Segunda Modernidad*, trad. V. Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 54 y 55.

dominio de lo dúctil y maleable, de una flexibilidad que reblandece y erosiona las configuraciones claramente definidas⁹⁸. En un territorio flotante, en una realidad porosa, sólo pueden encajar elementos fluidos y las tensiones acaban por diluirse.

Aún contando con ello habrá que intentar mantener un pensamiento de «conceptos duales» pero «no excluyentes», es decir de términos que «se complementan y se entrelazan», pero de modo que «en estos conceptos no desaparece toda diferencia» sino que se distinguen y se mantienen «polos específicos» en interacción⁹⁹. Para que siga siendo posible la pregunta por la justicia, la pregunta impertinente e irritante.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

⁹⁸ Me refiero a las tesis de BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, que presenta «la “fluidez” como una metáfora regente de la etapa actual de la era moderna» (p. 8). El «poder de licuefacción» (p. 13) actúa por doquier, disolviendo las formas clásicas.

⁹⁹ BECK U. y GRANDE, E., *La Europa cosmopolita*, cit., p. 55.

El desplazamiento de la discrecionalidad del legislador al juzgador: causas y recelos¹

Por RAMÓN RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén

RESUMEN

En nuestros días los jueces, y especialmente, el Tribunal Constitucional, gozan de un amplio margen de discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del creciente recurso a los principios jurídicos, dada la vaguedad que caracteriza a este tipo de normas. Si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Entre estas medidas, pueden proponerse algunas como la mayor vinculación de los órganos jurisdiccionales al precedente o la búsqueda de fórmulas que hagan del Tribunal Constitucional un órgano más representativo de la sociedad.

Palabras clave: *Principios jurídicos, Tribunal constitucional, discrecionalidad, precedente, legitimidad.*

ABSTRACT

Today judges, and especially the Constitutional Court, have wide discretion as a consequence, among other causes, of the increasing use of legal

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa Consolider «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE).

principles, given the vagueness which characterizes this type of standards. While it is true that this discretion is inevitable, so is that it must somehow be audited to prevent arbitrariness and resulting in posing a threat to the principles of equality and legal certainty. A number of such measures can be proposed, such as a greater linkage of the courts to the precedent or the search for formulas that make Constitutional Court more representative of society.

Key words: *Legal principles, constitutional court, discretion, precedent, legitimacy*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.—3. EL DESPLAZAMIENTO DE LA DISCRECIONALIDAD: DEL LEGISLADOR AL JUZGADOR.—4. ¿CÓMO LIMITAR LA DISCRECIONALIDAD? ESBOZO DE PROPUESTAS.

1. INTRODUCCIÓN

A nadie se le escapa que en nuestros días el juez —y, especialmente, el juez constitucional, al que prestaré especial atención en estas páginas— goza de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Ciertamente, como es de todos conocido, durante mucho tiempo se quiso ver a los jueces como meros aplicadores del Derecho, quienes, apoyándose en el denominado «silogismo bárbara»², no eran más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley³; una ley tan completa y racional que evitaría —como sugería Beccaria—, la creación judicial del Derecho por vía de la interpretación⁴.

No obstante, pronto se vio que el acto de interpretación y aplicación de la ley no era, en realidad, ni tan mecánico ni tan aséptico como se pretendía. Sino que como acreditara más tarde Kelsen «si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del obje-

² Vid. ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 97.

³ Según celeberrima expresión de MONTESQUIEU (*vid. Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 2002, p. 112).

⁴ Vid. GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 15.

to interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar y, por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco». Por lo tanto –continúa nuestro autor– «la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, sino a varias, todas las cuales (...) tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo», toda vez que –concluye–, «no existe genéricamente ningún método según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el “correcto”»⁵.

Lo cual venía motivado, en gran medida, por el hecho de que la ley no era tan racional como se pretendía, ni el Derecho tan pleno ni tan coherente y que resultaba incapaz de dar respuesta a todos los litigios y conflictos que surgían en una sociedad cada vez más compleja, por lo que el juez habría de recuperar gran parte del protagonismo que tuvo en el pasado, produciéndose así un «desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho»⁶.

Y este protagonismo del juez se ha afianzado, y aun acrecentado, como consecuencia del «tránsito del Estado de Derecho sin ulteriores especificaciones hacia el Estado de Derecho constitucional»⁷ a partir, sobre todo, de la segunda mitad del siglo xx, donde hemos asistido a la llamada «rematerialización de la Constitución», expresión que alude al paso de unas constituciones predominantemente organizativas y procedimentales, que prácticamente se limitaban a disciplinar la vida interna del Estado, a unas constituciones fuertemente impregnadas de contenidos materiales con vocación de regular el conjunto de la vida social y estatal. Efectivamente, como es sabido⁸, la teoría jurídica europeo-continental de finales del xix concebía la Constitución como la regulación jurídica de la forma del poder y de los modos de creación del Derecho y, en consecuencia, básicamente conformada por normas de competencia y de procedimiento –esto es, por lo que la teoría constitucional suele llamar «parte orgánica» de la Constitución–, en tanto que el preámbulo, las declaraciones de derechos y otras disposiciones materiales se consideraban jurídicamente irrelevantes.

Este sería el modelo de Constitución propuesto por Kelsen⁹, quien la identifica con un conjunto de reglas sobre la creación de las normas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y sobre

⁵ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, U.N.A.M., México D.F., 1986, pp. 351 y 352.

⁶ GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, cit., p. 23.

⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, C.E.P.C., Madrid, 1998, p. 62.

⁸ Como nos recuerda Gloria Patricia LOPERA MESA en *Cuadernos de Investigación de la Universidad EAFIT*, núm. 16, 2004, p. 45.

⁹ Vid. KELSEN, Hans, «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 142 y 143.

el procedimiento de la legislación, excluyendo, idealmente, normas de contenido material que establezcan principios, directivas y límites al contenido de las futuras leyes. Evidentemente, Kelsen reconocía que, de hecho, las constituciones contienen también cláusulas de este tipo, pero opinaba que el alto grado de indeterminación que presentan estas normas hace que solo quepa entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios demasiado abiertos a la discrecionalidad. De ahí que resultara equivocado para Kelsen interpretar las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad o la libertad como directivas relativas al contenido de las leyes, y más aun emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, pues ello implicaría un impropio desplazamiento de poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional –por ello aconsejaba, con el fin de evitar tal desplazamiento, que se evitaran este tipo de contenidos y, en todo caso, que se formularan del modo más preciso posible–.

No obstante, lejos de atender las recomendaciones de Kelsen¹⁰, las mayor parte de las constituciones promulgadas a lo largo del siglo pasado siguieron la senda ya iniciada por la de Weimer, entre otras, acentuando la presencia de contenidos valorativos –principios y derechos– expresados en su mayoría en un lenguaje deliberadamente impreciso y utilizados además como parámetro de validez de las normas constitucionales. Se produce así –al menos aparentemente– un reforzamiento del carácter estático del Derecho como consecuencia de la omnipresencia de la Constitución y el consiguiente «efecto de irradiación» de los principios constitucionales¹¹.

Antes de avanzar en las consecuencias de tal rematerialización de la Constitución conviene detenernos, siquiera sucintamente, en dar cuenta del tipo de normas que son los principios, toda vez que, en efecto, mientras los contenidos orgánicos y procedimentales de la Constitución generalmente se expresan a través de normas que interpretamos como reglas, la incorporación de contenidos sustanciales se realiza, en cambio, a través de la clase de normas que se suelen denominar principios.

Se trata de unas normas que presentan una gran proclividad a entrar en colisión con otros contenidos constitucionales y que requieren un tipo de interpretación, de argumentación, de aplicación y de resolución de conflictos distinto al que se emplea en relación con las reglas¹²,

¹⁰ Continúa LOPERA MESA en «La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados», cit., p. 51.

¹¹ Vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit, p. 64.

¹² Sostiene en este sentido Prieto Sanchís que «la técnica de la subsunción no es aplicable a los principios y derechos constitucionales que presentan de forma abierta el supuesto de hecho o la condición de aplicación; mejor dicho, no es que no sea aplicable, es que sucede con frecuencia que un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva o

debido a su alto rango de indeterminación. Señala en este sentido Barranco Avilés que esta característica da lugar a que nos encontremos ante normas especialmente imprecisas, que frecuentemente remiten a conceptos no específicamente jurídicos y que contienen exigencias que en la práctica pueden resultar contradictorias, lo cual es especialmente problemático si tenemos en cuenta que estamos, como ya se ha señalado, ante «el instrumento normativo en el que se contienen los criterios de validez de las restantes normas del sistema, por lo que el sentido del que se dote a sus términos limitará los significados posibles de los restantes documentos jurídicos»¹³. No obstante, tienen la ventaja de dotar al lenguaje jurídico de una gran capacidad inclusiva, cualidad que reviste especial importancia en materia constitucional, como veremos más adelante.

2. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Como señala García Figueroa, la frecuencia con que los estudiosos del tema se han referido a los principios solo es comparable con el grado de ambigüedad y vaguedad que afecta a esta noción en manos de los juristas, hasta el punto de que la pluralidad de significados que se atribuye al término «principio» obstaculiza la caracterización nítida de esta categoría de normas; no obstante, «quizás las diferencias entre los autores respondan más a la asignación estipulativa de la centralidad a cierta propiedad en perjuicio de otras, que a una genuina discrepancia ontológica»¹⁴.

Este hecho se explica –continúa García Figueroa¹⁵– porque los principios se han mostrado extremadamente versátiles –versatilidad

con el derecho de propiedad y los derechos sociales. Y tampoco resultan operativos los conocidos como criterios de resolución de antinomias; no lo son claramente el jerárquico y el cronológico, pero tampoco el de especialidad» (PRIETO SANCHÍS, LUIS, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 161).

¹³ BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 20.

¹⁴ Vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit. p. 42. Y Díez Picazo ha sentenciado que sobre los principios «mucho se habla y poco se precisa» (vid. DÍEZ PICAZO, L., «Presentación» en Larenz, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de L. Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1985, p. 14). Tampoco ayuda a la caracterización de los principios el hecho de que su concepción haya cambiado en gran medida en los últimos tiempos –señala Mario Ruiz– como consecuencia del carácter normativo atribuido a las constituciones en nuestros días y de la inclusión en las mismas de un gran número de principios explícitos considerados como «normas expresamente formuladas, sobre todo por lo que respecta a los derechos fundamentales (...), que constituyen al mismo tiempo un límite sustantivo a la producción de normas jurídicas inferiores» (RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 105).

¹⁵ Vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit., p. 43.

que tiene mucho que ver con su éxito—, interviniendo en tareas tan dispares y relevantes como son sellar el ordenamiento jurídico, es decir, garantizar su plenitud; «informarlo», esto es, conferirle unidad y coherencia; reformular o racionalizar los contenidos del Derecho o, lo que es lo mismo, contribuir a economizar el sistema; o, en fin, justificar el rechazo del positivismo jurídico.

También Aarnio¹⁶ sostiene que la discusión sobre los principios se ha visto impedida frecuentemente por una ambigüedad que se refiere a su noción misma. Sin embargo, a su juicio, tales dificultades conceptuales pueden reducirse si efectuamos una distinción entre varios tipos de principios. Tendríamos, por un lado, aquellos principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico, por ejemplo, el principio del Estado de Derecho, la presunción del legislador racional o el principio de la propiedad privada. Los valores ideológicos básicos incluyen también, entre otros, principios morales que expresan concepciones generales sobre la familia, las relaciones sexuales y el cuidado de los niños —en algunos casos, estos principios se expresan también en normas legales, o constituyen explícitamente las bases de las instituciones jurídicas, pero rara vez son mencionados como razones públicas para las decisiones jurídicas—.

Y, sobre todo, tenemos los principios jurídicos positivos, que están expresamente recogidos en las normas legales o, al menos, se encuentran presupuestos en ellas como razones para la toma de decisiones jurídicas. Dentro de esta categoría hay diversas modalidades —siempre según Aarnio—, tales como:

a) Los principios formalmente válidos que se recogen expresamente en los textos legales, como los principios que regulan derechos humanos básicos, sociales o políticos: la libertad de expresión y asociación, la igualdad y la seguridad social. Algunos se manifiestan también en el ámbito jurídico-privado, como la protección del trabajador en el Derecho laboral y el principio de buena fe en el Derecho de contratos.

b) Las generalizaciones jurídicas que, a diferencia de los anteriores, no se encuentran normalmente especificadas en los textos legales, sino que se fundan en la denominada «inducción», sea lo que ésta sea desde el punto de vista teórico, mediante la que un estudioso o un juez generalizan, a partir de varias normas individuales (reglas), un principio que abarca a todas ellas.

c) Los principios relativos a la toma de decisiones, como la máxima *audiatur et altera pars*, o *nulla poena sine lege praevia* o el principio de legalidad del Derecho penal que incluye la prohibición de la analogía *in malam partem*. Muchos de estos principios han sido táci-

¹⁶ Vid. AARNIO, Aulis, «Reglas y principios en el razonamiento jurídico», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, pp. 595 y 596.

tamente aceptados en la comunidad jurídica e institucionalizados en la tradición jurídica occidental y, como tales, forman parte del Ordenamiento justificando a su modo las decisiones jurídicas. Algunos principios de este tipo han sido, no obstante, explícitamente recogidos en las leyes.

d) Están, por último, los principios extrasistemáticos; si bien sólo las normas jurídicas son formalmente válidas, aun así, los principios morales pueden ser significativos en el razonamiento jurídico al modo de las denominadas fuentes posibles [*may-sources*] del Derecho. En un contexto jurídico, el argumento moral pasa a ser legal; dicho de otro modo, el principio moral «extra-jurídico» se convierte en jurídicamente relevante.

Como vemos, no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria, ni poseen unos caracteres comunes –además del hecho de que mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto–. No obstante, se puede sostener –siguiendo a Atienza y Ruiz Manero¹⁷– que existen características esenciales comunes a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad.

Estos rasgos, a su vez, suelen argüirse para distinguirlos de las reglas, junto con la circunstancia de que los principios, a la hora de aplicarse, deben ser ponderados (o, al menos, son ponderables); esto es, «mientras que los principios suelen reclamar la intervención activa del operador jurídico, las reglas no la exigen o bien lo hacen sólo en menor medida»¹⁸.

En este sentido, Alexy¹⁹ señala que un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios radica en que las reglas serían «mandatos definitivos» o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Sin embargo, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son «mandatos de optimización», caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–.

Puede decirse, así, que en los principios siempre existe algún elemento estructural que permanece abierto hasta que es «cerrado» por el

¹⁷ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «Sobre principios y reglas», en *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 103.

¹⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit., p. 131.

¹⁹ Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, pp. 81 a 98.

intérprete al aplicar la norma al caso concreto, de modo que su contenido definitivo será finalmente más reducido que el aparente o *prima facie*²⁰ –no obstante, como advierte Mario Ruiz²¹, en verdad no puede decirse que los principios presenten la propiedad de ser cumplidos en diversos grados, sino que, después de determinarse su prevalencia o no en un caso concreto, se cumplen o no se cumplen–.

Ahora bien, la distinción entre reglas y principios –continúa Alexy– se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios. Así, a diferencia de cuando se produce un conflicto de reglas contradictorias, que se soluciona bien introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o bien, lo que es más habitual, declarando inválida una de las reglas por medio de la aplicación de alguno de los criterios de resolución de antinomias, cuando lo que chocan son dos principios (dos derechos fundamentales, por ejemplo) no estaríamos propiamente ante una contradicción, sino ante una *tensión* entre normas, dado que ninguna de ellas goza, a priori, de primacía frente a la otra, toda vez que la necesidad de armonizar los principios –y, especialmente, los derechos– supone que sus límites no pueden ser determinados ni previa ni exhaustivamente, sino según las circunstancias concretas.

En efecto, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto y al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido.

No obstante, se puede objetar contra la concepción de los derechos fundamentales como principios a optimizar y de la técnica de la ponderación, que podrían conducir a una relativización del contenido de los derechos fundamentales que en algunos casos permitiría incluso su negación definitiva. Por ello, si bien la caracterización de los principios como mandatos de optimización representa una convención interpretativa que de hecho es utilizada por los tribunales constitucionales y que ofrece una descripción coherente del modo en que los contenidos iusfundamentales son entendidos y aplicados, se enfrenta

²⁰ Coinciden en este punto Mario Ruiz (*vid.* RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., p. 116) e Isabel Garrido (*vid.* GARRIDO GÓMEZ, M.ª Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 209).

²¹ *Vid.* RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., p. 121.

al riesgo de que tales contenidos garanticen «demasiado poco» y, con ello, de disminuir su potencial limitador del poder, en el que en definitiva, reside su valor.

Por otro lado, como señala el propio Alexy²², el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Esta sería la conocida como «tesis débil de la separación», que defiende que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción estructural o lógica. Entre los partidarios de esta tesis destaca Prieto Sanchís, quien escribe que «quienes sostienen que dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas». En definitiva, para Prieto Sanchís, la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe Gianformaggio –citado por aquél– «la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación»²³.

3. EL DESPLAZAMIENTO DE LA DISCRECIONALIDAD: DEL LEGISLADOR AL JUZGADOR

En cualquier caso, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el ya señalado fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad²⁴. En efecto, dada la vaguedad de su formulación, su carácter potencialmente conflictivo y la ausencia de una jerarquía preestablecida para resolver sus conflictos, los principios comportan una delegación de poder decisorio que recae, finalmente, en el juez, puesto que es a la luz del caso donde por lo general emergen las colisiones de principios y, por tanto, solo en el momento de la adjudicación es posi-

²² Vid. ALEXY, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 140.

²³ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 7, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47 a 63.

²⁴ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», cit., p. 173.

ble determinar su contenido definitivo, esto es, lo que tiene que decir en cada caso. Y no olvidemos que su decisión va a tener una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, «en este contexto, «ponderar» no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución «intermedia», que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que, de algún modo, aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro»²⁵.

En este sentido, señala Cabra Apalategui²⁶ que este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación –pues, en efecto, hay espacio para la subjetividad «en la graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión»²⁷–. En definitiva, se puede sostener, con Rafael de Asís, que la ponderación es algo enormemente valorativo, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, por lo que «hay que ser conscientes de que su uso expresa la opción de una determinada posición de índole ético y político»²⁸.

Asimismo, no debemos olvidar que la labor de los órganos judiciales y, muy en concreto, del Tribunal Constitucional en relación con los principios jurídicos va mucho más allá de la resolución de las tensiones que se producen entre los mismos. Ciertamente, éste va a ser el órgano competente para la atribución concluyente de significado a los principios, por lo que está facultado para decidir, incluso, si el significado atribuido por el legislador está jurídicamente justificado²⁹. Podemos, así, llegar tan lejos como afirmar que tal situación «tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación desde el momento en que el legislador ya no es soberano: está sometido a la Constitución y a un órgano específico que controla, desde el punto de vista de su constitu-

²⁵ GUASTINI, Riccardo, «Principios de Derecho y discrecionalidad judicial», trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999, p. 44.

²⁶ Vid. CABRA APALATEGUI, José Manuel, «Racionalidad y argumentación jurídica», en *Derechos y libertades*, núm. 9, 2000, p. 170.

²⁷ Vid. GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, cit., p. 211.

²⁸ Asís ROIG, Rafael de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 112.

²⁹ Vid. BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 98.

cionalidad, sus decisiones normativas»³⁰. En definitiva, es posible sostener que lo que parecen hacer los principios constitucionales es «cercear la discrecionalidad del legislador, mostrándose, en cambio, como dúctiles instrumentos en manos del juez»³¹. Ciertamente —en palabras de García Figueroa—, el «efecto de irradiación» de los principios constitucionales al que antes me he referido da como resultado una verdadera «omnipotencia de los tribunales»³².

Se hacen así realidad los temores de Kelsen: los tribunales constitucionales de nuestro tiempo han acabado por desplazar, al menos en cierto sentido, a los parlamentos como órganos últimos de decisión. En efecto, como es sabido, los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes actualmente existentes se han elaborado a partir de tres modelos que, en líneas generales, pueden caracterizarse como el modelo francés del *Conseil Constitutionnel*, el *judicial review* norteamericano y el modelo adoptado en la mayor parte de Europa tras la Segunda Guerra Mundial inspirado en el esquema diseñado por Kelsen, que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austríaca de 1920. Consiste este último en una jurisdicción concentrada en un único Tribunal, separado del resto de los tribunales y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total abstracción de los conflictos e intereses que subyacen tanto a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de las mismas.

En buena medida, el rango definidor del sistema kelseniano residía —como señala Marina Gascón³³—, en la estricta exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referentia fáctica: la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional venía a representar, así —continúa Marina Gascón³⁴—, un intento de recuperación de unas dosis de racionalidad: de un lado porque pretendía garantizar la supremacía de la Constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento; de otro, porque asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, quiso recuperar

³⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 100.

³¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», cit., p. 173.

³² Vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit., p. 55. Se matiza, así, el carácter estático del Derecho en un Estado Constitucional, toda vez que la última palabra sobre la validez de las normas jurídicas la va a tener un órgano competente para tal fin, que va a gozar de un amplio margen de maniobra, reforzándose, por tanto, en cierto modo, el carácter dinámico del Ordenamiento.

³³ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, p. 63.

³⁴ Vid. *ibidem*, p. 64.

uno de los ideales de la filosofía iluminista y de la codificaciones, cual es el de la aplicación «lógica» y controlable del Derecho.

Un Tribunal Constitucional separado de la justicia ordinaria se justificaba, precisamente, por las exigencias de alcanzar ese objetivo; dichas exigencias se concretaban, fundamentalmente, en dos: en primer lugar, verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología; y en segundo término, adoptar como exclusivo parámetro de enjuiciamiento una Constitución concebida como regla procedimental y de organización y no como generadora de problemas morales y sustantivos.

No obstante, los sistemas de control abstracto y concentrado de inspiración kelseniana, como el alemán, el italiano o el español se han emancipado de su patrón original en diversos sentidos: en primer lugar, porque los tribunales constitucionales en la actualidad se erigen en verdaderos legisladores positivos que no limitan su tarea a la anulación de leyes inconstitucionales, sino que además fijan autoritativamente las interpretaciones constitucionales admisibles en un precepto legal mediante sentencias interpretativas, cuando no sustituyen o adicionan la voluntad del legislador a través de las llamadas sentencias manipulativas. En segundo lugar, por la apertura de los altos tribunales a los discursos de aplicación, lo que los sitúa más allá de la esfera de control abstracto, convirtiéndose, además, en un juez que inevitablemente conoce de hechos debido a su función de garante de derechos fundamentales en supuestos concretos de vulneración. En tercer lugar, porque la consideración de cuestiones fácticas no tiene lugar sólo cuando la Corte revisa sentencias de tutela, sino también en el control de constitucionalidad de las leyes, pues, en contra de la pretensión de Kelsen, éste no puede limitarse a ser un juicio de compatibilidad lógica entre normas en el que solo intervienen premisas normativas; ello no es posible –como nos recuerda Lopera Mesa³⁵– en los llamados casos difíciles, en los que la aplicación de criterios como el principio de proporcionalidad promueven el debate en torno a cuestiones empíricas, relacionadas con la idoneidad de la norma enjuiciada para contribuir al logro de su finalidad (lo que supone un examen de su eficacia) o el grado de afectación que la intervención legislativa produce en derechos fundamentales, todas las cuales requieren dar entrada a la consideración de premisas empíricas y a elementos probatorios en el juicio de constitucionalidad de la ley.

Finalmente, figuras como el amparo o la cuestión de inconstitucionalidad favorecen la expansión del control y el desvanecimiento de las fronteras entre justicia ordinaria y constitucional, debilitando el mono-

³⁵ Vid. LOPERA MESA, Gloria Patricia, «La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados», cit., p. 43.

polio del Tribunal Constitucional para aplicar directamente contenidos constitucionales (específicamente, derechos fundamentales) y enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Por tal razón, se afirma con frecuencia que en la actualidad el modelo europeo de justicia constitucional, no obstante su carácter predominantemente concentrado, no presenta grandes diferencias con el sistema norteamericano y, antes bien, se encuentra más próximo a este último que a la lógica propia del modelo kelseniano.

De modo que, como ya se dijo al principio de este trabajo, «la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional»³⁶.

A pesar de ello, son varios los recelos que suscita este desplazamiento de la discrecionalidad al juez y, especialmente, al juez constitucional. Así, en primer lugar, habría que asegurarse de que, en efecto, sus decisiones estén presididas por la racionalidad. En este sentido, Prieto Sanchís, si bien concede que «seguramente en el proceso que conduce a la decisión judicial intervienen factores psicológicos y culturales de difícil control», no obstante, «aquella se caracteriza también por aparecer en forma racionalizada, es decir, por contener una serie de enunciados destinados a explicar y justificar la conexión entre una previa información fáctica y normativa y el fallo que expresa la norma individual»³⁷.

Por otro lado, nos encontramos ante un riesgo evidente de quiebra de un principio tan básico como es el de seguridad jurídica, que, no lo olvidemos «garantiza a los individuos la capacidad de predicción de las actuaciones del poder y la calculabilidad de sus propias acciones favoreciendo la libre elección de planes y proyectos de vida»³⁸. No obstante, por lo que respecta a esta segunda preocupación, el profesor Ansuátegui sugiere que, desde una determinada perspectiva, se puede afirmar todo lo contrario, esto es, que, precisamente, la Constitución, a pesar del carácter abierto de muchas de sus disposiciones, «al representar un marco de estabilidad y previsibilidad que en la actualidad ya

³⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», cit., p. 173.

³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 12.

³⁸ CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 143.

no puede garantizar la ley, que hoy es rápida, inestable, cambiante, contribuye a la seguridad jurídica»³⁹.

Pero, sobre todo, parece preocupante que tamaño poder esté en manos de un órgano que carece de legitimidad democrática directa (si bien, nadie pone en duda su legitimidad de ejercicio). Podemos, así, hacernos las recurrentes preguntas de las que da cuenta Prieto Sanchís, «¿qué legitimidad ostenta un cuerpo judicial para limitar o sostener a las mayorías parlamentarias? ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?»⁴⁰.

Dos son las respuestas que pueden darse a estas preguntas. La primera de ellas data de hace más de dos siglos y la proporcionaba *Publius* –Alexander Hamilton, James Madison y John Jay⁴¹– a aquellos que criticaban que en la nueva Constitución federal para el conjunto de los recientemente independizados Estados Unidos de América, cuya ratificación se estaba debatiendo, se incluyera la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, en virtud de la cual –aducían éstos– el poder judicial se colocaría por encima del legislativo. La justificación que se expone en *El federalista* de esta potestad del Poder Judicial partía de la idea de que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo con la finalidad fundamental de hacer que éste se mantenga dentro de los límites asignados a su autoridad sin vulnerar la de aquél que, al fin y al cabo, es el soberano. Ahora bien, la autoridad y la voluntad suprema del pueblo se expresan en la Constitución, por lo que si el Congreso legisla contra el texto fundamental, en realidad lo está haciendo contra la voluntad popular, por lo que sus decisiones deben ser anuladas. Pero «esto no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad del Congreso, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última en preferencia a las primeras»⁴².

La segunda respuesta anunciada tiene que ver, a su vez, con esta otra pregunta, también muy habitual: si la ley es la expresión de la voluntad general y esta no puede enajenarse, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras? Cierta-

³⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho*, cit., p. 104.

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, «Tribunal constitucional y positivismo jurídico», cit., p. 161.

⁴¹ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay quienes, conjuntamente, bajo el seudónimo de «Publius», publicaron una serie de artículos en diversos periódicos neoyorquinos entre 1787 y 1788 en apoyo del proyecto de Constitución Federal para los EE.UU. que, con algunas adiciones, aparecieron en forma de libro en 1788, con el título de *El federalista*.

⁴² Vid. MADISON, James, Alexander HAMILTON y John GRAY, *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, F.C.E., México, 1998, p. 332.

mente, puede sostenerse que la legitimidad democrática de las constituciones rígidas se atenúa con el paso del tiempo, pues cuanto más amplia es la brecha entre las decisiones del constituyente y las de la generación presente, tanto más se intensifica la «tiranía del pasado», a la que se refieren los críticos del precompromiso constitucional. Sin embargo, este déficit de legitimidad puede atenuarse en la medida en que las constituciones permitan un suficiente margen de indeterminación en sus contenidos, en especial los referidos a derechos, pues de este modo se deja en manos de generaciones futuras la posibilidad de establecer el contenido específico de aquellas expresiones indeterminadas y de resolver las colisiones entre principios conforme a las concepciones valorativas vigentes en un momento dado, lo que no sucedería si el texto constitucional expresara sus contenidos de manera categórica y detallada.

De este modo, la capacidad inclusiva de los principios contribuye a compensar la potencial ilegitimidad democrática de las constituciones rígidas, permitiendo una especie de división intergeneracional de la labor constituyente mediante la cual cada generación dota de contenido a los principios y resuelve las colisiones entre los mismos según las concepciones valorativas propias de su tiempo, lo que no sería posible si la Constitución respondiera en su conjunto a un modelo de reglas. Y aquí es donde el juez constitucional puede jugar un papel decisivo no entorpeciendo una legítima y natural evolución en la atribución de significados por parte del legislador a los principios constitucionales, e incluso, adoptando él mismo estos nuevos significados, introduciendo, así, por vía interpretativa en el Ordenamiento la moral prevalente de la sociedad de su tiempo.

4. ¿CÓMO LIMITAR LA DISCRECIONALIDAD? ESBOZO DE PROPUESTAS

En cualquier caso, y a pesar de estos argumentos, parece oportuno que se establezcan algunos mecanismos de control de la discrecionalidad de las decisiones de un órgano que, como ya se ha mencionado, carece de legitimidad democrática directa y cuyas competencias son tan trascendentales, con el fin de evitar, por un lado la posibilidad de que se vulnere el principio de igualdad y, por otro, que sus opciones ideológicas, políticas o morales prevalezcan sobre las de la sociedad. De lo que se trata, en definitiva, es de acercarnos lo máximo posible al ideal del «gobierno de las leyes, no de los hombres»⁴³.

⁴³ Señala en este sentido Endicott que ya Aristóteles era consciente de que el imperio de la ley podía ser imposible debido a la indeterminación jurídica, y que, en efecto, con frecuencia parece que no hay ninguna escapatoria al gobierno de los hombres. Indica también que «para dar sentido al ideal del imperio de la ley, tenemos que

Dos son las medidas que se podrían aventurar y esbozar sucintamente en estas páginas: la primera, el reforzamiento de la vinculación al precedente de los tribunales en general y del Tribunal Constitucional en particular; la segunda, buscar fórmulas para dotar de una mayor legitimidad democrática y representatividad al alto tribunal.

Así, en primer lugar, como señala Isabel Garrido⁴⁴, la Ciencia del Derecho muestra un interés cada vez mayor por el valor de los precedentes como consecuencia, seguramente, del acercamiento de los sistemas jurídicos continentales y de *common law* y de la evolución del modelo de razonamiento jurídico. Y es que, sin duda, la práctica del precedente posee una relevancia mayor de la que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Ordenamiento.

En efecto, entre otras virtudes, el precedente materializa el principio de igualdad porque hace necesario que se dé un tratamiento normativo igual a los supuestos que reúnen condiciones fácticas semejantes. Ciertamente, el principio de igualdad en la aplicación judicial de las leyes precisa que no sea posible modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos y, cuando los jueces estimen que debe haber un apartamiento de sus precedentes, la fundamentación habrá de ser suficiente y razonable. De este modo, «los precedentes aportan una mayor fuerza fundamentadora, puesto que conllevan unos criterios de interpretación que han de estimarse por el juzgador para asegurar la reflexividad de sus nuevos criterios discrepantes»⁴⁵.

Más en concreto, el respeto al principio de igualdad debería implicar el respeto a estos otros tres principios: el primero expresa la necesidad de no otorgar la posibilidad (no motivada expresamente) a los tribunales de modificar decisiones ya consolidadas sin que se produzcan cambios en las normas; el segundo se mueve en torno a la exigencia de previsibilidad que acompaña al Derecho y que debe afectar también a los órganos judiciales; el tercero se proyecta en la credibilidad de los tribunales, la cual aumenta sin duda cuando las diferentes decisiones pueden estructurarse de una manera coherente sin que se aprecien grandes oscilaciones⁴⁶.

Y sin embargo, sí existen reticencias desde distintos ámbitos jurídicos a conceder un excesivo valor vinculante al precedente, so pretexto de que, por un lado, podría suponer un atentado a la independen-

dar sentido necesariamente a la función creativa de los jueces (...) esto significa que «el gobierno de las leyes, no de los hombres» es una figura retórica del gobierno de las leyes, *libres del abuso de los hombres*» (ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J.A. Alcalá y J. Vega, Dykinson, Madrid, 2006, p. 289).

⁴⁴ Vid. GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, cit., p. 273.

⁴⁵ GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, cit., p. 271.

⁴⁶ Vid. ASÍNS ROIG, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, cit., p. 195.

cia judicial y, por otro, podría llevar a un anquilosamiento del Derecho, al impedir su necesaria evolución interpretativa⁴⁷.

No obstante, ambos argumentos pueden ser rebatidos. En el caso del primero, Rafael de Asís⁴⁸ puntualiza que con la consideración de que la independencia judicial se vería vulnerada en caso de exigir la vinculación al precedente (o, más correctamente, en caso de exigir la motivación expresa de los cambios en los criterios decisorios), se está defendiendo la posibilidad de que exista un poder público no vinculado a todos los principios constitucionales y que además pueda actuar sin una sujeción clara e incluso de forma arbitraria. Este tipo de argumentos no tienen en cuenta que la independencia judicial no se produce frente al Derecho. Un juez, como todo poder público, debe resolver casos iguales de idéntica forma, salvo que existan razones para no hacerlo, que deberá explicar.

Señala, en este sentido, Marina Gascón⁴⁹ que aunque el Derecho no ofrezca siempre una única respuesta correcta descubrible de igual forma *por cualquier intérprete*, hemos de suponer que dicha respuesta sí existe *para cada intérprete* individualmente considerado. En consecuencia, manteniéndose constantes las circunstancias de hecho y el marco normativo, cabe decir que es una exigencia de la argumentación racional que el intérprete formule siempre una *única* respuesta en presencia de los mismos supuestos; y es una exigencia de la argumentación racional porque lo que está aquí en juego no es algún resultado obtenido tras un debate intersubjetivo, sino una de las reglas fundamentales que ha de observar todo participante en un discurso práctico general, a saber: «todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes».

Respecto a la segunda objeción señalada, puede sostenerse que la vinculación al precedente no promueve el inmovilismo, sino la garantía de igualdad y seguridad. Las decisiones pueden variar y, de hecho, hay varios mecanismos para ello, pero parece obligado justificar el porqué del cambio, sobre todo cuando no han variado las normas y las circunstancias son parecidas. Es evidente que el intérprete debe adaptar las distintas situaciones al momento social y a sus circunstancias

⁴⁷ El mismo Tribunal Constitucional español se ha mostrado, con carácter general, reticente a la hora de aceptar explícitamente la fuerza del precedente. Las razones que explican esa reticencia parecen radicar en la posible petrificación que, según el Tribunal Constitucional, llevaría la aceptación sin reservas del mismo: «el artículo 14 de la Constitución no impone al órgano judicial que, en su función de aplicar el Derecho, haya de atenerse siempre al precedente para resolver cuestiones sustancialmente iguales, sin poder alterar sus criterios interpretativos, lo que conduciría a una petrificación de la experiencia jurídica y a cerrar toda posible evolución en la interpretación del Ordenamiento» (STC100/1988, F.J.3.º).

⁴⁸ ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, cit., p. 297.

⁴⁹ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 28 y 29.

pero, en este sentido, la defensa del valor del precedente solo va en la línea de exigir que el abandono de criterios anteriores se justifique expresamente⁵⁰.

Por otro lado, no cabe duda de que el precedente debería vincular también al propio Tribunal Constitucional, sobre todo porque si, como hemos visto, «el desarrollo de una argumentación racional no puede asegurar en todo caso el consenso ni la unidad de solución justa, en especial cuando ha de operar sobre el más o menos inestable mundo de valores y principios, parece que el respeto al propio precedente, como exigencia del principio formal de universalidad, se convierte en una última garantía de seguridad y certeza»⁵¹.

Respecto al reforzamiento de la legitimidad democrática y de la representatividad de los tribunales constitucionales, señala Barranco Avilés⁵² que, precisamente, un problema fundamental, pendiente en el contexto del Estado constitucional, es la construcción de una teoría desde la que se legitime la posibilidad de que las interpretaciones del Tribunal Constitucional prevalezcan sobre las del Parlamento. Este debate se enmarca en la sempiterna pugna entre derechos y democracia; como escribe, de nuevo Barranco Avilés, «en un modelo ideal, los derechos humanos y la democracia no se contraponen: la democracia se fundamenta desde los derechos como una exigencia de la autonomía y los derechos suponen un requisito de corrección de la decisión democrática; en el modelo real, sin embargo, la tensión es inevitable»⁵³.

En este contexto Habermas⁵⁴ puede ser citado como un defensor de la primacía de la democracia sobre los derechos y, en la cuestión que nos ocupa, de la «primacía» del Parlamento sobre el Tribunal Constitucional, respecto a cuya actividad expresa sus recelos.

Así, a su juicio, la competencia del Tribunal Constitucional sólo se legitima en tanto en cuanto se utilice para asegurar los derechos entendidos como condiciones de la autonomía pública y privada de los ciu-

⁵⁰ Así lo manifestaba, por ejemplo, Larenz: «el juez no debe aceptar, en cierto modo “ciegamente”, el precedente. No sólo está facultado, sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado, o si la cuestión, en el rectamente resuelta para su tiempo, tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio de la situación normativa o de todo el orden jurídico» (LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez, Ariel, Barcelona, 1994, p. 430).

⁵¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», cit., p. 83.

⁵² Vid. BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 134.

⁵³ BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 132.

⁵⁴ Vid. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 1998, pp. 314-332.

dadanos y, por lo mismo, de la democracia. Los derechos, pues, no deben interpretarse como valores, sino como condiciones procedimentales de la democracia que hacen posible la formación en libertad de la opinión y de la voluntad política. Y en cuanto al control abstracto de constitucionalidad, en el esquema de división de poderes exigido por la teoría del discurso, Habermas propone un modelo de control constitucional alternativo en el que las funciones del Tribunal Constitucional aparezcan reducidas a favor del Parlamento, que goza de legitimidad democrática por excelencia, esto es, el propio Parlamento sería el que lleve a cabo la revisión de su decisión mediante alguna fórmula de autocontrol. Al respecto, afirma este autor, que «es digna de tenerse en cuenta la consideración de si la revisión de tal decisión parlamentaria no podría efectuarse a su vez en forma de un autocontrol del legislador mismo, organizando tal autocontrol a modo de tribunal e, institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del Derecho».

Quizás no sería preciso llegar tan lejos, pero lo que sí parece necesario es reforzar la exigencias de racionalidad y de argumentación de los altos tribunales y, sobre todo, dotarlos de una mayor legitimidad democrática de origen –ya se ha señalado que nadie pone en duda su legitimidad de ejercicio– por medio de la instauración de unos procedimientos de elección de sus miembros más abiertos al conjunto de la ciudadanía, de modo que algunos de ellos fueran designados por organismos, instituciones, asociaciones y corporaciones de todo tipo representativas de la sociedad civil.

No debemos perder nunca de vista, en definitiva, que, como puntualiza David Lyons, la interpretación jurídica (en cuanto a descubrir el significado específico o las implicaciones de la ley vigente) no es un fin en sí misma sino que es un instrumento para la sentencia, que afecta a importantes intereses humanos; esto es, las decisiones judiciales no deben considerarse únicamente como proposiciones jurídicas, sino como aquello que se hace a las personas en nombre de la ley, y las consecuencias de estas decisiones judiciales van a repercutir profundamente en bienes tan valiosos como nuestra fama, nuestro capital, nuestra libertad y, en algunos lugares, incluso nuestra vida⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis: «Reglas y principios en el razonamiento jurídico», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000.
- ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997.

⁵⁵ LYONS, David, *Aspectos morales de la Teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 265.

- «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, núm. 5, 1988.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- ASÍS ROIG, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.
- *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: «Sobre principios y reglas», en *Doxa*, núm. 10, 1991.
- BARRANCO AVILÉS, M.^a del Carmen: *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel: «Racionalidad y argumentación jurídica», en *Derechos y libertades*, núm. 9, 2000.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia: *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.
- DÍEZ PICAZO, Luis: «Presentación» en Larenz, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de L. Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1985.
- ENDICOTT, Timothy A.O.: *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J.A. Alcalá y J. Vega, Dykinson, Madrid, 2006.
- GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y positivismo jurídico*, C.E.P.C., Madrid, 1998.
- GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994.
- GUASTINI, Riccardo: «Principios de Derecho y discrecionalidad judicial», trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999.
- HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 1998.
- KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988.
- *Teoría pura del Derecho*, U.N.A.M., México D.F., 1986.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez, Ariel, Barcelona, 1994.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia: *Cuadernos de Investigación de la Universidad EAFIT*, núm. 16, 2004.
- LYONS, David: *Aspectos morales de la Teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- MADISON, James, Alexander HAMILTON y John GRAY: *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, F.C.E., México, 1998.
- MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 2002.

- PRIETO SANCHÍS, Luis: «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa*, núm. 23, 2000.
- *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 7, Dykinson, Madrid, 1998.
- RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002.

Fecha de recepción: 25/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

La filosofía del derecho de Alessandro Baratta: el legado de una época

POR JOSÉ ANTONIO SANTOS ARNAIZ
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

RESUMEN

Algunos años después de la muerte de Alessandro Baratta (1933-2002) y una vez acabados los varios homenajes realizados a su persona, resulta pertinente exponer desde la mirada de un observador externo lo que significó su obra iusfilosófica. Ofrecer razones para el análisis jurídico-filosófico, más allá de su pensamiento criminológico, precisa conocer el contexto histórico, jurídico, ideológico y cultural al que se circunscribe su obra. En este aspecto cobra sentido el subtítulo: el legado de una época. Esto hace considerar que con Baratta se marchó, más que un intelectual del pensamiento jurídico, una determinada teoría del conocimiento. Es precisamente tal aspecto el que subyace a la totalidad de este trabajo. Pensando en paralelo, se procederá al análisis de los conceptos de ideología, naturaleza de la cosa, analogía y utopía utilizados en sus publicaciones de filosofía del derecho; enmarcados fundamentalmente en los ambientes iusnaturalistas y positivistas alemanes e italianos de la década de los cincuenta a los setenta del siglo pasado.

Palabras clave: positivismo jurídico, derecho natural, marxismo, naturaleza de la cosa, ideología, utopía.

ABSTRACT

Since it has been some years that the homages for Alessandro Baratta (1933-2003) have come to an end, taking a look at his legal-philosophical work from the standpoint of an outside observer will prove beneficial. In

order to provide the reasoning behind legal-philosophical analysis that goes beyond Baratta's thought on criminology requires knowledge in the areas of knowledge circumscribing his work – that is, its historical, legal, ideological and cultural framework. Hence, the subtitle of the present paper: the Legacy of an Epoch. This leads to the idea that Baratta's work, rather than being that of a thinker operating in the area of legal thought, was instead a type of theory of knowledge. It is precisely this aspect that underlies the totality of his work. In parallel to the above, analysis shall be made on the concepts of ideology, the nature of things, analogy and utopia as used in his publications in legal philosophy, as they are primarily circumscribed within German and Italian iusnaturalism and positivism from the 1950s through the 1970s.

Key words: *legal, positivism natural law, Marxism, nature of things, ideology, utopi.*

SUMARIO: 1. UN INTELLECTUAL EN LUCHA CON SU TIEMPO.—2. POSITIVISMO JURÍDICO E IDEOLOGÍA.—3. DERECHO NATURAL, NATURALEZA DE LA COSA Y ANALOGÍA.—4. RUMBO HACIA LA UTOPIA CONCRETA.—5. CONCLUSIONES.

1. UN INTELLECTUAL EN LUCHA CON SU TIEMPO

A estas alturas resulta innecesario realizar una semblanza de este pensador; incluso en su faceta de filósofo del derecho¹. No vendrá

¹ Con motivo de su muerte, las muestras de afecto fueron frecuentes en el ámbito académico, muchas de ellas canalizadas a través de homenajes, semblanzas y necrologías. De los homenajes recibidos, son varios los trabajos que hablan de su vida y obra como filósofo del derecho, cfr. BECCHI, P., «Alessandro BARATTA als Rechtsphilosoph», en *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. h.c.mult. Alessandro BARATTA*, Saarbrücken, Universität des Saarlandes, 2004, pp. 7-19; también es interesante, en cierta medida, el trabajo de F. SACK ahí incluido: «Von der Rechtsphilosophie zur Kriminalsoziologie. Kontinuität und Wandel im Werk Alessandro BARATTAS», pp. 35-41. Junto con BECCHI, uno de los autores que más objetivamente analiza a BARATTA (y con el que es posible coincidir en un alto grado) es R. BERGALLI, «Alessandro BARATTA: filósofo del derecho (penal) y de la política», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Serta in memoriam Alexandri BARATTA*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 165-182; en esta misma obra, cfr. ANTILLÓN, W., «Alessandro BARATTA. Variaciones sobre su vida y su pensamiento», pp. 73-84. También son destacables algunos trabajos del homenaje editado por MARRA, R. (ed.), *Filosofía e sociología del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006. Por ejemplo, DE GIORGI, R., «Contraddizione e paradosso. Ricordando Alessandro BARATTA», pp. 1-13; MARCONI, P., «Alessandro BARATTA: dalla filosofia alla sociología della pena», pp. 15-27; BERGALLI, R., «La sociología jurídico-penal de Alessandro BARATTA in Spagna e in America Latina», pp. 93-119; MESSNER, C., «Diritti umani e sicurezza. Realtà possibile e reali possibilità nel pensiero di Alessandro BARATTA», pp. 187-206. Para aspectos fundamentalmente jurídico-filosóficos, cfr. BECCHI, P., «Alessandro BARATTA (1933-2002)», *Rivista*

mal, sin embargo, traer a colación algunos datos para contextualizar y entender mejor el ambiente cultural de su época.

Baratta nació en Roma en 1933, en el seno de una familia de músicos. Realizaría estudios de Derecho y Filosofía en la Universidad de *La Sapienza*. Allí conocería a pensadores como Emilio Betti, Tulio Ascarelli y Carlo Antoni, pero sobre todo al que luego sería su maestro: el hegeliano Wider Cesarini Sforza.

En 1957, bajo la dirección de este último, obtendría su doctorado en Derecho con una tesis titulada *Il pensiero filosofico-giuridico di Gustav Radbruch*. Esta obra permanecería inédita, pero publicaría algunos trabajos sobre el pensamiento jurídico del profesor de Heidelberg². Radbruch, en aquella época, era uno de los juristas que más pervivían –y aún perviven– en el imaginario colectivo de la intelectualidad socialdemócrata alemana³. La lectura y el estudio de las dos etapas de Radbruch determinarían su camino no sólo en filosofía del derecho, sino también en derecho penal.

Este hecho le hizo abrir nuevos horizontes, por lo que decide marchar a Alemania. Entre 1956 y 1963 realizó sendas estancias de investigación en la Universidad *Albert Ludwig* de Friburgo de Brisgovia, primero como becario de la Fundación Alexander von Humboldt bajo la dirección de un solvente discípulo de Radbruch, Erik Wolf, en el *Institut für Rechtsphilosophie und evangelisches Kirchenrecht*; segundo, desde 1960 hasta 1963, como asistente en el *Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, dirigido por Hans Heinrich Jescheck. En esa etapa radica la mayor parte de su periodo de formación.

Internazionale di Filosofia del Diritto (RIFD), 79, 2002, 589-600. Existe versión española: «Alessandro BARATTA (1933-2002) In Memoriam» (trad. de Hugo Enrique Ortiz Pilares), *Doxa*, 25, 2002, pp. 27-36. Más en detalle sobre sus rasgos biográficos, cfr. RIVERA BEIRAS, I. y BERNAL, C., «Alessandro BARATTA: rasgos biográficos», *Anthropos*, 204, 2004, pp. 23-48 (23-31). Para una necrología a medio camino entre la filosofía del derecho y el derecho penal, cfr. SACK, F., «Nachruf auf Alessandro BARATTA», *Kriminologisches Journal*, 34, 2002, pp. 230-232.

² «Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, 45, 1959, pp. 505-537; la introducción y la traducción de *Der Geist des englischen Rechts* (1946), publicada en Giuffrè, 1962, pp. V-XXIV; las introducciones a los tomos 12 y 13 de las obras completas (*Gesamtausgabe*) de Radbruch. Su editor, Kaufmann, le encomendaría dicha tarea a Baratta, por la afinidad intelectual e ideológica que sentía éste por Radbruch. Los datos son: tomo 12 (*Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I*, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, pp. 1-20) y tomo 13 (*Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 1-20).

³ Cfr. AA.VV., *Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921-1923)*, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung/Forum Berlin, 2004. Incluye un trabajo de la entonces Ministra de Justicia del Partido Socialdemócrata, Brigitte Zypries, titulado *Gustav Radbruch como político del derecho*. Allí destaca el importante de los aspectos sociales en la configuración del derecho penal de Radbruch. La reforma del derecho penal era el núcleo jurídico-político de los esfuerzos de Radbruch. En este ámbito destaca su proyecto de 1922, que no llegaría a convertirse en ley por la dimisión, semanas antes, del gabinete, pp. 9-21 (13).

Al terminar este periodo, en 1963 se incorporó como docente a la Universidad de *La Sapienza* hasta 1968. No obstante, intercaló temporadas como profesor de Derecho Constitucional, entre 1964 y 1965, y de Filosofía del Derecho y Doctrina del Estado, de 1965 a 1968. En ambos casos, realizaría labores docentes como profesor visitante de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Gotinga, por un lado; y en la Universidad del Sarre, por otro. Por fin, en 1968, fue nombrado catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Camerino. Pocos años después, a finales de 1971, tomó posesión como sucesor de la cátedra de Maihofer de la Universidad de Sarrebruck (*Saarbrücken*)⁴. Desempeñaría su cargo en Alemania hasta su jubilación, momento que aprovecharía para dictar clases en la Universidad de Salento (anteriormente denominada *Università Degli Studi di Lecce*). Baratta siempre fue un italiano entre los alemanes y un alemán entre los italianos, una *rara avis*, un jurista híbrido a medio camino entre la filosofía del derecho italiana y la alemana.

Los inicios de su producción científica estaban insertos, sobre todo, en las lecturas de Hegel y de Marx. El idealismo hegeliano le resultó sugerente en su filosofía de la historia, que se vería claramente en sus primeros libros sobre filosofía del derecho penal. En cambio, la conocida máxima de Hegel: «Lo que es racional es real y lo que es real es racional»⁵, no le resultó del todo plausible. Este aforismo sufrió una vuelta de tuerca con los escritos de juventud de Marx, en los que se realizó una crítica a este idealismo y a su carácter abstracto, unido a un excesivo intento de ser racional⁶.

Baratta aprovechó lo mejor de la dialéctica hegeliana (con aquella crítica incluida), a la vez que tomó elementos del marxismo como la lucha de clases, el problema de las desigualdades y sobre todo la idea de *transformar* el mundo⁷. En este sentido, al igual que hizo Marx, optó por una reapertura de la historia, a través de su particular revolución contemporánea. De ahí que destacase siempre como un pensador crítico encuadrado en lo que podría ser un positivismo jurídico de corte marxista. A la vista de sus influencias y publicaciones es posible detectar el trazo de una dicotomía marxista entre las clases burguesa y

⁴ Más en detalle, sobre estos datos, RIVERA BEIRAS, I. y BERNAL, C., «Alessandro BARATTA: rasgos biográficos», *cit.*, p. 27. Maihofer aceptó la llamada de la Universidad de Bielefeld. Éste y Kaufmann apoyarían a BARATTA para que obtuviera la citada cátedra.

⁵ HEGEL, G. W. F., *Werke*. Tomo 7, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979, p. 24.

⁶ En este sentido, invita a que se pase del idealismo al materialismo en su trabajo «De la crítica de la filosofía del Derecho de HEGEL», en MARX, K. y ENGELS, F., *Obras fundamentales*. Tomo 1. *Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 316-438 (337-342).

⁷ No en vano, en varios de sus trabajos subyace explícita e implícitamente la tan usada undécima tesis de Marx sobre Feuerbach: «Los filósofos no han hecho más que *interpretar* de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de *transformarlo*», MARX, K., *Thesen über Feuerbach*, en MARX, K. y ENGELS, F., *Werke*, tomo 3, Berlin, Dietz, 1958, p. 535.

proletaria, es decir, entre propietarios y desposeídos, acrecentada por el avance del nuevo capitalismo industrial⁸.

En este sentido, el componente ideológico jugará un importante papel a la hora de detectar sus influencias: Hegel, Marx⁹, Cesarini Sforza¹⁰, Radbruch, Maihofer¹¹ y Arthur Kaufmann, entre otros. Esta cierta disparidad de influencias imposibilita encuadrarlo, exactamente, en alguna de las corrientes imperantes en la época¹².

⁸ Cuyo momento álgido se produce con su *Criminología crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982. No se resignó a que su criminología crítica cayese en saco rato, aún sabiendo de antemano que su público iba a ser reducido o muy condicionado por el marco jurídico-político en el que se podían aplicar esta teoría: el de Latinoamérica.

⁹ Es preciso partir de la base de que la doctrina de Marx sobre el derecho y la justicia no puede caracterizarse como una teoría crítica del derecho y de la justicia, sino más bien como señala Baratta una «crítica del derecho y de la doctrina de la justicia». Reconoce que las afirmaciones de Marx sobre derecho y justicia son muy fragmentarias y no conforman una relación cerrada. Por tanto, le resulta imposible afirmar que desarrollase, en el sentido estricto de la palabra, una «teoría del derecho sistemática», BARATTA, A., «Recht und Gerechtigkeit bei MARX» (1974), en *Philosophie und Recht*, Köln, Carl Heymann, 1985, pp. 197 y 210. En cambio, N. LÓPEZ CALERA –identificado con Elías Díaz y desmarcándose de Bobbio– reconoce «que en la obra de Marx hay suficientes elementos y materiales para la construcción de una teoría crítica del derecho, aunque con la necesidad de integrar sus aportaciones de juventud, donde más explícitamente habla del derecho, con las obras de madurez, como “El Capital”, donde no trata directamente del derecho, pero que constituyen expresión central de su pensamiento. Elías Díaz admite que no hay en Marx una teoría jurídica completa, una teoría cerrada exhaustiva, al modo de Jhering o Savigny», «¿Qué queda del marxismo jurídico?», en ZAPATERO, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho*, tomo 1, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, p. 96. Por su parte, POULANTZAS da un paso más al afirmar que «en sus obras de juventud Marx se ocupó sistemáticamente de los problemas referidos al campo jurídico y, sin embargo, no se puede extraer de allí nada referido a un fundamento científico de la teoría marxista del derecho», p. 138. Es el análisis científico de la obra de madurez, y no una referencia a la obra de juventud, «lo que permite ver que el *derecho moderno es un derecho de clase*, aunque, y precisamente en la medida en que, la explotación y el dominio político de clase esté constantemente ausente de sus estructuras sistemáticas organizadas a partir de los “individuos desnudos”», POULANTZAS, N., «Marx y el derecho moderno» (1967), en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, 2.ª ed., Córdoba (Argentina), Pasado y Presente, 1973, p. 160. La interpretación que hace POULANTZAS resulta aún más forzada. Se puede afirmar –al igual que Baratta– que no existe una teoría del derecho marxista, ya que Marx nunca pretendió fundar semejante teoría, unido al hecho de que no se puede señalar una unidad en cuanto a los temas cruciales de la teoría del derecho, sino más bien señalar su dispersión y carácter fragmentario.

¹⁰ Es interesante recordar dos trabajos: el primero, «Tra idealismo e realismo. A proposito della Filosofia del diritto de Widar Cesarini Sforza», en el que, a pesar de adherirse a los planteamientos de Cesarini Sforza, matiza el *idealismo realista* de su maestro, *RIFD*, 42, 1965, pp. 446, 447, 456 y 457. En cambio, el segundo, de corte más panorámico, es el epílogo a la traducción alemana de la *Filosofía del diritto* de su maestro (*Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1966, pp. 155-194).

¹¹ Fallecido el 6 octubre de 2009.

¹² La filosofía analítica ya en boga en la Italia de los años sesenta (aunque poco en Alemania), no era un campo de juego en el que se sintiera especialmente cómodo. Su débil acercamiento a la Teoría General del Derecho viene de la mano de su único trabajo jurídico-filosófico, enfocado desde una cierta perspectiva analítica: *Ricerche*

En la década de los cincuenta, enseguida quedó impresionado por la personalidad de Cesarini Sforza, siendo rápidamente atrapado por su pensamiento marxista que llegaría a convertirse en objeto de culto y admiración¹³. Ahora bien, la obra de su maestro, según Baratta, «sobrepasa los límites del idealismo ortodoxo»¹⁴. Al exponer esta afirmación pone cuidado en deslindar esta filosofía italiana del subjetivismo idealista, que viene a ser la representación filosófica de la experiencia jurídica, para distanciarse de Treves que engloba dentro de un llamado «movimiento de la experiencia jurídica» a Cesarini Sforza y a otros juristas como Sander, Gurvitch y Capogrossi¹⁵.

Desde el idealismo italiano contemporáneo se realizó un análisis forzado de la realidad en el que no cabía una distinción clara entre lo individual y lo empírico, en base a un no cognitivismo que desembocó en un «escepticismo apriorístico»¹⁶. La actitud escéptica también estaría presente en Baratta, aunque su no cognitivismo no sería el de un positivista al uso como se verá a continuación.

2. POSITIVISMO JURÍDICO E IDEOLOGÍA

Con el esbozo de este mapa biográfico y de influencias, es preciso abordar su obra jurídico-filosófica para entender su posterior giro criminológico, a partir de mediados de los años setenta.

su «essere» e «dover essere» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto. En esta obra muestra su recelo hacia la filosofía analítica cuando señala su «insuficiente ortodoxia respecto al movimiento de la filosofía “analítica”», al igual que afirma que su planteamiento no está necesariamente ligado a la aceptación de todas las premisas teóricas del neopositivismo y de la filosofía analítica; al contrario, su método de investigación filosófica (también jurídico-filosófica) sirve, o debe servir, «como instrumento para establecer y siempre restablecer críticamente el propio vínculo funcional con la experiencia y con la praxis», Milano, Giuffrè, 1968, p. 9. Anteriormente, publicó un artículo, que sería un adelanto de buena parte de las claves de este libro, titulado «A proposito di “essere” e di “dover essere” nella scienza giuridica», *RIFD*, 44, 1967, pp. 483-513. No se sumaría al elenco de teorías que surgieron al abrigo del positivismo jurídico normativista, analítico y lógico esbozadas en Italia en la década de los sesenta y setenta.

¹³ Bien es verdad que «ésta será precisamente la *Weltanschauung* que decidirá su opción por los países del Tercer Mundo, y en especial por América Latina, en cuya vida cultural y científica va a intervenir intensamente a partir del comienzo de la década de los ochenta, poniendo en ello todo su fervor y su inagotable entusiasmo», ANTILLÓN, W., «Alessandro BARATTA...», *cit.*, p. 74.

¹⁴ BARATTA, A., «Natur der Sache und Recht» (1965), en *Philosophie und Strafrecht*, *cit.*, p. 89; también en la misma obra, «Zur Rechtsphilosophie Wider Cesarini Sforzas» (1966), p. 63.

¹⁵ BARATTA se refiere a la afirmación contenida en *Lezioni di filosofia del diritto* (Milano, La Goliardica, anno acc. 1954-55). De los mencionados, Baratta sólo secundaría a su maestro italiano.

¹⁶ LLANO, F. H., *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 210.

En general su producción académica se caracteriza por una prosa crítica y antiformalista, que le lleva a matizar algunas de las tesis más características del típico positivismo jurídico: en primer lugar, acepta que no hay más derecho que el derecho positivo y que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, pero no admite exactamente que las fuentes (positivas) del derecho se agotan en su contenido. La cuestión radica en la importancia que otorga al elemento de la justicia, que es más que patente desde sus primeras hasta sus últimas publicaciones, es decir, defendiendo un positivismo muy al estilo de los filósofos del derecho marxistas¹⁷.

Por tanto, tiene en cuenta elementos propiamente no positivistas, al señalar que el derecho es algo más que la ley y que no muestra, exactamente, una relación jerárquica de las fuentes del derecho. Estas notas le llevarían a acercarse más a las corrientes no positivistas, que a un «positivismo blando» (*soft positivism*), en sentido amplio, por el que tiende implícitamente a decantarse. Así su pensamiento jurídico-filosófico presenta similitudes con las corrientes cognitivistas en su rechazo al típico positivismo legalista y al neopositivismo lógico. Utiliza algunas armas del neiusnaturalismo de posguerra para criticar lo que él considera un mal positivismo y mostrar un peculiar positivismo normativista. En este sentido, no esconde que su pensamiento tiene algo de iusnaturalista hasta el extremo de subtítular su trabajo *Positivism jurídico y positivismo legalista* (1968) como «ideas para una apología “iusnaturalista” del positivismo jurídico»¹⁸.

De tal manera, propugna una concepción de las fuentes del derecho «inspirada en la idea de la supremacía de la ley y de la división de poderes», pero que también sea «consciente de la tarea política y la responsabilidad del jurista en la producción del derecho justo, en las

¹⁷ Los pensadores marxistas tienen una cierta tendencia a resultar, en cierta medida, inclasificables dentro de las teorías iusnaturalistas y positivistas, aunque no sería nada desdeñable el ver en las de tipo marxista un claro acercamiento a la doctrina del derecho natural.

¹⁸ BARATTA advertiría no ya de la presencia de dos bandos enfrentados, sino de la existencia de un positivismo «bueno» y positivismo «malo», así como también se puede y se debería hacer con la doctrina del derecho natural, «Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer “naturrechtlichen” Apologie des Rechtspositivismus», *ARSP*, 54, 1968, p. 327. Sus críticas van referidas, en varias ocasiones, al positivismo legalista imperante en buena parte de los autores alemanes durante la República de Weimar y el nacionalsocialismo. Bien es verdad que no faltarían las posiciones iusnaturalistas que tomarían cuerpo sobre todo durante el nacionalsocialismo. Un ejemplo claro del segundo caso sería la obra de Hans Helmuth Dietze, por citar a alguno de los más radicales en sus posturas. Para una exposición crítica de su concepción iusnaturalista, cfr. GARZÓN VALDÉS, E., «Derecho natural e ideología», *Revista de Derecho penal y criminología* (Buenos Aires), 1968, pp. 16-23. En ese artículo cargaría especialmente las tintas contra esa doctrina, pero afirmaríala que el iusnaturalismo al «pretender ser una ideología de la justicia o del orden recto puede encarnar una fuerza revolucionaria de transformación de un orden dado, mucho mayor que el iuspositivismo», p. 22.

sociedades post-industriales modernas»¹⁹. La supremacía de la ley y la seguridad jurídica van a jugar un papel importante, pero es necesario tener en cuenta la imposibilidad de liberar al método y a los principios de la ciencia jurídica «de toda contaminación con la ética, la política, la economía y la sociología». Para ello, es necesaria la integración de las ciencias sociales, sobre todo de la sociología, en la ciencia jurídica, es decir, entender el derecho en relación con los demás hechos culturales²⁰. La cuestión radica en saber qué peso le otorga a cada uno de los elementos que caen como gotas de agua en el paraguas jurídico, algo que Baratta no clarifica del todo; en particular, cuando habla del concepto de justicia. No basta con tener en cuenta –desde su óptica– que el derecho no es lo mismo que la ley, ni que existen exigencias morales más allá del derecho²¹.

Ya desde sus escritos de juventud atisba luces en un debate que hasta entonces todavía estaba plagado de sombras: «(...) la polémica en torno al positivismo jurídico y al iusnaturalismo viene perdiendo el carácter de una inconciliable guerra de religión y entra en una dimensión más objetiva y fecunda. El juicio emocional tiende a ceder el puesto al sereno examen histórico». No es menos cierto, sin embargo, que «la separación analítica entre los diferentes “significados” del positivismo y del iusnaturalismo y los diversos problemas correspondientes, respecto de los cuales la alternativa entre positivismo jurídico y derecho natural adquiere un sentido más preciso (el problema de la validez, el problema de la justicia y de la obediencia a la regla jurídica, el problema del método en la formación y en la interpretación de las leyes), ha permitido hacer frente a esta alternativa, quizá por primera vez en la historia de la filosofía del derecho, de una manera nueva, según la cual lo positivo y lo negativo, el “dar” y el “tener”, se distribuyen entre los dos términos en función de las diferentes voces»²². El cada vez mayor

¹⁹ BARATTA, A., «La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho», en *Las fuentes del derecho: primeras jornadas jurídicas de Lleida*, Barcelona, Publicacions i edicions de la Universitat, 1983, pp. 53 y 54.

²⁰ El profesor italiano menciona la existencia de «fuentes de producción jurídica indirectas que pertenecen a otros sistemas y que escapan a la dogmática jurídica: factores de naturaleza ideológica y emocional que condicionan al derecho de forma irreflexiva pero no menos que los factores argumentativos ya enunciados (estereotipos, prejuicios, actitudes que no sólo el público, sino también los juristas, llevan consigo de forma reflexiva)», *ibídem*, p. 52.

²¹ No obstante, delimita –desde una concepción normativista– qué entiende por derecho, precisando que no sólo se refiere a las normas sino también a los procesos de formación y de aplicación de las normas, al complejo de órganos institucionales que presiden tales procesos, esto es, al sistema jurídico en la sociedad moderna. Se interesa por las normas jurídicas y las instituciones presupuestas a su formación y aplicación. A los procesos informales de comunicación e interacción que tienen lugar en la sociedad, reflexiona acerca de una relación funcional con el sistema jurídico o con determinados subsistemas; es decir, de una «cultura jurídica», BARATTA, A., «Alessandro BARATTA», *cit.*, p. 35.

²² BARATTA, A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 1.

desapego ideológico, en el actual debate jurídico-filosófico, lleva a que estos problemas no siempre estén jurídicamente argumentados desde determinados tópicos iusnaturalistas o positivistas.

El ser consciente de esta problemática, le lleva a iniciar su reconstrucción de la historia de la filosofía del derecho penal de la época de la República de Weimar, que no es sino una crítica al positivismo jurídico neokantiano y a la cultura jurídica alemana, bajo el prisma del plano axiológico e ideológico, a partir del contexto jurídico-penal que será objeto de análisis en una parte importante de su producción jurídico-filosófica. Fruto de ella es la publicación de dos pequeñas obras: *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* (1963) y *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale* (1966).

En la primera analiza el problema de los conflictos de deberes y del estado de necesidad; en concreto, pone de relieve que una actitud de indeterminación conceptual y de tibieza argumental sirvió de caldo de cultivo de la vesania nazi surgida posteriormente. En ella sostiene la acertada tesis de que la degeneración del positivismo jurídico vino derivado por el subjetivismo axiológico imperante en varios autores neokantianos, que ayudaría al establecimiento de las doctrinas penales (y jurídico-filosóficas) del periodo nacionalsocialista, prestando especial atención a la teoría normativa de la culpabilidad y a la teoría del delito como lesión al bien jurídico vida en la doctrina alemana. Tal es así que su crítica filosófica «no se queda en lo externo, sino que investiga directamente los fundamentos ideológicos y culturales»; lo que le lleva a poner de relieve «sus condicionamientos reales, apareciendo a su vez como hipótesis, en su carácter contingente, el cual se extiende con un sano efecto desmitificador, hasta los dogmas considerados más abstractos e ideológicamente neutrales»²³.

Con esta clara toma de postura, su diagnóstico sobre el papel jurídico-ideológico de la judicatura durante la República de Weimar no podía ser más crítico: «La vocación del juez alemán, también en el período en el que la filosofía neokantiana de los valores, y con ella la conciencia interna alemana», atravesó «la crisis relativista», esto es, a principios de los años treinta del siglo pasado, manteniendo aquella máxima del jurista de la Alemania positivista: «servir al derecho positivo». Si bien es verdad, atravesó «sin mucha crisis de conciencia el período inquieto e incierto del inestable equilibrio weimariano, llevando silenciosamente consigo la aversión por todo sistema cultural pluralista y la nostalgia por la objetividad libertadora de los valores, radicadas (...) en la realidad ontológica misma de las instituciones éticas, interpretada según la sabiduría de la autoridad constituida y constituyente»²⁴. No deja de ser sorprendente, una afirmación tan

²³ BARATTA, A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 2.

²⁴ *Ibidem*, pp. 150 y 151.

poco encorsetada en los prejuicios ideológicos propios de algunos observadores internos.

La segunda obra le sirve de hilo conductor y desarrollo de la senda iniciada con el anterior libro. En esta ocasión, lo que hace es un desarrollo más sistemático de aquella interpretación histórica de la experiencia jurídica alemana del siglo xx²⁵. Realiza un análisis histórico-jurídico de la doctrina penal alemana de las tres décadas anteriores a la llegada al poder de Hitler, para dejar claro que el positivismo nunca fue el artífice de la degeneración autoritaria acaecida durante el régimen nacionalsocialista; al contrario, establece que dicha degeneración vino motivada por la crisis del positivismo jurídico que tomó cuerpo en la doctrina alemana de la República de Weimar. Es así hasta el punto de adjudicar «un papel preparatorio» al neokantismo, desde el punto de vista de la función *objetiva* de la filosofía de los valores, en comparación al decisionismo sustancialista del pensamiento jurídico nacionalsocialista. Pues «el neokantismo se presenta como el prólogo del drama» con su «intento de evasión de la concreta situación política y de la idealización de sus componentes reales», propio de la cultura oficial alemana de los primeros decenios del siglo, que no era más que «el reflejo espiritual de una sociedad alienada»²⁶. Al excesivo intento de idealización de buena parte de la doctrina penalista alemana, bajo el prisma del mundo irreal de los valores, se une la rígida separación entre derecho y moral.

La vía de salida se circunscribe –según Baratta– a un «conciliar valores y hechos típicos sin caer en el subjetivismo decisionista o en el formalismo legalista; reconstruir, por medio de un nuevo modo de operar la síntesis entre el elemento teleológico y el elemento tipológico de la norma, aquel bastión de la certeza del derecho que las experiencias autoritarias derribaron y que el pensamiento jurídico de la posguerra buscó fundamentar sobre bases más científicas»²⁷.

En este sentido, Baratta aboga por una separación entre derecho y moral, a pesar de que no desconoce la influencia de la primera en el segundo; pero sostiene que se canalice a través del principio de seguri-

²⁵ Hasta el punto de afirmar que «la línea interpretativa y crítica de las tendencias subjetivistas e irracionales del pensamiento jurídico alemán, y especialmente del penalista, que precede y prepara el giro autoritario de 1933, adoptada en el análisis de la doctrina de los conflictos de deberes y del estado de necesidad, uno de los capítulos indudablemente más ricos en contenido ideológico en la historia de la ciencia y de la experiencia jurídica alemana contemporánea, ha guiado este posterior tratamiento», *Positivismo jurídico e scienza del diritto penale*, cit., p. 17. Sin duda, la República de Weimar y el nacionalsocialismo se tornaron como dos épocas que no se podía comprender la una sin la otra.

²⁶ *Ibidem*, p. 119.

²⁷ *Ibidem*, pp. 122-123. Quizá no sea acertado referirse a bases más científicas, porque en la posguerra precisamente no se intentó hacer gala de ello, sino que más bien se pretendía ser consciente de las limitaciones del derecho y operar *racionalmente* con elementos *irracionales*.

dad jurídica, con el consiguiente aumento de certeza)²⁸. Abre, sin embargo, la puerta a una corriente jurídico-filosófica que conoció como sujeto activo, aunque no desde el principio: el pensamiento jurídico de la naturaleza de la cosa después de la segunda guerra mundial.

3. DERECHO NATURAL, NATURALEZA DE LA COSA Y ANALOGÍA

Es pertinente enmarcar buena parte de su producción científica en aquel debate surgido en Alemania, de mediados de los cuarenta a mediados de los sesenta, acerca de la *Natur der Sache*²⁹. Aquella concepción supuso una rehabilitación de los planteamientos iusnaturalistas desde enfoques diversos; nada raro, teniendo en cuenta que se partía de la utilización de un concepto polisémico. El cierto desorden metodológico de esta corriente hacía que fuera objeto de críticas³⁰,

²⁸ Así termina por hacer gala de su cariz positivista: «Investigar los errores del pasado reciente, a través de un puntual análisis de la experiencia jurídica más reciente, es una importante contribución que la filosofía del derecho, acuerdo en su peculiar función histórica y crítica podrá dar a una nueva fundamentación del irrenunciable valor de la certeza del derecho», p. 123. Proponer una neta separación entre derecho y moral no es que sea indeseable, sino que más bien resulta inviable. Quizá el problema verse en torno a cómo conciliar un positivismo con una referencia a valores, sino se parte de un posicionamiento claro en todos los temas jurídico-filosóficos y no sólo en una selección de los mismos; en particular, en la proliferación cada vez mayor de los casos difíciles.

²⁹ En Italia, el más temprano análisis de aquella concepción se encuentra en el artículo de Bobbio, originariamente publicado en alemán, «Über den Begriff der Natur der Sache», *ARSP*, 1958, pp. 305-321. Señalaría que el concepto de naturaleza de la cosa «es como una salida para una mejor comprensión del trabajo del legislador, del juez y del jurista en la formulación de reglas; es un elemento esencial constitutivo de la concepción del derecho como técnica de la convivencia social, que (...) me parece más aceptable que cualquier otra concepción». No obstante, sólo la reconocería bajo dos condiciones: primera, «que el concepto de la “naturaleza de la cosa” sea precisado en un sentido técnico estricto», y segunda, «que se sea consciente de sus propios límites, y no haga como si abriera todas las puertas», p. 320. GARZÓN VALDÉS, varias décadas después, recordando aquella corriente haría un diagnóstico menos indulgente: «Aunque la lectura de los escritos de Bobbio sobre el desarrollo del positivismo en Italia y la polémica de Hart contra Radbruch me habían convencido que la posición del nuevo jusnaturalismo alemán era insostenible, el hecho de que autores de tan diversa procedencia como el existencialista Maihofer, el tomista Schambeck y el marxista Bloch sostuvieran posiciones que cabían dentro de la designación general de la corriente de la “naturaleza de las cosas” despertó en mí una mayor curiosidad (...). Vistas las cosas 15 años más tarde, pienso que aquella obra tenía en el fondo una intención pedagógica: se trataba de un registro de libros que no valía la pena leer. O quizás sí: para ver de cerca la estrecha relación que suele haber entre términos tales como “derecho natural” o “naturaleza de la cosa” y lo que Stevenson llama “definiciones persuasivas”; para comprender la importancia del iusnaturalismo y del iuspositivismo como ideologías y la falacia que implica la asimilación indiscriminada de una u otra corriente con sistemas políticos determinados», «Ernesto GARZÓN VALDÉS», *Doxa*, I, 1984, p. 1.

³⁰ Para varias críticas formuladas no sólo desde ese prisma, a un grupo de autores representantes de la citada corriente, cfr. GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho y «naturaleza*

pero que resultase sugestiva por la ausencia de una ideología homogénea de sus defensores; es decir, resultaba difícil catalogar a este tipo de iusnaturalismo de pura ideología a la manera de cómo lo hizo en su momento el positivismo normativista representado por Kelsen.

El pensador italiano recuerda el loable esfuerzo realizado en los años cincuenta por algunos autores como Arthur Kaufmann, Werner Maihofer y Eberhard Schmidt para la superación de la abstracta polémica y alternativa radical surgida entre el positivismo jurídico y la doctrina del derecho natural³¹. Los familiarizados con la literatura alemana de la época recordarán algunas obras de estos y otros autores; como también, que varios ellos –al igual que Baratta– no pensaron en hacer responsables al positivismo jurídico de los desaciertos políticos, ni de las radicales construcciones jurídicas llevadas a cabo por determinados juristas. El problema surge por tomar la parte por el todo a la hora de posicionarse en cuanto a la defensa del positivismo o del iusnaturalismo, ya que desde ambas posturas se defendieron posiciones que no aguantarían en la actualidad un juicio sereno.

Este recurrente tema se retomaría por Baratta en posteriores artículos y se analizaría desde diferentes prismas³², aunque en más de una

de las cosas»: análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo, tomo 1, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1970, pp. 49, 65-70, 87-96, 126-127, 132-133, 151-154. Tomo 2, 1971, pp. 35, 39-49, 58, 73-78, 82-109, 113, 121 y 127.

³¹ BARATTA, A., «Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus», *cit.*, p. 346.

³² Baratta pone de relieve que Radbruch se inspiró en el neokantismo de la escuela sudoccidental (en particular de Lask) y la doctrina weberiana del «tipo ideal», concebía la naturaleza de la cosa como «el sentido de una relación vital referida a una idea» y le otorgaba un limitado papel de fuente secundaria y material del derecho y de instrumento de interpretación integrativa, no reconociendo a la naturaleza del derecho la capacidad de colmar el abismo existente entre ser y deber ser, sino que pretendía tender un puente entre ellas. Maihofer se inspiraba en la ontología fenomenológica y en la filosofía heideggeriana de la existencia y, afirmando decisivamente la tesis de la «deducibilidad» del deber ser a partir del ser, concebía la naturaleza del derecho como un «derecho natural concreto», esto es, «como un criterio de justicia material», reconociéndole la función de fuente primaria y formal del derecho y de instrumento no sólo de interpretación integrativa, sino también de corrección del derecho positivo, *Ricerche su «essere» e «dover essere»*, *cit.*, p. 5. El sello del materialismo dialéctico está patente al considerar que la justicia material es, en tanto que se corresponda con la naturaleza de la cosa, el principio ideológico positivo, que porta toda obra. Es necesario pasar de la teoría a la praxis y de la libertad al conocimiento de la necesidad, BARATTA, A., «Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache» (1968), en *Philosophie und Recht*, *cit.*, p. 173. En otro trabajo se hace eco de las teorías de la naturaleza de la cosa a la luz del pensamiento jurídico de Perelman, entre otros, «La teoría della natura del fatto alla luce della “nuova retorica”», en Università degli Studi di Camerino (ed.), *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, 34, 1968 pp. 38-72. Por último, para cerrar el círculo referido a la problemática de la naturaleza de la cosa es destacable su trabajo «Il problema della natura del fatto» en el que pone de relieve, a través de un análisis histórico, la evolución de la naturaleza de la cosa desde el siglo XIX hasta la actualidad, aunque centrándose especialmente en la década de finales de los cincuenta a finales de los sesenta, cfr. *Anuario Bibliografico di Filosofia del Diritto*, 2, 1969, pp. 227-302.

ocasión tomando como punto de referencia el famoso trabajo de Radbruch *Das Natur der Sache als Denksform* (1948)³³, que fue el iniciador de aquella corriente neoiusnaturalista en lo que a la naturaleza de la cosa se refiere. Esta corriente representa el «elemento nuevo y caracterizador dentro de la tendencia neoiusnaturalista de esta posguerra»³⁴. Ahora cobra aires nuevos, aunque con ropajes distintos, en las distintas teorías cognitivistas, pasando a ser el equivalente a la también indeterminada realidad social actual.

De finales de los cincuenta son destacables sus trabajos *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs* y *Natura del fatto e diritto*. En el primero realiza un análisis retrospectivo de la relación existente entre el relativismo axiológico y la concepción iusnaturalista del segundo Radbruch. Considera que no se trata de un pasar el relativismo al derecho natural, sino en realidad de la aceptación del humanismo radbruchiano, que muestra el sentido positivo del relativismo positivo de Radbruch; es decir, «la aceptación del valor del individuo en una comunidad orientada al transpersonalismo socialdemócrata y en un Estado de derecho, que garantice a la vez el orden y la tolerancia»³⁵. En el segundo, sin embargo, analiza el problema de la naturaleza de la cosa como «un criterio de interpretación» y de «formación de la ley positiva», que, estando inspirado en una concepción negativa del estatalismo, del normativismo y del positivismo jurídico, «no constituye la negación de la positividad y de la legalidad del derecho», sino que más bien se afirma como el «límite de un sano positivismo», entendido en su justo sentido³⁶.

Este planteamiento abre el camino ya iniciado de deslindar lo que serían los positivismos deseables de los indeseables, haciendo lo propio también con el derecho natural: los basados en planteamientos autoritarios, racionalistas, divinos o legalistas; incluso podía darse la mezcla de apellidos en un mismo tipo. Así dispondríamos de «un modestísimo “iusnaturalismo”, destinado a cumplir una simple función de límite negativo de la arbitrariedad legislativa o judicial; o de un “positivismo” más flexible, gracias al apoyo objetivo de estos ingredientes teleológicos»³⁷. Baratta haciendo gala del segundo tipo, tiende la mano al primero. No considera la naturaleza de la

³³ En *Gesamtausgabe*. Tomo 3: *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, C.F. Müller, 1990, pp. 229-254.

³⁴ BARATTA, A., *Natura del fatto e giustizia materiale. Certezza e verità nel diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 3.

³⁵ Ahí señala que el relativismo de Radbruch ni está desprovisto de convicción, ni su idea de la justicia es puramente formal y vacía de contenido. Más bien, como en toda ideología positiva, expresa el mensaje político y pedagógico de Radbruch, así se llega a la misma impresión con su derecho supralegal y marca la aspiración de Radbruch hacia la justicia, cfr. «Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs» (1959), en *Philosophie und Recht*, cit., p. 30.

³⁶ BARATTA, A., «Natura del fatto e diritto naturale», *RIFD*, 36, 1959, p. 190.

³⁷ OLLERO, A., *¿Tiene razón el derecho?*, 2.ª ed., Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, p. 246.

cosa como eterna e inmutable tal y como lo hacía el derecho natural legalista, más allá de la historia, sino que más bien «tiene un contenido mutable, intrínseco a las determinaciones históricas mismas de la convivencia humana», individual y limitada normalmente a una institución concreta³⁸.

En este contexto, a pesar de tener en cuenta estos planteamientos, analiza la naturaleza la cosa desde una óptica neohegeliana y nominalista, fuera de los planteamientos mayoritarios que ven en ella un marcado carácter ontológico e incluso metafísico. Este problema indefectiblemente trae a colación otro: el de la superación de la distinción entre ser y deber ser, entre realidad y valor. El ser y el deber ser, el hecho y el acto, la objetividad y el valor, adquiere así el significado límite de dos modos de considerar la historia: en cuanto ocurrido (*avvenuto*) y en cuanto ocurre (*avviene*). La historia se constituye como concreción espiritual, como acto que pone el hecho, y lo supera, y como tal esa es «la unidad concreta de dos momentos, que sólo en la abstracción se pueden superar: el acto y su *naturaleza*. La *naturaleza* del hecho reside en el acto». Para apostillar con mayor precisión: «La *naturaleza de la cosa* es la actividad del sujeto que fija y cualifica el hecho, otorgándole una y otra vez a éste un sentido nuevo»³⁹.

El punto de vista heurístico general de la relación dialéctica entre «ser» y «deber ser» significa –según Baratta– concebir el deber ser no sólo como falseamiento de la realidad, sino sobre todo como potencialidad concreta de la satisfacción de necesidades históricamente determinadas por los individuos (conservación y cualidad de la existencia) relativa a un determinado grado de desarrollo de la fuerza productiva en una formación histórico-social, por ejemplo en nuestra sociedad capitalista⁴⁰.

El concepto de naturaleza de la cosa, en la dialéctica hegeliana, es la *verdad de la cosa*. Su toma de postura hacia una concepción hege-

³⁸ «Natura del fatto e diritto naturale», *cit.*, p. 185. Ahí mostrará sus influencias al abordar la concepción de la naturaleza de la cosa en Radbruch y Maihofer.

³⁹ «Natura del fatto e diritto naturale», *cit.*, pp. 202 y 222. En conexión con esta etapa destaca su único trabajo, enfocado desde una perspectiva analítica, sobre la relación entre el ser y el deber ser: *Ricerche su «essere» e «dover essere» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto* (1968). Ahí examina el significado de ambos conceptos desde diversos planos del conocimiento jurídico, centrándose en una perspectiva estrictamente empírica y analítica en la que parece no sentirse del todo cómodo por ser sus intereses jurídico-filosóficos otros. En aquella ocasión, muestra su recelo hacia la filosofía analítica cuando señala su «insuficiente ortodoxia respecto al movimiento de la filosofía “analítica”», al igual que viene a decirnos en un planteamiento no está necesariamente ligado a la aceptación de todas las premisas teóricas del neopositivismo y de la *filosofía «analítica»*; al contrario, su método y costumbre de investigación filosófica (también jurídico-filosófica) sirve, o debe servir, «como instrumento para establecer y siempre restablecer críticamente el propio vínculo funcional con la experiencia y con la praxis», *cit.*, p. 9.

⁴⁰ BARATTA, A., «Alessandro BARATTA», *cit.*, p. 37. Quizá el problema no radique en el modelo capitalista como tal, sino en el consumismo desorbitado.

liana de la naturaleza de la cosa⁴¹ posibilita una nueva fundamentación de la justicia material por medio de la relación entre el ser y el deber ser. La justicia material es, en tanto «que se corresponda con la naturaleza de la cosa», el «principio ideológico positivo»⁴².

La naturaleza de la cosa muestra siempre más que una teoría dialéctica, en la que Baratta –siguiendo a Maihofer– transita desde un punto de vista auténticamente existencial a un marxismo en su versión humanista y utópica⁴³. En cambio, una concepción deliberadamente dialéctica se encuentra en la obra de Nicos Poulantzas *Nature des choses et droit*⁴⁴ de 1965. En ella es posible detectar un cariz más inmanentista, en el tratamiento de la naturaleza de la cosa, que en el autor italiano⁴⁵. Es patente, al contrario, en el pensador italiano una tensión entre una prosa deliberadamente inmanentista y a la vez un acercamiento al planteamiento de Radbruch y Maihofer. Del primero toma la imposibilidad de poder ignorar fácilmente el dualismo metódico y su no consideración de la naturaleza de la cosa como fuente del derecho; en cambio, del segundo asumiría la función de la misma como criterio de justicia material y su deliberado esfuerzo de concreción, aunque sin llegar a asumir la idea de un derecho natural concreto.

Si se profundiza un poco más, cabe señalar que otra diferencia importante radica en el plano de la historia de las ideas. Siguiendo la obra de Baratta, éste hace una lectura de Marx partiendo de Hegel hasta la época de juventud de aquél (fecha aproximadamente hasta la publicación del Manifiesto Comunista en 1848), aunque sin dejar de hacer algunos guiños a su etapa de madurez. Interesa el Marx que reconstruye a Hegel desde el poshegelianismo. En cambio, Poulantzas hace un recorrido de ida y vuelta: existe *a priori* una cierta reconstrucción de Hegel,

⁴¹ Ya en su juventud se ocupó de este tema, cfr. «Natura del fatto e diritto naturale», *cit.*, pp. 177-228.

⁴² BARATTA, A., «Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache», *cit.*, pp. 174 y 181.

⁴³ BECCHI, P., «Alessandro BARATTA als Rechtsphilosoph», en *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. h.c.mult. Alessandro BARATTA*, *cit.*, pp. 16 y 17.

⁴⁴ El subtítulo sería clarificador al respecto: *Ensayo sobre la dialéctica de la realidad y del valor*. Años después, el profesor griego daría cuenta de la influencia que en él ejercieron los escritos de juventud de Marx, cuando elaboraba esa obra: «Sin embargo, y esto no tiene el sentido de una autocrítica, todavía estaba influenciado por el historicismo humanista del joven Marx», POULANTZAS, N., «Marx y el derecho moderno», *cit.*, p. 157.

⁴⁵ Desde el primer momento deja claro su acercamiento a Hegel, y la crítica realizada por Marx, que no hace sino brindar los datos fundamentales de la actual concepción de una ontología antropológica del derecho. Considera así que cualquier estudio de la naturaleza de las cosas, del significado inmanente a la realidad jurídica, sólo puede comenzar con un análisis de las estructuras ontológicas del derecho: en tanto que precisamente la noción misma de naturaleza de las cosas presupone el sentido inmanente de la realidad, se plantea la cuestión ontológica del ser, la cuestión de los datos fundamentales inherentes al derecho, *Nature des Choses et droit*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, p. 17.

pero *a posteriori* se lleva a cabo una *destrucción* del mismo, pasando a dotar de mayor unidad y sistematicidad al Marx de madurez para proponer una auténtica *revolución utópica* con mayúsculas.

Retomando el debate antes comentado, Baratta propone un «punto de vista constructivo para el establecimiento de la relación entre el ser y el ser-deber ser en vista de una teoría de una naturaleza de la cosa», fundamentada «en un concepto dialéctico de esta relación; por supuesto, generalmente, en un concepto histórico y humanista de la realidad jurídica que se atribuye a partir de la relación dialéctica entre sujeto y objeto; al mismo tiempo, tiene por “sujeto” al hombre como el principio activo de conciencia y transformación del mundo, y “objeto” las estructuras propias de este mundo en su historicidad». Añadirá más adelante: «Sólo dentro de la conexión dialéctica de la persona con su mundo puede y debe ser planteado hoy el problema de la relación entre ser y deber ser; es decir, el problema de la naturaleza de la cosa»⁴⁶.

Su análisis de la relación entre conocimiento y valoración le conduce a la entrada en juego de los juicios de valor y de las decisiones prácticas. Baratta avanza un paso más en su exposición de la naturaleza de la cosa (o del hecho, como prefiere llamarla), desde el momento en que presta atención a su relación con el pensamiento analógico y, por ende, a la interpretación del derecho.

El razonamiento formal de la argumentación de la analogía jurídica se torna más interesante⁴⁷, por lo que tiene de aplicabilidad práctica. A grandes rasgos, la analogía opera a partir de dos casos, uno regulado y el otro no previsto por el legislador, que tienen una relación de semejanza, es decir, identidad de razón, lo cual se toma como base para que al segundo se le atribuya el predicado del primero. No se trata de una conclusión lógica, sino que más bien se estaría ante una comparación. Hasta el punto de que el razonamiento analógico «se alimenta no sólo de su seguridad lógica y de su aplicabilidad práctico-jurídica, en virtud de la “similitud jurídica”, sino que introduce sus raíces más profundamente en el campo del derecho al presuponer que la aplicación jurídica de disposiciones legales y del derecho consuetudinario no sólo pueden y deben ser inmediatamente fecundadas, sino también mediatamente»⁴⁸. Viene a ser uno de los métodos valorativos por excelencia.

La imposibilidad de evitar por completo las lagunas en el ordenamiento jurídico conduce a que se permita la entrada en juego de la analogía de la ley y analogía del derecho. Baratta explica adecuadamente que la expresión *analogia legis* pasa a ocupar el lugar de la palabra *extensio*, mientras que la expresión *analogia iuris* señala a

⁴⁶ BARATTA, A., «Juristische Analogie und Natur der Sache», *cit.*, pp. 156 y 157.

⁴⁷ Un primer paso fue «Note in tema di analogía giuridica», en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 571-593.

⁴⁸ ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Granada, Comares, 2001, p. 175.

partir de ahora el procedimiento hermenéutico como un tipo especial de la analogía jurídica a causa de los principios generales del derecho. De tal manera que considera que «la analogía de la ley significa la extensión (*extensio*) de una norma jurídica para los casos no regulados»; en cambio, «la presunta *analogia iuris* sería sólo la subsunción del caso bajo una de esas normas jurídicas generales y no formuladas. Exactamente igual que en la usual determinación del derecho»⁴⁹. La *analogia legis* sería la establecida en los textos legales⁵⁰ y coincidiría normalmente con la llamada interpretación extensiva, aunque esto es sabido que no es unánime en la doctrina.

Sin ir más lejos, en 1966 Bobbio cambia su concepción de la analogía al leer *Note in tema di analogía giuridica* de Baratta, respecto de la que mantenía en su obra *L' analogia nella logica del diritto* (1938), al establecer que la analogía es una especie del género principios generales del derecho, es decir, que «consiste de hecho en extender la disposición de una norma particular expresa a un caso no contemplado mediante la extracción de un principio que se considera común al supuesto de hecho expresado y al no expresado». Anteriormente, sostenía que la analogía y los principios generales del derecho eran procedimientos que no tenían nada que ver, aunque cumplían una misma función integradora de las lagunas⁵¹.

En cambio, Kaufmann daría una gran importancia a la analogía hasta el extremo de que «el momento analógico está siempre presente en la obtención del derecho»⁵². En el procedimiento analógico la cons-

⁴⁹ BARATTA, A., «Juristische Analogie und Natur der Sache», *cit.*, pp. 137 y 138.

⁵⁰ Para Prieto la diferencia puede consistir «en una menor tendencia a la generalización en el caso de la analogía (*legis*) que en el caso de los principios (*analogia iuris*), en el sentido de que una vez creada la regulación analógica del nuevo caso singular, el proceso de normación tiende a detenerse en ese caso, mientras que los principios muestran una tendencia a generar normas diversas aplicables a distintos supuestos de hechos comprensibles en la esfera del principio», PRIETO, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Barcelona, Trotta, 2005, pp. 210 y 211.

⁵¹ Aquel cambio –también por influjo de Carnelutti– aparece en la voz «Principi generali di diritto», *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, 1966, p. 895. Citado por ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el Derecho*, *cit.*, pp. 64 y 65. Al respecto, Atienza señala: «Bobbio precisa que la identificación sólo tendría lugar entre la analogía y un cierto tipo de principios generales: los extraídos de las normas particulares. Pero además de éstos, Bobbio habla aquí de principios extraídos de la naturaleza de las cosas (entendiendo por “naturaleza” de una institución su función económico-social), de ideas y convenciones que aparecen como patrimonio común de la humanidad civilizada (uno de los aspectos “del siempre joven Derecho natural”) o de ideas y convicciones morales sociales de carácter variable (por ejemplo, el principio del abuso del Derecho)», p. 65.

⁵² «Bemerkungen zur positiven Begründung und zur Falsifikation des Rechts», en PRITTWITZ, C. et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 88. Ya en su *Analogie und «Natur der Sache»* afirma que «todos nuestros conocimientos tienen sus raíces en último término en analogías», 2.^a edición, Heidelberg, R.v. Decker & C.F. Müller, 1982, p. 33. Ya en la primera edición de 1965 –como Kaufmann reconoce– se sintió influido por la conferencia de BARATTA «Analogía jurídica y naturaleza de la cosa» impartida en 1962 en la Universidad de Sarrebruck, Karlsruhe, C. F. Müller, 1965, pp. IX y X.

trucción del *tertium comparationis* significa que «el tercero produce una conexión entre una cosa y la otra», y, por tanto, el «*tertium comparationis* se transforma entonces en un *tertium communicationis*»⁵³.

Por tanto, su concepción de esta relación entre el ser y el deber ser sólo cabe «dentro de la conexión dialéctica de la persona con su mundo», siendo crucial la tarea de búsqueda del principio jerárquico que pueda aclarar la naturaleza axiológica de las estructuras del mundo humano, partiendo de «la base de una concepción humanista de la historia» que permita reconocer el «proceso dialéctico que conduce a la formación de las estructuras sociales y jurídicas». El hombre, su dignidad y su libertad no *son*, se producen, es decir, «no son ningún elemento dentro de un ser estático, ningún punto de partida, sino un resultado». En eso se basa la «gran importancia humanística de la afirmación revolucionaria de Sartre de que la existencia precede a la esencia y no al contrario»⁵⁴.

4. RUMBO HACIA LA UTOPIA CONCRETA

A Baratta no le importó demasiado que la historia, relativamente reciente, le hubiera vuelto la espalda. Sus razones radicaban en un plano quizá menos ambicioso, pero más perdurable en el tiempo: los desfavorecidos. Este hecho lo tuvo presente desde tempranas publicaciones, aunque fue comprendido en una extensión mayor ya en sus últimos trabajos jurídico-filosóficos. No optó ni por una reconversión ni por un drástico cambio de rumbo, sino por una filosofía del derecho comprometida y, en cierta medida, muy personal. Sin ir más lejos, en los temas de política criminal parecía casi una cuestión personal.

Intentó hacer una filosofía del derecho crítica, al igual que una criminología crítica, a pesar de lo cual no encaminó demasiado su pensamiento jurídico hacia el uso alternativo del derecho⁵⁵. Más bien «asu-

⁵³ LACHMAYER, F., «Das tertium comparationis im Recht», en HASSEMER, W. et al. (eds.), *Verantwortetes Recht*, Wiesbaden, ARSP, Franz Steiner, 2005, p. 68.

⁵⁴ «Juristische Analogie und Natur der Sache», *cit.*, pp. 157 y 159.

⁵⁵ Las citas a este movimiento serían escasas. En una de ellas señalaría: «Precisamente en Italia, tras la segunda guerra mundial, se ha desarrollado una teoría, y en parte también una praxis judicial, que intenta favorecer un “uso alternativo derecho” también por parte de los jueces, orientada a la igualdad social y a los intereses de las capas más perjudicadas de la población; en vez de favorecer los intereses de los grupos dominantes», BARATTA, A., «La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho», *cit.*, p. 49. En nota al pie menciona a uno de los juristas más representativos de aquel movimiento: Prieto Barcellona. Ferrajoli también se sentiría atraído por esta corriente doctrinal, pero posteriormente daría un giro en su pensamiento jurídico hacia un derecho penal mínimo que tenía como base el garantismo de los Estados constitucionales y que abogaba, al igual que Baratta, por una separación entre moral y derecho. Esta doctrina serviría de acicate intelectual, en España, a LÓPEZ CALERA, N., SAAVEDRA, M. y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valen-

mió a lo largo del tiempo posiciones autónomas, en el sentido de “originales”; volvió a formular teóricamente las mismas otras veces; pero mantuvo una relativa coherencia en el tiempo». En general, «no supo o no quiso ir más allá de una indicación metodológica para la solución de la cuestión; convenció poco y a pocos, quedándose, de hecho, generalmente solo»⁵⁶. Se mantuvo al margen de teorías mayoritarias, del ideario político y de las soluciones rápidas y perentorias, circunstancias que no le hacían fácil calar en los pensadores italianos de los años setenta que estaban más metidos en disquisiciones analíticas o, en el peor de los casos, bajo el manto de ropajes políticos.

Su criminología crítica es una lógica continuación de sus anteriores trabajos de filosofía jurídico-penal⁵⁷ y viene a ser una crítica a la doctrina criminológica actual. Incluso en la criminología crítica había (y hay) diferentes corrientes, Baratta representa la de los reduccionistas en contraposición a la de los abolicionistas. Los segundos abogan por una supresión de las penas, en contraposición a los primeros que persiguen una reducción de las penas como medida para resocializar al delincuente.

Será a partir de los años ochenta cuando, después de un importante periodo dedicado a la política criminal, vuelve al terreno jurídico-filosófico con su aportación al denominado «derecho penal mínimo», en conexión con los derechos humanos y las garantías penales. Con su denominada criminología crítica pretende domesticar el derecho penal reduciéndolo a la mínima expresión.

Baratta considera que el sistema punitivo más que rehabilitar a los criminales lo que hace es reprimir conflictos en vez de resolverlos, por lo que la solución más viable es optar por un derecho penal mínimo. El esbozo de unos principios de derecho penal mínimo, esto es, de una teoría de los derechos humanos como objeto de protección y límite del derecho penal⁵⁸.

Hacia los noventa inicia su última etapa, quizá la más jurídico-filosófica y más desprovista de derecho penal, encuadrada en el marco de análisis de los derechos humanos⁵⁹. Desde Alemania observa con

cia, Fernando Torres, 1978. Una vuelta de tuerca más proponiendo «*un uso alternativo razonable*», LÓPEZ CALERA, N., «¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?» (1997), en *¿Es posible un mundo justo?*, Granada, Universidad de Granada, 2003, p. 98.

⁵⁶ PAVARINI, M., «Para una crítica de la ideología penal», *cit.*, p. 145.

⁵⁷ BARATTA, A., «Alessandro BARATTA», *cit.*, p. 38.

⁵⁸ Cfr. «Principi del diritto penale minimo», *Dei Delitti e delle pene*, 1985, pp. 443-473.

⁵⁹ Según expone P. BECCHI, «a partir de la mitad de los años noventa Baratta intenta salir de los escollos de la criminología crítica (o de lo que para él fue una crisis de crecimiento), redescubriendo la temática de los derechos humanos e insertándola progresivamente en el ámbito de un discurso más amplio: el de las necesidades y el desarrollo humano. De la cuestión criminal se pasa así a la cuestión humana», «Alessandro BARATTA (1933-2002)», *cit.*, p. 33. Ciertamente, esta época se compone de determinados trabajos sueltos, que no constituirían del todo una unidad, sino sólo una

prudencia los acontecimientos políticos que suceden en Italia, Latinoamérica y otros lugares. Los cambios jurídicos se alimentan de los cambios políticos. Rápidamente entiende que la paz, el hambre y las desigualdades son varios de los grandes problemas patentes en las sociedades capitalistas. En este sentido, quizá es exagerado su excesivo prisma crítico, ya que sus soluciones son demasiado idealistas a pesar de que hablase –en repetidas ocasiones– de construir una «*utopía concreta*» falseadora de la realidad dada del derecho y de las relaciones sociales por ella establecidas⁶⁰. Es decir, construir una teoría de la justicia material que centre su atención en los criterios formales de control de los juicios de valor y en la definición del contenido de una ideología positiva del derecho⁶¹.

Para ello, Baratta plantea una reivindicación de la subjetividad del hombre sobre aquella «usurpación» de los sistemas que encuentra expresión en los movimientos populares (por ejemplo, para la paz, para la protección ecológica, para los derechos y la igualdad de las mujeres y de las minorías, etc.), constituyendo todos un gran desafío de los hombres en confrontación con los sistemas y que es hoy una tarea preeminente de la filosofía jurídica. Esta tarea consiste en contribuir a la investigación del método y del contenido, al igual que a la investigación y al control racional de una nueva teoría de la justicia, entendida como ideología positiva o utopía concreta⁶².

«intención» no culminada a causa de su muerte pocos años después. Véanse los trabajos allí citados.

⁶⁰ BARATTA, A., «Alessandro Baratta», *cit.*, p. 37.

⁶¹ Considera que los elementos constitutivos del derecho y de la cultura jurídica (argumentación y discurso, instrumentos y organizaciones) que se pueden analizar dentro del complejo «derecho y cultura del derecho» «tienen una relación directa o indirecta con valores e ideologías y pueden venir estudiados en relación a ésta». Así con el término «valor» se refiere al «punto de vista valorativo y a las valoraciones (juicios de valor: por ejemplo, la elección entre intereses en conflicto)». Con «ideología» se refiere, en el «sentido *positivo* del término (como hace Mannheim), a programas de acción ligados a las visiones generales del mundo; en el sentido negativo del término (como hace Marx), a modos de idealización y racionalización de la realidad ligada a una falsa conciencia de ella», BARATTA, A., «Alessandro Baratta», *cit.*, p. 35. La negativa se refiere a la *falsa conciencia*, que legitima instituciones sociales a las que atribuye funciones ideales diversas de las que realmente ejercen; es decir, los diferentes «poderes» como la escuela, la Iglesia, la televisión son usados por el Estado para propagar la ideología de la clase dominante y llevar al trabajador a la aceptación del sistema capitalista como forma más permanente de la sociedad. En cambio, la positiva sería ideología penal identificada como ideología de la defensa social, BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 8.ª ed., México, siglo XXI, 2004, p. 35.

⁶² «Alessandro Baratta», *cit.*, p. 39. Mirado con cierta distancia los parecidos entre Maihofer y Baratta son más que razonables y no sólo, desde el punto de vista de la naturaleza de la cosa, sino también a la hora de abordar el concepto de utopía. Wolf Paul, discípulo de Maihofer, recuerda los fundamentos interdisciplinarios de su *politische Rechtswissenschaft*, que denominó como «ciencia de la legislación» y que entendió enfáticamente como trabajo en pos de la gran utopía de la «sociedad cosmopolita sin clases de un mundo del mañana», «Nachruf. Entschlossen, alles neu, alles

En el desarrollo de esta teoría del conocimiento la sombra de Bloch es alargada por medio de la obra *Naturrecht und menschliche Würde* (1961), donde se plasmó la cercanía de los planteamientos marxistas y el iusnaturalismo hasta el extremo de hablarse de un «derecho natural marxista»⁶³. Este esbozo podría ser, perfectamente, uno de los puntos de partida de Baratta a la hora de elaborar –por desgracia, a medio empezar– una teoría posmoderna del derecho⁶⁴.

Al final, su utopía concreta se concibe como una posibilidad real para disminuir la diferencia de clases sociales frente a los más desfavorecidos. Su finalidad es conseguir erradicar la pobreza que, en su última dirección, se acrecentó en trabajos relacionados con los derechos humanos tales como el titulado *Necesidades como fundamento de los derechos humanos*, en el que su acercamiento al cognitivismo resulta algo más claro. En primer lugar, defiende unas «condiciones mínimas de existencia», que sirvan para paliar todo déficit de desarrollo humano canalizado por medio de los correspondientes programas de acción, pero no proyectados como programas jurídicos. Así matiza que la juridificación de los programas de acción debe ir acompañada de una política integradora de la protección y aseguramiento de los derechos en plano local⁶⁵.

Al final, aboga porque su tarea no quede en saco roto y anima a que se convierta en una tarea colectiva consistente en trabajar sobre los «problemas de fondo del derecho y del Estado», es decir, aquellos relativos a la «fundamentación de los principios de una ética jurídica, el problema de la legitimidad, de la justicia social e internacional, de la democracia y de la solidaridad». Por consiguiente, contribuir no sólo a «la construcción de un nuevo saber colectivo *del* derecho y

anders zu machen – Zum Tode von Werner Maihofer», en *Juristenzeitung*, 3, 2010, p. 134. No es aventurado decir que Baratta pensaba en algo parecido. Tomando algunas enseñanzas de Cesarini Sforza, empieza a hacer hincapié en la justicia, llegando a poner de relieve que la búsqueda de ésta se ennoblece por el reconocimiento de su función básica dentro de la constitución de la experiencia jurídica: la utopía, que siempre resulta negada teniendo en cuenta la positividad de los ordenamientos. Denuncia desde su realidad una justicia en permanente puesta en duda cuyo ideal resulta inalcanzable, BARATTA, A., «Zur Rechtsphilosophie Widar Cesarini Sforzas», *cit.*, p. 63.

⁶³ Así afirma: «Aun cuando las utopías sociales y las teorías iusnaturalistas estaban de acuerdo en lo decisivo, en el logro de una sociedad más humana, entre ambas se dan diferencias muy importantes». Tal es así que «la utopía social diseñaba de antemano situaciones en las que dejan de existir los *agobiados y oprimidos*, mientras que el Derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los *humillados y ofendidos*», BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana* (trad. de Felipe González Vicén), Madrid, Aguilar, 1961, p. XI. Precursora del concepto de realidad utópica destaca su obra, bastante menos conocida, *Geist der Utopie*, München, Duncker & Humblot, 1918, pp. 77, 167, 276, 287, 334, 338-339, 437 y 444.

⁶⁴ Cfr. «Nomos e tecne. Materiali per una teoria postmoderna del diritto», en MARRA, R. (ed.), *Filosofia e sociologia del diritto penale*, *cit.*, pp. 209-214.

⁶⁵ Cfr. «Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten», en JUNG, H. y NEUMANN, U. (eds.), *Rechtsbegründung-Rechtsbegründungen*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 17-18.

sobre el derecho adecuado a la situación humana de nuestro tiempo», sino también «atribuir un espacio relevante al análisis del modo *real* de funcionar del derecho»⁶⁶. Con ello, no hace sino una vuelta a los orígenes para cerrar el círculo.

5. CONCLUSIONES

Su condición primaria y palmaria de filósofo del derecho⁶⁷ hace que su legado cobre mayor importancia desde el momento en que, la filosofía del derecho en Alemania y en varios otros países, se reduce paulatinamente marcada por una política universitaria utilitarista en términos económicos. Curiosamente, es posible detectar en Baratta —e igualmente en distintos filósofos del derecho y penalistas de su época— una profundización en la problemática jurídico-filosófica al principio y al final de su carrera académica.

Su teoría del conocimiento es un claro ejemplo de la cercanía de los planteamientos marxistas a un determinado tipo de derecho natural, es decir, a un iusnaturalismo que intenta convencerse de que la realidad filosófica presenta cierto grado de abstracción, pero que la realidad jurídica debe ser concretada y determinada.

En el análisis histórico-jurídico del pensamiento alemán su claridad y precisión es mayor que cuando opera en otras líneas de investigación, seguramente por ser uno de los campos en los que se siente más cómodo.

Hizo gala de un «pensamiento erizo»⁶⁸ caracterizado por el sentido crítico e inconformista hacia la corrientes imperantes de la dogmática jurídica, por un lado; a la vez que sugerente, intuitivo y en cierto sentido ácrata, por otro. Desde este prisma marxista, aunque no exclusivamente sobre él, analizó los problemas jurídico-filosóficos, haciendo especial hincapié más en los fundamentos y en la crítica que, quizá, en los desarrollos y las conclusiones.

Su particular visión del derecho presenta algunas paradojas en el análisis de los elementos extralegales —aderezado de cierta indeterminación conceptual y de un objetivismo moral no querido— que le hacen acercarse más a un no positivismo (quizá entendido como un iusnaturalismo camuflado) que al actual «positivismo blando» (*soft positi-*

⁶⁶ «Nomos e tecne», *cit.*, pp. 213 y 214.

⁶⁷ En este punto es posible adherirse a los planteamientos ya señalados de Bergalli y Pavarini, aunque en ambos casos —por razones de espacio— se omitieron algunos de ellos.

⁶⁸ Se toma la idea de Capella, cuando en una entrevista tilda su carácter de «un poco erizo», «Juan Ramón Capella Hernández», en SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 34.

vism) del que se haría valedor, aunque sin utilizar esta relativamente reciente nomenclatura.

Su concepción jurídico-política –nada amiga de planteamientos *neoliberales*– no discurre tanto por el camino del vaciamiento del Estado o de imposición de cortapisas al libre debate de las ideas, sino que más bien incide en reducir las desigualdades sociales, a la vez que ayudar y/o beneficiar a los más desfavorecidos. El inevitable desarrollo de las sociedades capitalistas vuelve a reabrir esta permanente tensión del mundo contemporáneo: a mayor nivel de bienestar menor solidaridad por parte de los individuos.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

Argumentación, justificación y principio de autoridad

Por MANUEL SEGURA ORTEGA¹
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

Desde hace bastante tiempo la argumentación ha pasado a ocupar un lugar central en el pensamiento jurídico. Se presupone que la argumentación que se desarrolla en el ámbito judicial tiene un carácter racional que se evidencia fundamentalmente a través de la exigencia de motivación o justificación. Tal exigencia –en los Estados democráticos de la actualidad– es la que viene a legitimar la actuación de los jueces y la que convierte sus decisiones en aceptables. En este trabajo se pone en tela de juicio, no el hecho evidente de que los juristas argumenten, sino que la argumentación constituya el elemento más importante en la justificación de las decisiones. Lo que se defenderá es que el principio de autoridad ocupa el puesto principal de modo que, en última instancia, la justificación de todas las decisiones hay que encontrarla en la autoridad de aquél que las toma y no tanto en las razones más o menos convincentes que aparecen explicitadas en las sentencias.

Palabras clave: *Justificación, motivación, argumento de autoridad, interpretación.*

ABSTRACT

For some time now argumentation has come to occupy a central role in legal thinking. It is assumed that the argumentation that takes place in judi-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Razonamiento abductivo y argumentación judicial» (REF: DER2010-19897-C02-02) cuyo investigador principal es Pablo Raúl Bonorino Ramírez.

cial practice has a rational nature which is shown mainly through the requisite of providing the ratio decidendi or justification. This requirement –in present day democratic countries– is what brings legitimacy to judges' actions and makes their decisions acceptable. This present paper test not the obvious fact that lawyers use arguments, but that argumentation is the main element in justifying decisions. It is argued that the principle of authority occupies the main role, so that the justification of decisions has to be found ultimately in the authority of whoever takes them, rather than in the more or less convincing reasons which are explicit in the judicial sentence.

Key words: *Justification, judicial opinion, argument from authority, interpretation.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.–2. AUTORIDAD Y RACIONALIDAD.–3. JUSTIFICACIÓN NORMATIVA.–4. JUSTIFICACIÓN RELATIVA A LOS HECHOS.

1. PLANTEAMIENTO

La relevancia que la argumentación tiene en el mundo jurídico parece estar fuera de toda duda. Se ha dicho hasta la saciedad que una de las tareas fundamentales de cualquier jurista (teórico o práctico) es la de ofrecer argumentos en defensa de sus tesis. En general puede decirse que la mayoría de los discursos jurídicos se construyen a través de argumentaciones que se desarrollan en el proceso de creación de normas o bien en el proceso de aplicación de las mismas. En este sentido los Derechos actuales aparecen como el resultado de un proceso discursivo en el que las razones (las buenas razones) aportadas por los diferentes operadores jurídicos se configuran como recursos de justificación.

La pretensión básica de la argumentación jurídica consiste en mostrar la corrección (formal y material) de las actuaciones de los distintos sujetos que intervienen en todas aquellas cuestiones que tienen trascendencia jurídica. En consecuencia, parece incuestionable que el papel que desempeña la argumentación en el Derecho no tiene un mero carácter instrumental sino que constituye el eje fundamental en torno al cual giran todas las discusiones. Esto es especialmente cierto desde hace algunas décadas y una prueba irrefutable en este sentido lo constituyen las numerosas teorías de la argumentación jurídica que han aparecido desde los años 50 y que han servido, entre otras cosas, para poner en tela de juicio algunos de los esquemas que tradicionalmente operaban en la mente de los juristas. El desarrollo de todas estas doctrinas ha situado el razona-

miento jurídico en un punto intermedio entre la evidencia y la arbitrariedad tratando de mostrar que es posible formular enunciados que puedan presentarse como intersubjetivamente válidos y aceptables.

De cualquier modo, y antes de continuar, es necesario delimitar el objeto de mis propias reflexiones. La argumentación de la que aquí se hablará es la que tiene lugar en el proceso de aplicación del Derecho, esto es, aquella cuya finalidad básica consiste en la obtención de decisiones. Por tanto, estoy excluyendo de antemano todos aquellos razonamientos que se realizan –probablemente con pretensiones similares– en otros contextos como, por ejemplo, la actividad legislativa o la actividad dogmática propia de las ciencias jurídicas. Por otro lado, no es mi intención analizar el contenido de las diferentes teorías de la argumentación jurídica ya que todas ellas han sido ampliamente estudiadas, debatidas y criticadas². Por último, hay que tener en cuenta que todo lo que se dirá a continuación se refiere al modelo de Estado constitucional que se ha ido consolidando en los últimos años en diferentes países de nuestro entorno. Este modelo presupone una serie de limitaciones que afectan no sólo al contenido del Derecho sino muy especialmente a su realización práctica a través de la interpretación y aplicación del mismo. De hecho se puede afirmar que en este modelo de Estado la exigencia de justificación (de argumentación) se ha extendido a todos los órganos públicos de modo que el recurso a la autoridad parece haber pasado a un segundo plano. Aarnio describía este fenómeno acertadamente cuando afirmaba que «en una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener»³.

Lo que me propongo examinar en este trabajo es si efectivamente se ha producido el triunfo de la exigencia de justificación en detrimento del principio de autoridad y para ello es necesario examinar la relevancia que tiene tal principio en el funcionamiento de los sistemas jurídicos.

² En la doctrina española estas teorías han sido objeto de numerosos estudios. Entre ellos pueden destacarse los siguientes: ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Ídem, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006; GASCÓN ABEILLÁN, M., y GARCÍA FIGUEROA, A., *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra (2.ª ed.), 2005. Una exposición clara de lo que han supuesto todas estas doctrinas y de cuáles son las cuestiones que han tratado de resolver puede verse en GARCÍA AMADO, J. A., «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de filosofía del Derecho*, 1986, pp. 151-182; Ídem, «La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias», *Revista de Ciencias Sociales*, 2000 (núm. 45), pp. 103-129.

³ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, trad. de E. Garzón Valdés, p. 29.

2. AUTORIDAD Y RACIONALIDAD

Como punto de partida puede afirmarse que las argumentaciones que realizan los juristas se desarrollan siempre dentro del marco de fuentes reconocidas de modo que tal sistema de fuentes determina las posibilidades argumentativas en el sentido de que existen ciertos límites que, en principio, no se pueden rebasar. Por ejemplo, el respeto a la Constitución y las leyes, la observancia de ciertos precedentes y la aceptación de la interpretación que realizan ciertos órganos autorizados como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional constituyen algunas de las reglas básicas a las que debe atenerse cualquier tipo de razonamiento.

Todos estos presupuestos señalan el cauce por el que debe discurrir la argumentación jurídica para que pueda considerarse aceptable y suficientemente legitimada. No pretendo poner en tela de juicio estos presupuestos ya que constituyen los instrumentos fundamentales para el funcionamiento de los sistemas jurídicos actuales. Sin embargo, no se puede olvidar que todos ellos implican un punto de partida en el que el llamado argumento de autoridad ocupa un puesto principal. De ahí que pueda decirse que es la autoridad del Parlamento o de la Judicatura –no necesariamente su racionalidad– la que dirige y orienta toda la praxis jurídica. Desde la perspectiva judicial las razones que se presentan como fundamento de las decisiones descansan siempre en el principio de autoridad por más que sea necesario justificarlas (motivarlas). En efecto, cuando se apela a la ley o a cualquier otra fuente reconocida como fundamento de la decisión se está recurriendo a un argumento de autoridad. En este sentido decía Vernengo que «la ideología básica –presupuesta siempre, pero rara vez enunciada– es el conformismo: el juez que respeta la ley sea cual fuere su tenor axiológico y político, lo que en verdad respeta es a quien ejerce efectivamente el poder ayer, hoy o mañana»⁴. Lo que ha sucedido con frecuencia es que la ley ha sido concebida como un producto racional y, por eso, el argumento de autoridad aparece hasta cierto punto camuflado pasando desapercibido.

En cualquier caso, parece indiscutible que el papel de la argumentación en la actividad judicial ha cobrado un mayor protagonismo y por eso «la decisión judicial ha evolucionado claramente desde la autoridad del que toma la decisión a la importancia de la decisión razonada»⁵.

⁴ VERNENGO, R. J., *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, p. 109. En sentido parecido se ha dicho que «la apelación a la ley es siempre y al mismo tiempo *argumentum ab auctoritate*», HORN, N., «Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie*, 1975, p. 152.

⁵ BERGHOLTZ, G., «*Ratio et auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas», *Doxa*, 1990 (núm. 8), p. 75. En sentido parecido se ha dicho que en la actualidad «la sentencia, en definitiva, no se legitima *ex auctoritate*, por la posición institucional del juez, sino *ex ratione*, por el peso y solidez de sus argumentos», NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 107-108.

Ahora bien, aunque admitamos este cambio la autoridad sigue siendo la fuente y fundamento de las decisiones razonadas. Esto no quiere decir que la exigencia de justificación carezca de importancia pero no se puede olvidar que, en última instancia, las decisiones valen no porque estén más o menos motivadas sino, más bien, por la autoridad del que las pronuncia. Pensemos, por ejemplo, en lo que sucede con los tribunales de última instancia. La interpretación que realizan de las normas y que fija los criterios que se han de seguir en el futuro puede no ser la mejor entre todas las posibles; es más puede ser una interpretación equivocada o errónea y, sin embargo, será la que se impondrá frente a todas las demás. Por más que se diga que lo verdaderamente importante son las razones que se invocan para la justificación de una decisión lo cierto es que todas las resoluciones judiciales se apoyan en el argumento de autoridad.

Fijémonos en lo que ocurre con el funcionamiento normal de la administración de Justicia: cuando una sentencia es recurrida y modificada por un tribunal superior sus razones se imponen no porque sean más sólidas (aunque eventualmente pudieran serlo), sino porque se trata de un órgano superior que tiene competencia para revisar los fallos de otros jueces. A menudo se confunde la autoridad y la razón al convertir argumentaciones autoritativas en argumentaciones racionales. En consecuencia, parece bastante obvio que «los jueces, aunque sean magistrados de un tribunal supremo o de un tribunal constitucional, pueden equivocarse al realizar su trabajo, al igual que cualquier otra persona. La docilidad y sumisión con que frecuentemente se comentan o acogen los pronunciamientos de los más altos tribunales, por el mero hecho de su procedencia no tiene ninguna razón de ser. Es indudable que una opinión del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional tiene una gran importancia (jurídica, política o social), mientras que la opinión de un comentarista desconocido no tiene normalmente ninguna trascendencia; pero eso no significa que la primera sea más verdadera que la segunda»⁶.

Parece que siempre que se habla de argumentación en el ámbito de la actividad judicial se está presuponiendo que tal argumentación tiene un carácter racional. Esto viene a significar dos cosas: por una parte, que en el razonamiento jurídico se intenta «minimizar la intervención de la voluntad, con frecuencia identificada con lo arbitrario y lo irracional»⁷ y, por otra, que en algún sentido los razonamientos judiciales pueden ser objeto de fiscalización en la medida en que son conocidos, comprensibles y, por tanto, susceptibles de impugnación. Desde esta perspectiva la exigencia de justificación cumple una función de mínimos al posibilitar el control de la actuación judicial. El Tribunal

⁶ HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 251-252.

⁷ PERELMAN, Ch., «Le raisonnement juridique», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft, núm. 7, 1972, p. 13.

Constitucional entiende que el deber de motivación debe ser concebido como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva lo cual implica que el derecho a una resolución motivada puede ser reclamado vía amparo. Este deber de motivación cumple una doble función: «por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden. Actúa, en suma, para favorecer un más completo derecho a la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad»⁸.

En definitiva, lo que se pide a los jueces es que den cuenta de todos y cada uno de los actos que realizan a lo largo del proceso. La motivación consiste básicamente en la exposición de las razones de Derecho y de hecho sobre las que se fundamenta una decisión de modo que la misma se justifica en la medida en que satisface estas condiciones. En sentido contrario, la falta de motivación es causa suficiente para la revocación de una decisión⁹; por eso se decía antes que la exigencia de justificación cumple al menos una función de mínimos que permite invalidar todas las resoluciones no motivadas. Otra cosa distinta es determinar cuál deba ser el alcance de la motivación. En este asunto, y a pesar de que existe bastante jurisprudencia, no se puede hablar de criterios precisos ya que las fórmulas empleadas por el Tribunal Constitucional son intencionadamente vagas de modo que la respuesta dependerá de las condiciones particulares de cada caso, es decir, que la suficiencia y corrección de la motivación no puede determinarse *a priori*¹⁰.

⁸ STC 54/1997, de 17 de marzo. En la doctrina española la obligación de motivar ha sido objeto de numerosos estudios. Entre ellos pueden citarse, RODRÍGUEZ BOENTE, S. E., *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003; HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005; IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Ídem, *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998; DE ASÍS ROIG, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

⁹ El Tribunal Constitucional lo ha reiterado en numerosas ocasiones: «una sentencia que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que puedan inferirse tampoco cuáles sean las razones próximas o remotas que justifican aquella, es un resolución judicial que no sólo viola la ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución», STC 116/1986, de 8 de octubre.

¹⁰ Veamos algunos ejemplos: «el deber de motivar las resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado» (STC 100/1987, de 12 de junio); la exigencia constitucional de motivación «se reduce a la expresión de las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión» (STC 43/1997, de 10 de marzo); una motivación satisfactoria debe carecer de errores, contradicciones o incongruencias pero «no toda incongruencia tiene relevancia constitucional sino sólo aquella que alcance una trascendencia tal que suponga una alteración de los términos del debate» (STC 116/1986, de 8 de octubre); «las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una

3. JUSTIFICACIÓN NORMATIVA

Sea como fuere, la justificación de las decisiones jurídicas tiene dos dimensiones básicas que conviene diferenciar y analizar por separado: por un lado está la dimensión normativa y, por otro, la relativa a los hechos. Puede decirse que ambas deben concurrir necesariamente para que una resolución pueda estimarse suficientemente justificada. La justificación normativa exige del juez la exposición de las razones por las que aplica ciertas normas jurídicas. Hay que tener en cuenta que se reconoce a los jueces la capacidad para decidir cuáles son las normas aplicables a un caso y en este sentido lo que puedan proponer las partes no vincula la actuación judicial. Esta facultad decisoria en la elección de las normas deriva del viejo principio *iura novit curia* y sitúa al juez en una posición especial. De todos modos hay que tener presente que en la mayoría de las ocasiones las discusiones no giran en torno a la elección de normas sino, más bien, en relación con otros aspectos que básicamente se refieren a la tarea interpretativa. En todo caso el juez es soberano a la hora de elegir las normas sin que, en principio, pueda producirse ningún tipo de limitación¹¹ pero siempre debe explicar por qué aplica esas normas y no otras o, lo que es lo mismo, tiene que justificar su elección.

Además de justificar la elección de normas el juez tiene que hacer lo mismo en relación con los criterios interpretativos utilizados. En este caso los problemas aumentan por varias razones. En primer lugar porque los diferentes criterios admitidos no tienen un significado preciso. Es cierto que existe consenso respecto de lo que cada uno de estos criterios pretende: el teleológico atiende a la finalidad de la norma, el apagógico rechaza resultados absurdos, con el gramatical se trata de descubrir el significado de las palabras, etc., pero las dudas surgen cuando se busca la finalidad de la norma porque puede haber varias o cuando se trata de determinar si un resultado es o no absurdo o, en fin, al establecer el significado de un término porque las palabras no suelen tener un sentido único¹².

solución unívoca, antes bien, han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto» (STC 122/1994, de 25 de abril).

¹¹ El Tribunal Constitucional ha insistido una y otra vez en que «la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales sin otra excepción que la de aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria» (STC 148/1994, de 12 de mayo). Como puede suponerse los supuestos en que una decisión es declarada arbitraria o infundada son ciertamente escasos.

¹² En un sentido parecido se ha dicho que los criterios interpretativos «son numerosos y, a menudo, compiten entre sí; además, no siempre ofrecen todos el mismo resultado, ni tampoco cada uno de ellos ofrece siempre un resultado único, ya que necesariamente se remiten a términos generales, que a su vez exigen ser interpretados». ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*, Madrid, Civitas, 2004, prólogo de G. Robles Morchón, pp. 128-129.

En segundo lugar, tampoco existen reglas de preferencia de modo que el juez puede utilizar cualquiera de los criterios reconocidos. Esta libertad de acción posibilita la obtención de resultados potencialmente incompatibles en razón de quién sea el sujeto que realice la actividad interpretativa pero, en cualquier caso, no existe ninguna limitación en cuanto a la elección de los criterios con la única excepción de la prohibición de utilizar la analogía en el ámbito del Derecho penal. No está de más recordar que a los jueces se les exige que motiven sus decisiones pero no se les pide que realicen una determinada interpretación de las normas jurídicas; en realidad los criterios interpretativos son instrumentos que se ponen al servicio de la justificación de las decisiones jurídicas pero por sí mismos no son determinantes respecto de su contenido. La solución previa que opera en la mente del juez es la que marca el rumbo de la interpretación y por eso «lo verdaderamente importante no es desarrollar el camino hermenéutico que lleva al fallo sino justificar el por qué se ha seguido precisamente ese método y no el otro que nos llevaría directamente al resultado contrario»¹³.

En definitiva, lo que se está reconociendo es que siempre existen varias alternativas interpretativas posibles y que el juez al decidir debe elegir entre alguna de ellas. De ahí que «los métodos de interpretación no proporcionan ninguna solución unívoca. Por medio de ellos se puede justificar tanto un sentido del texto como su opuesto, debido a la vaguedad de las palabras y a la indeterminación de los métodos interpretativos. Estos son siempre polivalentes y la única función que cumplen es posibilitar al juez la solución del caso que previamente ha decidido»¹⁴. La justificación cumple la función de exteriorizar las razones por las que el sujeto que decide considera preferible una determinada opción interpretativa pero eso no significa que su elección sea la más correcta. Tampoco significa que otras alternativas no sean potencialmente justificables y de hecho la práctica judicial viene a demostrar que siempre es posible –vía recurso– modificar una determinada interpretación. Por consiguiente, la justificación en esta dimensión normativa tiene importancia porque los afectados por la decisión no sólo pueden conocer las razones que conducen al fallo sino que también pueden cuestionarlas a través de la impugnación. En conclusión, diremos que una decisión puede considerarse justificada si explicita claramente cuáles son las normas que se aplican, por qué se aplican y por qué se utilizan determinados criterios interpretativos.

Pero obsérvese que todas estas operaciones se realizan siempre al amparo de un argumento de autoridad (normas vigentes, precedentes, doctrina jurisprudencial, etc.). Con ello no quiero decir que la actividad judicial no deba desarrollarse por estos cauces que me parecen

¹³ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, cit., p. 35.

¹⁴ EZQUIAGA GANUZAS, F. J., «Los juicios de valor en la decisión judicial», *Anuario de filosofía del Derecho*, 1984, pp. 49-50.

aceptables en los Estados democráticos; lo único que pretendo señalar es que las argumentaciones que se desarrollan en un proceso y la posterior justificación de la decisión no pueden presentarse como una actividad estrictamente racional; a lo sumo cabría hablar como mucho de racionalidad procedimental y ello es así porque parece que el contenido material de la decisión es, dentro de ciertos límites, irrelevante¹⁵. Si examinamos el asunto desde la perspectiva de la actividad judicial, y a la vista de la variabilidad de las sentencias, no parece que su contenido sea lo más importante desde el momento en que se admite que la mayoría de los casos pueden ser resueltos –jurídicamente hablando– de manera diferente. Pero si nos colocamos en la posición de los justiciables las cosas cambian considerablemente porque las expectativas de los ciudadanos suelen centrarse principalmente en el contenido de las decisiones y no tanto en su corrección procesal. Aarnio decía con razón que el hecho de exista la posibilidad de interpretaciones alternativas –y, consecuentemente, decisiones alternativas– «parecería poner en tela de juicio la idea misma de justificación ¿Qué sentido tiene la justificación en general si, en el mejor de los casos, sólo produce una serie de propuestas alternativas, todas igualmente válidas? Estamos, pues, bordeando la idea de que la justificación da lugar a la arbitrariedad»¹⁶.

Yo no iría tan lejos porque la arbitrariedad es la negación misma del Derecho pero lo que sí se puede afirmar es que la exigencia de justificación se debilita de manera notable cuando su realización puede producir no sólo resultados diferentes sino, a veces, contradictorios. Hay que tener presente que, con carácter general, se respeta la interpretación que los jueces hacen de las normas jurídicas siempre que justifiquen adecuadamente sus elecciones¹⁷. Tal interpretación sólo puede modificarse a través de los recursos por un tribunal superior. Esto suele verse como una forma de control de la actividad judicial y, ciertamente, lo es porque obliga a los jueces a justificar sus decisiones de manera tal que resulten inatacables lo que, por cierto, suelen hacer de una manera satisfactoria. Si nos fijamos en la jurisprudencia puede afirmarse que la mayoría de los jueces suelen motivar sus decisiones con corrección desde el punto de vista formal puesto que la eventual revisión no se realiza porque la motivación sea incohe-

¹⁵ Algún autor ha señalado que «el elemento clave de la decisión jurídica racional no es el qué, su contenido en sí mismo considerado, sino el cómo se justifique mediante razones. Traducido al juicio de racionalidad de la decisión judicial, esto significa que se presume irracional la sentencia cuyo fallo no se halle suficientemente motivado, justificado mediante los oportunos argumentos normativos, valorativos y fácticos», GARCÍA AMADO, J. A., «La teoría de la argumentación: logros y carencias», cit., p. 116.

¹⁶ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 209.

¹⁷ La única excepción es que la interpretación sea manifiestamente infundada o arbitraria lo cual remite, por cierto, a un nuevo acto interpretativo en el sentido de que debe determinarse cuándo una interpretación es arbitraria, infundada o irracional.

rente, ilógica o absolutamente irracional. De todos modos, si partimos de la idea –hoy, ampliamente compartida– de que no hay una única decisión correcta que pueda obtenerse a partir de las normas y su correspondiente interpretación resulta que el supuesto control de las instancias superiores se convierte simplemente en un puro ejercicio de poder que acaba imponiendo *ex autoritate* y no *ex ratione* su opinión interpretativa.

Es verdad que en algunas ocasiones puede existir un determinado consenso a la hora de considerar que ciertas decisiones de los tribunales de apelación corrigen *correctamente* la interpretación y aplicación efectuada por otros órganos judiciales pero intuyo que esto no sucede muy a menudo. En la mayoría de las ocasiones se producen discusiones no sólo en los propios órganos judiciales sino también en el seno de la doctrina. En general, y en relación con la interpretación, se puede hablar de posiciones defendibles, legítimas, posibles, etc., pero lo que parece bastante evidente es que la última interpretación realizada por ciertos órganos es la vinculante y obligatoria imponiéndose por la autoridad del que pronuncia el fallo y no por las supuestas razones *objetivas* que la fundamentan. En conclusión, la justificación normativa lo que viene a poner de manifiesto es la opción interpretativa que realiza el sujeto que decide. Creo que una afirmación de este tipo no implica la defensa del escepticismo de manera que se puede decir que existen criterios intersubjetivos de corrección pero lo que, a mi juicio no existe, es una única respuesta jurídica¹⁸.

4. JUSTIFICACIÓN RELATIVA A LOS HECHOS

Decía hace un momento que la justificación de las decisiones tenía dos dimensiones: normativa y fáctica. Hemos examinado la primera de ellas. Veamos a continuación la dimensión relativa a los hechos. La exigencia de motivación se proyecta también en relación con los hechos de modo que las decisiones judiciales deben incluir las razones por las que se consideran probados unos determinados hechos, es decir, «justificar un enunciado fáctico consiste en aducir razones que permitan sostener que es verdadero o probable»¹⁹. Antes decía que los jueces tienen libertad en la selección e interpretación de las normas; pues bien, por lo que se refiere a la determinación de los hechos esta libertad aumenta considerablemente por varias razones: en primer

¹⁸ Esta idea se constata a través de la propia praxis judicial. El contenido variable de las decisiones judiciales pone de manifiesto que, en la mayoría de las ocasiones, pueden aceptarse como jurídicamente correctos pronunciamientos que no son coincidentes entre sí.

¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 216.

lugar, porque los medios (de prueba) que se utilizan para la averiguación de los hechos son siempre indirectos y, en consecuencia, limitan de algún modo las posibilidades de conocimiento. Incluso podría decirse que «la verdad cierta, objetiva o absoluta representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable»²⁰. En segundo lugar, una de las notas caracterizadoras de los procesos judiciales es su naturaleza contradictoria de manera que al juez siempre se le presentan varias versiones que no suelen ser coincidentes entre sí de modo que tiene que elegir entre todas ellas la que considera más probable. Y, por último, conviene recordar que en los Derechos actuales rige el sistema de libre apreciación de la prueba lo que significa que todas las pruebas deben ser valoradas por el juez y en esta labor no se puede hablar de la obtención de resultados objetivos ya que tales resultados dependen, en parte, del sujeto que la realiza.

En definitiva, a los jueces y sólo a ellos les corresponde la determinación de los llamados hechos probados y no parece que las normas impongan muchas restricciones en la realización de esta actividad. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal²¹ que remite a la conciencia del juez como único criterio para la apreciación de las pruebas practicadas. Es cierto que existen una serie de reglas que guían la actividad judicial en la fase probatoria y cuyo cumplimiento es relativamente fácil de controlar pero, en general, son reglas de carácter formal que no son decisivas respecto del fondo del asunto. Un autor que conoce bien el funcionamiento de la administración de Justicia porque ejerce de juez decía con razón que el establecimiento de los hechos constituye el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia porque en la reconstrucción de los hechos es «donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser –como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo– más arbitrario»²².

En cualquier caso, y a pesar de la libertad que tienen los jueces, la exposición de las razones que les llevan a considerar que unos determinados hechos han sido suficientemente probados constituye una garantía para los afectados. Al igual que ocurría con las normas y criterios interpretativos permite a todos los operadores jurídicos el acceso a los razonamientos que fundamentan el contenido de la decisión. Sin embargo, en la justificación de los enunciados fácticos nos encontramos con algunas peculiaridades que son dignas de destacar. Por un

²⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta (5.ª ed.), 2001, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, p. 50.

²¹ El artículo 973 relativo a los juicios de faltas se expresa en parecidos términos.

²² ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, 1992 (núm. 12), p. 261. En parecidos términos se ha afirmado que «el poder del juez se manifiesta en toda su grandeza a la hora de constatar, valorar y calificar los hechos (en lo que suele denominarse prueba) cabalmente porque son contados los hechos que en un proceso pueden ser probados en el sentido científico natural del término», NIETO, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 112.

lado, la declaración de hechos probados no suele modificarse en instancias superiores salvo supuestos muy excepcionales, es decir, que el tribunal superior suele hacer suyos los hechos establecidos por el tribunal de instancia aunque a veces pueda interpretarlos de distinto modo²³. Por otro lado, aunque es cierto que a lo largo del proceso tiene lugar una discusión sobre los hechos controvertidos, se reconoce que la valoración de las pruebas corresponde en exclusiva a los jueces o, lo que es lo mismo, que la última palabra sobre lo que sucedió realmente depende enteramente de la voluntad del juzgador, de su íntima convicción. Y parece que tal convicción no es ni controlable ni tan siquiera comunicable²⁴.

No debe pensarse que me estoy refiriendo solamente a la posible comunicación que tiene lugar entre el tribunal y otros operadores jurídicos sino a la que se produce dentro del propio órgano judicial. Pensemos en lo que ocurre cuando en un órgano colegiado alguno de sus miembros disiente y emite un voto particular. En tales casos queda patente que los hechos no son *objetivos* de manera que cada sujeto puede comprenderlos de manera potencialmente diferente o, lo que es lo mismo, que los hechos nunca se imponen al juez sino que éste los va modelando a lo largo del proceso por medio de constantes valoraciones que configuran una realidad fáctica peculiar y, hasta cierto punto, nueva. Aunque todos hayan escuchado los mismos testimonios y cuenten con la misma información en relación con todas las pruebas practicadas siempre es posible que lleguen a conclusiones diferentes lo que viene a evidenciar que ciertas dosis de subjetivismo son inevitables. No está de más recordar que en estos casos triunfa la mayoría lo cual no significa que su versión de los hechos sea la que más se aproxima a la llamada verdad material.

Todo lo que estoy diciendo no supone una crítica a la labor de los jueces; estoy convencido de que la mayoría realiza su actividad honestamente y con gran profesionalidad. Si los resultados de su actuación son inciertos y variables ello no implica ninguna responsabilidad por su parte. En realidad son las normas de los sistemas jurídicos actuales –por su indeterminación y vaguedad– las que propician un cierto grado de incertidumbre en relación con el contenido de las decisiones.

²³ Con ello lo que se quiere decir es que el tribunal superior siempre puede modificar la calificación jurídica de los hechos y, en este sentido, corregir al tribunal de instancia.

²⁴ Tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional reconocen que la convicción del juzgador se fundamenta en percepciones inherentes a la intermediación de la prueba que son de difícil comunicación. Una buena parte de la doctrina se ha mostrado muy crítica con las fórmulas que utilizan las normas procesales tales como *íntima convicción* o *certeza moral* pues lo que vienen a hacer es «estimular tendencias subjetivistas e irracionalistas», IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, cit., p. 231. En sentido parecido, NIETO, A., *El arbitrio judicial*, cit., pp. 238 ss, y TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2002, trad. de J. Ferrer Beltrán, pp. 397 ss.

Si los sistemas actuales son abiertos y flexibles, si representan la consagración de un cierto relativismo axiológico y si reclaman la necesidad de justificación de los actos de los órganos públicos –y muy especialmente de la judicatura– implícitamente se está reconociendo que las decisiones que se toman al amparo de un sistema tal han de poseer las mismas características.

De todos modos, la justificación de los enunciados fácticos posibilita que las partes conozcan el camino que ha seguido el juez y permite que sus argumentaciones sean sometidas a revisión a través de los recursos. Pero lo verdaderamente importante desde la perspectiva de las partes es que su versión o su posición sea la que triunfe y, por tanto, creo que no supone ningún consuelo para el que pierde que la decisión contenga razones justificativas más o menos sólidas. El problema principal es si se pueden controlar de algún modo las argumentaciones relativas a los hechos. En mi opinión, y al igual que ocurría con la interpretación de normas, tal control se refiere exclusivamente a aspectos puramente formales que no inciden, con carácter general, en el contenido de los fallos. Si damos por buena esta conclusión deberíamos formularnos nuevamente la pregunta del sentido que tiene la justificación, la argumentación y los razonamientos jurídicos si, desde el punto de vista sustantivo, los fallos pueden ser diferentes e incluso contradictorios. Parece que la seguridad jurídica disminuye considerablemente cuando no es posible hacer previsiones –aunque sólo sean aproximadas– del sentido que tendrán las decisiones judiciales. La impresión que puede transmitirse a los ciudadanos es que los razonamientos jurídicos constituyen un mero ropaje formal que adorna, con mayor o menor fortuna, las decisiones pero, en el fondo, la razón última de cualquier decisión hay que encontrarla siempre en la autoridad que deriva bien de la existencia de la ley y otras fuentes reconocidas, o bien, de la posición jerárquica que ocupa el órgano que decide.

Esta constatación no significa que autoridad y argumentación se opongan de un modo necesario; es más, en los Estados democráticos se presupone con buen criterio que la autoridad goza de legitimidad. Sin embargo, cuando se insiste tanto en la importancia del razonamiento jurídico se está pasando por alto algo que ya se apuntó páginas atrás: a saber, que las decisiones valen no tanto porque estén más o menos razonadas o motivadas sino, fundamentalmente, por la autoridad del que las pronuncia. Es cierto que en todas las sentencias se ofrecen razones justificativas que se refieren a la elección de normas y criterios interpretativos así como a la prueba de los hechos pero son razones que no tienen carácter definitivo. Aunque se justifique una determinada actuación también puede justificarse la contraria o, al menos, otra diferente. Finalmente habrá argumentos que puedan ser definitivos –cuando se pronuncian los tribunales de última instancia– pero no hay que olvidar que tales argumentos se imponen a través de la autoridad y no necesariamente a través de las mejores razones. Que

la decisión de un órgano jurisdiccional sea final o definitiva y que sea correcta son dos cuestiones diferentes; lo que aquí se defiende es que puede haber varias decisiones *jurídicamente* correctas y, por tanto, los argumentos que triunfan se imponen vía autoridad.

Al principio del trabajo se planteaba la cuestión de si la exigencia de motivación ha triunfado sobre el argumento de autoridad. Creo que todo lo que se ha dicho hasta ahora invita a dar una respuesta negativa de manera que la autoridad –aunque sea autoridad legítima– y no la supuesta corrección o aceptabilidad de los argumentos es lo que se impone en todas en todas las ocasiones.

Fecha de recepción: 25/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

El ajuste o desajuste de las prácticas normativas en Ignacio Ellacuría: hacia una nueva dimensión de lo normativo

Por JUAN ANTONIO SENENT DE FRUTOS
Universidad de Sevilla¹

RESUMEN

Este trabajo realiza un análisis sobre el ajuste o desajuste de los derechos humanos a partir de la tesis de Ignacio Ellacuría. Se trata primero de ubicar este análisis en el contexto crítico que lo anima, el horizonte de la praxis histórica. Desde ahí se propone una fundamentación del ajuste en su relación con la praxis humana, así como el estudio crítico del papel que ese ajuste o desajuste de los esquemas normativos juega actualmente en el conjunto del proceso normativo en el seno de las prácticas sociales en la presente fase civilizatoria. A su vez, se aborda un análisis de la lucha por articular otros esquemas normativos que respondan más ajustadamente a las exigencias de la justicia frente a los otros y a la naturaleza.

Palabras clave: *Prácticas normativas, ajuste normativo, derechos humanos, horizonte de la praxis, Ignacio Ellacuría, Xavier Zubiri.*

¹ Profesor del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, correo electrónico: senent@us.es. Este artículo tiene su origen en la ponencia impartida en el *Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, Sevilla 26-28 de octubre de 2009. Agradezco a los profesores Antonio-Enrique Pérez Luño y Francisco José Contreras las observaciones realizadas a la ponencia presentada, lo cual me ha permitido depurar y contrastar algunos análisis.

ABSTRACT

This work provides an analysis of adjustment or maladjustment of human rights from Ignacio Ellacuría thesis. This is the first to place this analysis in the critical context that animates it, the horizon of historical praxis. From there it proposes a rationale for the adjustment in relation to human praxis and critical study of the role that adjustment or maladjustment of regulatory schemes currently plays in the overall regulatory process within the social practices in this civilization phase. In turn, deals with an analysis of the struggle to articulate other regulatory schemes that respond more tightly to the demands of justice against the other and nature.

Key words: Regulatory practices, policy adjustment, human rights, horizon of praxis, Ignacio Ellacuría, Xavier Zubiri.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. HORIZONTE DE LA PRAXIS COMO MARCO PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LAS PRÁCTICAS NORMATIVAS.—3. EL AJUSTE Y OTRAS DIMENSIONES DE LAS PRÁCTICAS.—4. IMPLICACIONES DE LOS USOS DEL «AJUSTE, AJUSTAMIENTO O JUSTEZA».—5. EL AJUSTAMIENTO DE LA ACCIÓN HUMANA: EL AJUSTAMIENTO PARA SER VIABLE.—6. EL AJUSTE O DESAJUSTE EN EL PROCESO DE LUCHA POR LOS DERECHOS HUMANOS.—7. BIEN COMÚN, MAL COMÚN Y FACTIBILIDAD.—8. EL HORIZONTE CULTURAL Y EL DESAJUSTE CIVILIZATORIO: HACIA OTRO AJUSTE CULTURAL CON LOS OTROS Y CON LA NATURALEZA.

1. INTRODUCCIÓN

Voy a tratar aquí del problema del ajuste o el desajuste en relación con las prácticas normativas, y dentro de ese campo se enfocará la cuestión más específicamente desde las prácticas que articulan procesos normativos en la perspectiva de los derechos humanos. En este contexto, se abordarán más específicamente las implicaciones de este «ajuste» o «justeza», en lo que se refiere a su delimitación, fundamentación y su función en el campo de los derechos humanos. Con ello pretendemos avanzar en la discusión y el análisis de esta cuestión a partir de las tesis sostenidas por Ignacio Ellacuría² en sus escritos.

² Para un conocimiento y discusión de la filosofía práctica de Ignacio Ellacuría pueden consultarse, entre otros: SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio, *Ellacuría y los derechos humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1997; Ídem., *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Los derechos humanos desde el pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Prol. J. J. Tamayo, Dykinson, Madrid, 2009; SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio-MORA GALIANA, José (Eds.) *Actas del Congreso Interna-*

La hipótesis que lanzamos en este trabajo es que el examen de este problema también puede ayudar a esclarecer la comprensión del cualquier fenómeno jurídico, lo que supone una invitación a ampliar la consideración de lo jurídico desde esta perspectiva. Ello implica, como decimos, una perspectiva *ampliada*³, puesto que no se lo considera aisladamente desde el momento de institucionalidad del derecho o del sistema jurídico vigente en una sociedad sino *dinámicamente en el conjunto del proceso social de institucionalización del derecho en el contexto de la realidad social y natural*. Así, este proceso empieza *antes* del reconocimiento institucional, y no acaba en el reconocimiento positivo, sino que permanece siempre abierto en tanto subsistan las prácticas sociales. No se trata sólo de una cuestión de la apertura interna del derecho establecido, esto es, de sus aperturas lingüísticas y sistémicas, sino de la apertura que se despliega en el proceso social en el que acontece lo jurídico; esto es, de la apertura⁴ de las prácticas sociales en las que el derecho, y particularmente los derechos, se van definiendo y redefiniendo. Por ello, la perspectiva desde la que considera el derecho Ellacuría, y en particular los derechos humanos difiere de las comprensiones vigentes más influyentes, sobre todo, de las aproximaciones formalistas al derecho. Veamos algunas tesis que nos pueden ofrecer un cierto contraste con la perspectiva aquí asumida.

Recientemente Robert Alexy⁵ ha incidido en la cuestión de la textura abierta del derecho positivo, sostenida por Hart⁶, como una cues-

cional Ignacio Ellacuría 20 años después, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010; DUSSEL, Enrique, *¿Fundamentación de la ética? De Porfirio Miranda a Ignacio Ellacuría*, UAM-Iztapalapa, México, 2007; SOBRINO, J., ALVARADO, R. (eds.) *Ignacio Ellacuría, «Aquella libertad esclarecida»*, Sal Terrae, Santander, 1999; GIMBERNAT, José A.-GÓMEZ, Carlos, *La pasión por la libertad. Homenaje a Ignacio Ellacuría*, Ed. Verbo divino, Estella, 1994; GONZÁLEZ, Antonio, «Aproximación a la obra filosófica de Ignacio Ellacuría», *ECA*, 505-506, San Salvador, 1990; SAMOUR, Héctor, *Voluntad de liberación. El pensamiento filosófico de Ignacio Ellacuría*, Comares, Granada, 2003; CASTELLÓN MARTÍN, José Joaquín, *Ellacuría y la filosofía de la praxis*, Hergué Editorial, Huelva, 2003; MORA GALIANA, José, *Ignacio Ellacuría, filósofo de la liberación*, Editorial Nueva Utopía, Madrid, 2004.

³ Una perspectiva *ampliada* semejante a la aquí sostenida es la mantenida por Enrique Dussel en sus trabajos «Derechos humanos y ética de la liberación (pretensión política de justicia y la lucha por el reconocimiento de los nuevos derechos)» (pp. 145-157) y «La transformación del sistema del Derecho» (pp. 159-169) en *Hacia una filosofía política crítica*, J. A. Senent (ed.), Descleé de Brouwer, Bilbao, 2001. Sin embargo, no se aborda en estos trabajos la cuestión del ajuste o desajuste como dimensión propia de las prácticas normativas. Todo ello, reconociendo el decisivo aporte que en clave también de una teoría crítica latinoamericana o pensamiento de la liberación, como lo fue el pensamiento de Ellacuría, tiene Enrique Dussel por el diálogo crítico que ha desplegado con buena parte de la filosofía actual más influyente.

⁴ Esto es algo que abordé en diálogo con la doctrina actual en *Problemas fundamentales de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 45 ss.

⁵ «Derecho y corrección» en *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, pp. 45-47.

⁶ *El concepto de Derecho*, trad. G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 153 ss.

ción a resolver por los operadores jurídicos, y por tanto sustraída a una consideración social y natural más amplia de las prácticas normativas, donde sólo parecen jugar los que tienen cierto capital jurídico acumulado, por decirlo al modo de Bourdieu. En este sentido, se mantiene a pesar de cierta superación por Alexy del paradigma positivista desvinculado de la eticidad (sobre todo del sostenido por Kelsen⁷ al mostrar el carácter intrínseco de la *pretensión de justicia* de los actos jurídicos—al menos en nuestra cultura jurídica—), en una escisión o fractura socio-jurídica en el proceso de lucha por ideales o por los derechos humanos entre institución, sea esta legal o política y prácticas sociales instituyentes.

En este contexto podemos situar la apertura del derecho *desde* el proceso social en el que acontece. Esta proyección de lo que debe ser realizado y reconocido en función de la situación que se está experimentado como insuficiente, tanto en términos materiales como ideales, es lo que mantiene activo tanto el proceso de transformación del sistema del derecho como la lucha jurídica por su interpretación, y en este sentido, este proceso de desenvolvimiento de lo jurídico se da en un contexto mayor. Por ello, el sistema del derecho no es *causa sui*, y se integra en una tarea ética mayor que se actualiza en las propias prácticas y obliga a ir transformando, no sólo diacrónicamente sino sincrónicamente⁸, la positividad vigente o el estado de cosas amparados en el derecho reconocido. Ello impide el cierre categorial perfecto del sistema jurídico, al modo en que aspiraba Kelsen⁹. La validez, no

⁷ Vid. *Teoría General del Derecho y del Estado* [1949], trad. E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988; Ídem., *Teoría Pura del Derecho* [1960], trad. R. J. Vernengo, Ed. Porrúa, México, 2000.

⁸ Es algo que he examinado en «Sujeto libre y discernimiento de la ley», *Revista Isidorianum*, 30, 2006, 67-109.

⁹ *Teoría General del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, pp. 209-212. Kelsen asume aquí como propio el punto de vista weberiano (citando con ello la obra de Weber *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 368) de la referencia a «normas jurídicas idealmente válidas» como lo distintivo del derecho o del orden jurídico. Para Max Weber, esta referencia puede ser descrita en términos objetivos y perfectamente neutrales con independencia de su objeto, aun «normativo». Éste había puesto las bases de su perspectiva «pura» del conocimiento de lo social o natural mediante su delimitación del campo científico como *descripción* frente a la *elección o prescripción* propia del campo político o personal, que sería inobjetivable e irracional. Señala Weber, que «por desgracia, no existe un puente que desde el análisis puramente empírico de la realidad efectuado con los instrumentos de la explicación causal conduzca a la confirmación o refutación de la “validez” de cualquier juicio de valor» («Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía» en *El problema de la racionalidad en las ciencias sociales*, ed. J. M. García Blanco, Alianza Ed., Madrid, 1985, p.73. Kelsen, por su parte, asumiría también este punto de vista también en su tratamiento del problema de la justicia (*Teoría General del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, «la justicia es un ideal irracional [en tanto que] no es accesible al conocimiento», p. 15). Y a su vez, siguiendo un planteamiento análogo al weberiano, divide lo jurídico en dos campos perfectamente escindidos, el «científico» (que se encarga de describir los «enunciados jurídicos» —*Rechtssatz*—: «la ciencia del derecho tiene que conocer el derecho —por así decirlo, desde fuera— y fundándose en ese conocimiento,

se puede sólo remitir para su delimitación al plano jurídico, y puede haber un juicio de validez que trascienda el punto de vista interno-formal del derecho. Pero un juicio de validez trascendido no se integra necesariamente en la dirección de una mejora de la eticidad del derecho (como por ejemplo sería en el dinamismo de los derechos humanos con respecto al sistema legal) y también puede haber un juicio de validez que se oriente en la dirección de un vaciamiento de las exigencias axiológicas ya presentes en el sistema legal. En este contexto, el intento de Luigi Ferrajoli de integrar los contenidos axiológicos de un sistema dado en el propio juicio de validez, implica a nuestro modo de ver en el fondo un llamado a la responsabilidad ética del jurista o de los actores que trasciende el paradigma positivista¹⁰ pues ello exige un discernimiento de lo más valioso y un compromiso con su desarrollo, desde ahí puede entenderse la reacción, por ejemplo, ante la «crisis constitucional» o ante la «crisis de Estado social»¹¹. La apertura del proceso social en que acontece el derecho no asegura necesariamente ningún proceso asintótico de mejora, por ello, la tarea de ir configurando realmente el sistema de orientaciones normativas de unas prácticas sociales implica, como veremos, una responsabilidad ética en cualquier dirección. De ahí que, como a veces ha sucedido históricamente, como en los juicios de Nüremberg, puede haber una exigencia de responsabilidad por el modo en que se ha practicado el derecho. Es evidente que este juicio es meta-jurídico (en el sentido en que trasciende la formalidad del derecho vigente conforme a la teoría estándar de la validez), aun cuando pueda articularse jurisdiccionalmente. Ello prueba que en el juicio de validez hay una responsabilidad ética, sea o no correctamente ejercida, y que en función de ello, se puedan «pedir cuentas».

Sobre esta última cuestión se pronunció Herbert Hart, negando aparentemente un juicio de validez ampliado. Y digo aparentemente, porque incurre en una cierta contradicción performativa muy reveladora. Hart se decanta por *razones morales* por un juicio de validez jurídica restringido, esto es, su concepto de derecho restringido lo justifica científicamente porque es su mejor opción moral¹². Es decir,

describirlo», *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, p. 85); y el «práctico», donde se producen las «normas jurídicas» –*Rechtsnorm*– («los órganos del derecho, como autoridad jurídica, tienen ante todo que producir el derecho», *ib.*).

¹⁰ Como señala Perfecto Andrés Ibáñez, Ferrajoli aun partiendo de los presupuestos del normativismo kelseniano y de la filosofía analítica del derecho, ha necesitado superar los límites científicos de sus orígenes, «como lo demuestra su renuncia al espejismo de una teoría *pura* o *formal* del derecho, no valorativa o simplemente descriptiva» y a su vez, la asunción de un criterio de validez no meramente formal sino «en términos de racionalidad material-constitucional», «Prólogo» en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 10-11.

¹¹ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 15 ss.

¹² «un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones (...) puede concederse que los delatores alemanes, que guai-

parece que lo propio es realizar un discernimiento sobre el juicio de validez que se asume en cada acto, pues tenemos que elegir en función de la mejor opción moral (si queremos ejercer correctamente nuestro emplazamiento). Ahora bien, aun cuando se decante provisionalmente por un concepto de validez restringido, esto se funda, de facto, en una perspectiva *ampliada*, desde la cual, en su caso, *decide* por responsabilidad moral restringir (o no) el concepto de validez jurídica para el caso concreto.

Pues bien, la perspectiva de Ellacuría del derecho, que se puede reconstruir a partir de su tratamiento metodológico de los derechos humanos se separa, como iremos viendo, de una fractura perfecta, tanto entre juridicidad y moralidad o eticidad, como entre conocimiento y producción o aplicación del derecho, en función de una cierta lectura fenomenológica¹³ de cómo acontece el derecho en la propia praxis social.

Para Ellacuría la complejidad del fenómeno de los derechos tiene que ser enfrentada desde tres momentos interna y sistemáticamente vinculados (verdad, justicia y justeza), que son dimensiones primarias de los derechos humanos, donde se pueden, a nuestro juicio, articular otros fenómenos. Ello exigiría un tratamiento general y sistemático que no podemos ofrecer aquí. En este trabajo nos centraremos en el momento de justeza o ajuste, y en su tratamiento se irán viendo las conexiones con los otros momentos. El ajuste de un derecho humano es la condición de su justeza, y ésta no remite en su talidad a una dimensión de

dos por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo la moral puede exigir también que el estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el estado en ese momento (...) Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente. Un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso de castigo ordinario. Por lo menos puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar» (*El concepto de Derecho, op. cit.*, p. 261). Es interesante constatar como Hart es perfectamente consciente del problematismo inscrito en el juicio de validez que no se puede ventilar cómodamente como mera «descripción» al modo weberiano o kelseniano, cuando reconoce alguna posibilidad de «introducir fisuras en este principio». En este sentido, Hart muestra un camino, a pesar de que no lo recorrió hasta sus últimas consecuencias, para una superación de la teoría formalista de la validez.

¹³ En ella, su influjo más decisivo –aunque no único– es su maestro, Xavier Zubiri quien radicalizó a su vez, tanto el análisis fenomenológico propuesto por Edmund Husserl, como la lectura que del mismo emprendió su discípulo Martin Heidegger (ello puede observarse ya en su tesis doctoral de 1965, *Principialidad de la esencia en Xavier Zubiri*, 1096 pp., Universidad Complutense; donde Ellacuría realiza un profundo examen crítico a la luz del planteamiento zubiriano de estos dos autores, centrales para el siglo XX, por la permanencia tanto de Husserl como de Heidegger en el ámbito del idealismo). Sobre la «fenomenología» postidealista zubiriana, montará Ellacuría su análisis de la praxis humana, que es la base epistemológica de su teoría normativa.

verdad, ni de idealidad o justicia (que son también partes constitutivas de los derechos humanos que deben ser esclarecidas y alcanzadas, aunque a su vez, siempre hay que tomar las tres dimensiones de verdad, justicia y ajuste de modo *integrado* en última instancia¹⁴). En el ajuste o desajuste se trata de una dimensión «práctica o política»¹⁵. El ajuste o desajuste de un hacer, o de un poder hacer está en relación con su realizabilidad y viabilidad¹⁶ en el conjunto de las prácticas sociales en el sentido en que éstas determinan su condición social de posibilidad o de imposibilidad; a la vez que ese hacer o poder hacer favorece o no el hacer o poder hacer de otros¹⁷. Por ello, dice Ellacuría que es una cuestión práctica o política. Es decir, no se trata solo de un ámbito de acción reconocible o reconocido¹⁸, sino que su ejercicio o realizabilidad está

¹⁴ Vid. supra, epígrafe 3.

¹⁵ ELLACURÍA, I., «Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares» (en adelante HDH), en *Escritos filosóficos III*, Uca editores, San Salvador, 2001, p. 434.

¹⁶ Como aclaración, aun sumaria, de la diferencia entre la eficacia y la justeza, diremos que ésta implica un juicio ampliado sobre la eficacia normativa –juicio interno limitado– (apuntaré alguna diferencia tomando para la discusión los conceptos propuestos por J. L. SERRANO en *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999, p. 63), pudiendo el criterio de justeza incluir en su perspectiva la eficacia, pero no pararse en ella, al tener como referencia el despliegue real de la norma o de la práctica social. La justeza como *realizabilidad y viabilidad o sostenibilidad*, se diferencia de la mera eficacia de cumplimiento de un derecho que puede asumirse desde una perspectiva restringida del derecho (no es sólo la cuestión, vista desde la norma, de si una norma es practicada o no, es decir de su «*eficacia de cumplimiento*»), porque sitúa el contexto de vigencia de una norma y su realización en el entorno social en las condiciones materiales o sociales que permiten o impiden su realización. En cuanto a la «*eficacia de la sanción*» como simple constatación de que «en el entorno del sistema jurídico del hecho de que la sanción prevista por la norma X se aplica en los supuestos de su incumplimiento» (ib.), el criterio de justeza puede asumir la sanción como reajustamiento de una práctica antijurídica con su entorno, pero va más allá del punto de vista interno al preguntarse por el carácter ajustado o no de la sanción prevista en función de en qué situación quede o se ponga al sujeto de la sanción. A su vez, con respecto a la «*efectividad*», ante el hecho «de que los poderes públicos alcancen los fines para los que se promulgaron para los que las promulgaron» (ib.), la justeza es un criterio mayor, porque la necesidad de alcanzar los fines (y su calidad material) está inscrita en la necesidad de ajustamiento de las prácticas sociales. Con respecto a la «*eficiencia*», esto es, si la norma «alcanza con un coste razonable los fines para los que fue promulgada» (ib.), el criterio de la justeza muestra, por su conexión con el momento de justicia, cómo la necesidad de un «ajuste», no puede justificarse cómo y en términos absolutos para una situación normativa, cuando ello implique costes que impiden el disfrute de otros derechos o el respeto de otros bienes. En este sentido, la eficiencia, es tensionada por el criterio de justeza al incorporar una dimensión normativa o exigencial en el marco de lo real.

¹⁷ En esta línea, nos dice Ellacuría que el ser humano «no se da “realmente” como individuo aislado, aunque tampoco su realidad sea sin más el conjunto de las relaciones sociales, aunque sea evidentemente un hombre social, determinado concreta e históricamente por lo que hace, por lo que le hacen hacer o por lo que le dejan hacer» (ELLACURÍA, I., «Introducción. Persona y comunidad», *Escritos filosóficos III*, op. cit., p. 68).

¹⁸ Esto remite a su vez a la cuestión de la validez. Ello requiere una consideración *in extenso*, que no podemos ofrecer en este espacio, por lo que sólo haré aquí

condicionado por la estructuración social, o dicho de otro modo, por la ordenación material de las relaciones de poder en una sociedad de la que se es paciente, y de algún modo también se puede ser agente; y a su vez, por la viabilidad que en conjunto ofrece.

Hablamos en el título de este trabajo de lo «normativo», porque esta perspectiva podría aplicarse a otros usos normativos, como pueden ser los morales o los sociales. Por cuestiones prácticas voy a centrarme en el mundo jurídico, y dentro de este campo, trataré la cuestión desde el planteamiento que del mismo hace Ellacuría en su abordaje de los derechos humanos. El instrumental analítico y metodológico que vayamos ganando en la marcha, podría ser después puesto en relación con otros campos normativos, o hacia el conjunto de la experiencia jurídica.

Otra precisión que quisiera hacer sobre lo referido en el título mediante la pretensión de ir «hacia una nueva dimensión de lo normativo». En realidad, si no queremos incurrir en planteamientos idealistas, tenemos que ir al reconocimiento de esta dimensión del ajuste como parte de facto de las prácticas jurídicas, al menos como posible aspiración de la mayoría de los sistemas jurídicos y de sus actores. No se trata de constituir por el pensamiento esa dimensión, pero sí de articular conscientemente la tensión entre interpretación o compren-

algunas precisiones. Antes hemos hecho unas observaciones preliminares que sirven para distinguir la perspectiva ellacuriana del concepto formalista y positivista de la validez *more kelseniano*. Decimos que es un ámbito *reconocible*, es decir, que está siendo todavía excluido por los otros de la relación social del reconocimiento de su validez, o en su caso *reconocido*. En esta perspectiva de análisis la validez está implicada en la dimensión verdad que se articula *en* la práctica normativa, y *en la medida* en que es tomada en serio por los actores de un contexto sociopolítico, y no simplemente como un subterfugio ideológico para justificar el mantenimiento de un proceso social que niega de facto en sus realizaciones lo que afirma ser idealmente una verdadera norma (y por tanto válida) y que por ello debe orientar efectivamente las prácticas sociales como proyecto de sociedad al que se va acercando visiblemente por sus aproximaciones prácticas. Sostener como reconocido un conjunto de normas implica un *compromiso* con su realización en el proceso social, la veracidad (visible mediante su verificación en los resultados sociales, por el «método de historización de los conceptos» esto lo he tratado en *Ellacuría y los derechos, op. cit.*, pp. 145-185) o no de ese compromiso o de esa apuesta por el reconocimiento es un criterio mayor donde se integra la cuestión de la validez. La cualificación de la (mayor o menor) veracidad o falsedad histórico-social de lo reconocido retórica o idealmente, confirma o erosiona y desacredita la supuesta validez. Ello muestra el carácter veraz o falsario y manipulador de los actores del sistema sostenido, y con ello, del sistema mismo.

Por ello, el «juicio de validez», no se puede resolver por referencias «internas», por criterios lógicos únicamente como pertenencia o no a un sistema normativo sino situándolos en el contexto del proceso social. En este sentido, la validez no es algo estático, sino que hay, o puede haber una lucha por la validez, esto es, por *ir dando validez* en las prácticas sociales a lo que en su caso, tiene supuestamente reconocida una validez teórica en el discurso normativo abstractamente considerado. En esta línea, la tarea de dar validez o por válido un derecho reconocido (o por reconocer) forma parte pues de una tarea ética en la que se integra y en la que están emplazados los propios actores de un sistema normativo.

sión del derecho y su aplicación, y en esa tensión, en la lucha por «decir y decidir el derecho», por la *iuris-dictio*, tiene un papel que jugar la dimensión del ajuste que puede ser puesta al servicio de unos o de otros, o de todos, al menos como proceso. A este proceso de ajuste están emplazados los actores y sus sistemas jurídicos.

2. HORIZONTE DE LA PRAXIS COMO MARCO PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LAS PRÁCTICAS NORMATIVAS

Para el tratamiento de esta cuestión nos situamos reflexiva y activamente en el denominado a partir de la filosofía ellacuriana «*horizonte de la praxis histórica*»¹⁹. Éste no es sino un esfuerzo crítico, que se suma a otros²⁰, por tratar de superar los límites del «horizonte del sujeto» moderno, y abrir así la posibilidad de un marco intelectual y de realización postmoderno *ampliado*, que no renuncia a ciertos hallazgos de la Modernidad, y en ese sentido, ni es simplemente «antimoderno» ni puramente indolente al estilo posmodernista. Y decimos activa y reflexivamente, porque hay que realizar un cierto esfuerzo para salir del modo habitual en que la Modernidad entiende estos fenómenos. Y no se trata sin más de darle la vuelta al planteamiento moderno, para en última instancia tener una Modernidad al revés como la lectura del marxismo que desde el materialismo dialéctico se propuso, lo que no es sino otra forma de seguir con la misma limitación²¹.

¹⁹ Abordé esta cuestión en *Ellacuría y los derechos humanos*, op. cit., pp. 101-144. Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de Diego Gracia «Filosofía práctica» en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, op. cit., pp. 11-26.

²⁰ El contexto crítico inmediato para Ellacuría es el filosofar desde América Latina como periferia y exterioridad del centro y la totalidad occidental. Desde ahí surge con fuerza un movimiento plural desde el último tercio del siglo XX, donde distintas contribuciones critican el pensamiento producido y mantenido en el centro, y cuyas limitaciones e insuficiencias permiten mantener en una mala situación cultural regiones dominadas, y critican a su vez el pensamiento latinoamericano que mimetiza colonialmente el pensamiento del centro. Como ha señalado Carlos Beorlegui, «para Ellacuría encararse filosóficamente con la realidad equivalía a hacer una filosofía que, aunque apoyada en las mejores aportaciones de la historia de la filosofía, sobre todo las de Zubiri, fuera una filosofía al mismo tiempo latinoamericana, filosofía que, por otro lado, no podía ser más que una filosofía liberadora o de la liberación, no sólo para Latinoamérica, sino para el resto de la humanidad» («La filosofía de Ignacio Ellacuría en el contexto filosófico latinoamericano» en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, p. 96). Para conocer ese movimiento filosófico hay dos referencias imprescindibles, de BEORLEGUI, Carlos, *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incesante de la identidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006; y la de SÁNCHEZ RUBIO, David, *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.

²¹ Por ello, como a continuación diremos, no sólo se enfrenta con la orientación idealista de la Modernidad, sino también se enfrenta con un materialismo determinista que hace de los sujetos históricos meros objetos de las fuerzas que los empujan y de los condicionamientos físicos en que quedan subsumidos. Junto a una libertad que «flota en

Esta propuesta de marco intelectual desde donde se plantea la tarea normativa, trata de enfrentar el peligro de la orientación idealista por la que transcurre buena parte de la Modernidad²², con el riesgo en términos prácticos y políticos de hacer pasar como buena y definitiva una realidad humana y social rota en nombre de valores meramente postulados o proclamados; o de justificar el «fin de la historia» de las instituciones como si de esencias a-históricas e inmutables se trataran y no de construcciones hechas y recreadas en función de los propios sistemas sociales. Pero además, desde esta orientación idealista que se articula de múltiples formas, es más fácil recaer en un formalismo normativista, que atienda sólo a una normatividad absoluta y abstracta, separada por tanto de los actores reales y de los destinatarios y sujetos de esa normatividad en donde acontece²³; o de entender las prácticas normativas principalmente como «discurso» sin dar cuenta de lo que se está jugando y realizando con ese «discurso». En este sentido, se trata de superar la disociación o fractura ontológica y epistemológica²⁴ entre «ser» y «deber ser»²⁵, entre «norma» y «hecho», mostrando el lugar de imbrici-

sí misma», al modo del subjetivismo idealista moderno, hay tener en cuenta la lucha por la liberación de esa libertad que parte de la propia formalidad en que se realizan los actos humanos según ha analizado Xavier Zubiri (en particular en su trilogía sobre la «inteligencia sentiente»: *Inteligencia y realidad*, Alianza Ed., Madrid, 1980; *Inteligencia y logos*, Alianza Ed., Madrid, 1982; *Inteligencia y razón*, Alianza Ed., Madrid, 1983). Esta formalidad inscrita en los actos humanos, es un hecho decisivo, precario pero ineludible, que dota de apertura a cada situación histórica.

²² Es una de las constantes críticas de la filosofía ellacuriana, quien se apoya sobre todo en Zubiri para señalar esta limitación, de ahí su lectura del proyecto filosófico zubiriano en clave de la liberación de otro horizonte, que podríamos denominar «postidealista». Sobre esta cuestión es muy relevante su trabajo «La superación del reduccionismo idealista en Zubiri» [1988], *Escritos filosóficos III*, op. cit., pp. 403-430.

²³ No puedo dejar de referirme a un trabajo que muestra fehacientemente las insuficiencias para los desafíos actuales del paradigma más típico de esta opción, como es el kelseniano, de Antonio-Enrique Pérez Luño, «Abschied von Hans Kelsen? La metamorfosis actual de los sistemas jurídicos y su impacto en la teoría pura del derecho», en *La filosofía del derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, pp. 361-390.

²⁴ La tradicional distinción entre ser y deber ser, y su correlato en la diferencia entre describir y prescribir que en la filosofía moderna se funda en el pensamiento de David Hume tiene una larga secuela histórica (antes mencionamos a dos destacados cultivadores de esa tradición como Weber o Kelsen) que sin embargo, muestra ya signos de agotamiento. Son múltiples los enfrentamientos críticos a estas dicotomías ya seculares. Entre ellos, y desde diversos contextos, destaco las aportaciones desde la hermenéutica de Paul Ricoeur en *Sí mismo como otro*, Siglo XXI, Madrid, 1996; desde el pragmatismo, el trabajo de Hilary Putnam en *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Paidós, Barcelona, 2004; o de Enrique Dussel desde la teoría crítica latinoamericana en «Algunas reflexiones sobre la falacia naturalista» en *Hacia una filosofía política crítica*, op. cit., pp. 87-102.

²⁵ Ellacuría señala una cierta síntesis o camino de encuentro desde la categoría de *posibilidad*, de lo que podría ser o realizarse para dar otra configuración efectiva a la realidad. Es importante «la categoría de “lo que debe ser” como pista de lo que es posible. El “debería ser” no es principio argumento de nada, sino poco más que un posible puramente formal. No puede presentarse un “deber ser” ser actual si no es

cación entre ambos planos desde la acción humana, aunque esto requiera un largo y riguroso análisis, que en buena medida está por hacer. Si el momento debitorio o exigencial es ineludible en cada acción²⁶, aunque se pueda «pasar de largo» de ese momento con la posibilidad subsiguiente de cierre ético de la situación y con ello el cierre de posibilidades de tratamiento debido, siempre, en tanto que haya acción humana cabe la apertura de nuevas posibilidades y con ello de abrir normativamente la situación de los actores a otro reconocimiento o exigencia debida. Por ello, la tarea normativa, el ir descubriendo lo que debe ser realizado, institucionalizado y superando a su vez lo institucionalizado, es siempre una tarea inacabable en tanto haya praxis humana. De ahí que esta tarea deba partir reflexivamente de la propia praxis en la que acontece, como lugar de la verdad primera²⁷, pero también como lucha por la realización de una verdad más plena²⁸. Nos dice Ellacuría, «no podemos llegar a saber lo que es la humanidad y, en definitiva, el hombre, más que cuando acabe de ser históricamente todo lo que es capaz de dar de sí»²⁹, y este dar de sí es a través de la propia praxis que fuerza la transformación de la realidad³⁰.

Así, el ámbito desde el que se puede elaborar otro pensamiento y otro abordaje de las cuestiones prácticas con la pretensión de enfrentarse a la superación de esos reduccionismos será la historia. Pero entendida no como un magno proceso en el que quedan desdibujados los sujetos, sino como *praxis* histórica en la cual los sujetos no sólo son pacientes de los condicionamientos y fuerzas sino que son o pueden llegar a ser en un mayor grado agentes, actores y autores de su

realmente posible. El “deber ser” lejano tiene función de utopía; [mientras que] el “deber ser” actual es el que se presenta como fuerza subjetiva real» («El sujeto de la historia» [1978], en *Cursos universitarios*, Uca editores, San Salvador, 2009, p. 319).

²⁶ SENENT, J. A., *Problemas fundamentales de los derechos humanos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 85-101.

²⁷ En esta línea, resulta pertinente el abordaje de la praxis, desde una filosofía primera que lleva a cabo Antonio González a partir de una nueva radicalización fenomenológica del análisis de la acción humana realizada por X. Zubiri (*Estructuras de la praxis. Ensayo de un filosofía primera*, ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 11-43). Aquí, teniendo en cuenta esta perspectiva, tratamos de realizar un diálogo con ella a partir de la filosofía ellacuriana en la medida en que, a mi juicio, ofrece una visión complementaria y enriquecedora en la perspectiva de una *filosofía segunda* mediante enfoques y respuestas que no pueden obtenerse con la inmediatez que ofrece esta filosofía primera, pero que no por ello pueden dejarse de lado en una *filosofía práctica* para enfrentar los desafíos actuales.

²⁸ «La verdad (...) no es total hasta que muestre su capacidad operativa, su capacidad de hacer justicia», en «Discurso de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” en la firma del contrato con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)» (1971) en *Escritos universitarios*, Uca editores, San Salvador, 1999, p. 25.

²⁹ «El objeto de la filosofía» (1981), *Escritos políticos I*, Uca editores, San Salvador, 1991, p. 90.

³⁰ Cf. *ibíd.*, p. 91.

propia realización y de la realidad con la que hacen su vida³¹. Este hacer histórico, se articula en una cierta dialéctica entre libertad y necesidad. Construir socialmente la marcha de la historia humana, consiste en liberar la historia, en hacerse sujeto activo para darle otra dirección, y no meramente en ser sujeto paciente de los procesos históricos. Esta apertura de la historia, de cada sujeto, grupo humano, y en última instancia del conjunto de la humanidad, es la que permite la orientación de la praxis humana, la lucha por introducir una «novedad», por dar de sí una vida más plena y un mundo no roto ni dialécticamente enfrentado como dato definitivo.

El desenvolvimiento de la acción humana con lo real; consigo mismo, con los otros o con el mundo, nunca es meramente contemplativo³². También tiene un carácter activo y realizativo. Este modo de habérselas de la acción humana con las cosas en sentido lato, nos aboca a una tarea ética. Por ello, la verdad de la realidad, al entrar en juego la acción humana, y con ella la historia, no es simplemente lo dado o lo hecho, el *factum*, sino como nos diría Ellacuría, lo que está haciéndose y lo que está por hacer, es decir, la verdad tiene un carácter radicalmente histórico: «porque es el *verum* y sólo el *verum* el que ha de entenderse como un *faciendum*, pues sólo en esa realización, en ese darle realidad, puede hablarse plenariamente de verdad»³³. Es por tanto una tarea ética, una praxis, «pero esta *praxis* no es el cumplimiento de una obligación venida desde fuera sino la realización del propio dinamismo personal y del dinamismo social, que si son ambiguos, por lo tanto, pueden conducir tanto a la alienación de la sociedad como a la alienación de la persona, pueden llevar también a la realización plena de la persona en la comunidad»³⁴. Por tanto, en la realización *abierta* y responsable de esos dinamismos es donde se va a decidir la configuración que finalmente asuma la realidad humana. Y desde esta apertura y ambigüedad de los dinamismos humanos, se

³¹ «La historia puede tragarse a las personas convirtiendo a éstas en puros números sometidos al juego de fuerzas que le son ajenas. Y no hay duda de que mucho de lo que se entiende por historia, mucho del curso de los acontecimientos tiene un carácter a-personal. Pero es que entonces la historia ya no es historia, sino puro proceso natural, un proceso de naturalización, de despersonalización. Pero entonces queda desprovista la persona humana y la historia misma de su peculiar sentido metafísico; si la persona humana queda absorbida en ese proceso, es porque ese proceso ha dejado de ser historia. Es algo posible. Pero aun en ese caso de naturalización de lo histórico, queda siempre en virtud del incipiente carácter absoluto de la persona, abierta a la posibilidad de las posibilidades: el que el hombre puede volver a hacer historia y que en ese hacer histórico puede reconquistarse como persona» («Sentido de la historia para la persona humana» [1975], en *Escritos filosóficos III*, *op. cit.*, p. 96).

³² El ser humano «se da realmente en sociedad y en historia, como se da en naturaleza: se da en plena actividad, una actividad compleja, contemplativa y activa, que es de sí mismo y es de los otros» («Introducción. Persona y comunidad» [1975], *Escritos filosóficos III*, *op. cit.*, p. 69.)

³³ *Ibíd.*, p. 71.

³⁴ *Ibíd.*

alzará la posibilidad ética de que la persona «se esfuerce creativamente por dar un sentido a la historia y por intentar la construcción de una realidad personal, social e histórica que permita la realización de ese sentido»³⁵.

¿Cuál es ese sentido de la vida o de la historia? Dice Franz Hinkelammert que el sentido de la vida es vivirla³⁶, y podríamos seguir, que el sentido de la historia es hacerla. Creo que en última instancia tiene razón pues no es una simple tautología. O la vida y la historia merece ser vivida y realizada o nos caemos por el precipicio del nihilismo. Y en esta línea, cuando Ellacuría plantea el proceso histórico no como un mero proceso de hominización, o de mero despliegue biológico de la especie humana, sino también y principalmente como un proceso de humanización, está planteando el mismo problema; o también cuando plantea el problema radical de los derechos humanos como una lucha por la vida y en contra de aquello que produce muerte y negación. O bien la vida humana y la realización de la humanidad se afirma y libera sus mejores virtualidades o estamos abocados al fracaso. La vida debe ser vida digna y no vida negada, y la historia hecha por la personas, en última instancia por el conjunto de la humanidad, y no padecida como un proceso que nos arrastra, amenaza y cosifica. Es decir, o vivimos una vida con sentido, y una historia con sentido, o no tiene sentido vivirla ni hacerla.

Pero ello, no nos lanza a un abandono rápido de la vida o de la historia, ni a un suicidio individual ni colectivo. No es aquello de «que se pare el mundo que yo me bajo». Nos invita, si queremos hacernos cargo de la densidad de lo real y de sus posibilidades, a no dejarnos engañar por las apariencias de lo que hay como lo definitivo; de la ruptura y la enemistad como el último dato de lo humano; a una rebeldía contra el mal sufrido y la alienación. A una rebeldía por la vida y la solidaridad en contra de la muerte inflingida y la negatividad³⁷. No a la espera, sino a la esperanza activa de los que construyen y hacen irrumpir otro futuro en medio del presente. Siempre en la facticidad hay un «más», que sólo se ve o desarrolla por la esperanza que anima la profecía y la utopía: «profetismo utópico que desde la negación anuncia un futuro mejor y concreta los modos de su realización»³⁸.

Esta lucha por la vida y por abrir sus posibilidades, puede adquirir la forma de lucha por los derechos humanos, y esto, permite fecundar el campo jurídico (campo de la ambivalencia por excelencia, pues es

³⁵ *Ibíd.*, p. 243.

³⁶ «La universidad frente a la globalización» en *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, Heredia, Costa Rica, 2003, pp. 369 ss.

³⁷ «Heidegger pensaba (*Was ist Metaphysik?*) que era la nada la que fundamentaba la posibilidad del no y, en general, de la negatividad; por ello, quizá, en vez de preguntarse por qué hay más bien ente que nada, debería haberse preguntado por qué hay nada –no ser, no realidad, no verdad, etc.– en vez de ente»). ELLACURÍA, I., «Función liberadora de la filosofía» (1985), *Escritos políticos I, op. cit.*, p. 101.

³⁸ HDH, p. 439.

administración de la vida y de la muerte) y darle otro «sentido» histórico con el proceso de realización de los ideales éticos que están presentes en las luchas por los derechos humanos. Como apunta Ellacuría en su análisis, el «deber ser» o la exigencia está ya dada de algún modo en la propia vida negada que se experimenta como invivible y que pide su superación. La conciencia de esta situación permite abrir la lucha por hacerla vivible o digna, es decir, por la negación superadora de la situación de opresión, pero también obliga a un cierto ejercicio racional y ético de construcción normativa, que se articula en diversas tradiciones culturales, por construir un mundo donde los otros también puedan vivir.

Desde este horizonte de comprensión de las prácticas normativas, se muestra también la necesidad de superar un enfoque de los problemas jurídicos que se concentre únicamente en los problemas lógicos o de no contradicción formal entre sus diferentes piezas o de coherencia axiológica, y no contemple los sistemas jurídicos como universos autorreferenciales y autosostenidos³⁹, que flotan en sí mismos con una pretensión de suficiencia que le permite incurrir con aparente tranquilidad, en su caso, en el despotismo de la ley: «el derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente (...) no es lo que debe ser sino lo que es»⁴⁰. En esta línea, el derecho puede transitoriamente tener «cualquier contenido», salvados los problemas lógicos, como quizá se pueda sostener desde el formalismo kelseniano⁴¹ al consistir el derecho en pura formalidad. Lo cual en un cierto sentido puede darse provisionalmente en el peor de los casos. Herbert Hart, sostenía más realista y prácticamente, y en esta línea participaría de este horizonte de la praxis, que si el derecho no quería convertirse en «reglas para un club de suicidas», tenía que tener ciertos contenidos mínimos que protegieran la vida de los actores para poder seguir operando en el futuro: «*dada la supervivencia como objetivo*, el derecho

³⁹ Es sumamente interesante recoger la aguda crítica de Ortega y Gasset, quien es uno de los precursores intelectuales de este horizonte de la praxis histórica como lugar adecuado de intelección de los fenómenos humanos y sociales, a las derivas idealistas que se producen en la primera mitad del siglo XX en la teoría jurídica más influyente, tanto por parte del neokantismo como del positivismo formalista: «El derecho no se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico, como pretendía la extravagancia de Kelsen, extravagancia oriunda de haber entendido mal a mi maestro de Marburgo, como ya lo entendió mal Stammler (...) La teoría del derecho de Kelsen, de que se han empapado los juristas y filósofos del derecho de todo el mundo, sólo podía terminar donde ha terminado con un palinodia. *El derecho –digo– no se funda en algo, a su vez, jurídico, como la ciencia no se funda últimamente en nada científico, sino que ambos se fundan, cuando los hay, en cierta situación total de la vida humana colectiva*» («Una interpretación de la historia universal» en *Obras Completas*, Alianza Ed., Madrid, 1983, vol. IX, p. 144, sub. mío).

⁴⁰ GRAY, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, p. 213 (cito por H. HART, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 256).

⁴¹ «Las normas jurídicas pueden tener cualquier tipo de «contenido» (KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, 1945, p. 113 –cito por H. HART, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 256).

y la moral deben incluir un contenido específico»⁴². «Dada la supervivencia como objetivo», implica que no hay garantía ni lógica ni metafísica de que eso se dé, por ello un sistema de prácticas normativas puede consistir aún de forma muy transitoria en «reglas para un club de suicidas». Por ello, el objetivo es *puesto* por los actores de un sistema normativo, de ahí que es en la tarea normativa como tarea ética en toda su amplitud, donde se juega tanto el futuro de la realidad como el de la propia praxis, y por tanto ésta va cargada de densidad pues en ella se está decidiendo desde sí misma y con sus propias actuaciones, tanto la posibilidad de la racionalidad⁴³ como la de la realidad humana que no son instancias que se pueden dar por seguras sino que hay que sostener y realizar, si queremos seguir viviendo, como emplazamientos de nuestras propias acciones y no sólo como dimensiones o momentos de las mismas. A su vez, al señalar la necesidad de conseguir alcanzar ciertos contenidos, estaba planteando de forma incoactiva, el problema de ajuste o desajuste de las prácticas normativas y su función en las vidas humanas como sistemas psicobiológicos de acciones sostenidos en el tiempo que necesitan hacerse viables.

Desde este marco, hay que entender dinámicamente el problema del ajuste o desajuste.

3. EL AJUSTE Y OTRAS DIMENSIONES DE LAS PRÁCTICAS

Antes de entrar en la significación del ajuste y sus implicaciones en el despliegue de las prácticas normativas conforme a derechos humanos, lo situaremos brevemente en el conjunto de dimensiones normativas.

Indicaba Ellacuría que el problema de los derechos humanos hay que plantearlo desde un triple plano: «en lo que tiene de verdadero y falso –problema epistemológico–, en lo que de justo e injusto –problema ético–, y en lo que tiene de ajustado o desajustado –problema práxico o político–»⁴⁴. Entre los tres momentos, se articula una «unidad estructural», como momentos determinantes de algo o que se codeterminan pues tienen una refluencia sistemática en el conjunto. El «sistema», lo es por sus notas constitutivas y la mutua acción de unas sobre otras, de modo que cuando no alcanza o una de sus notas no se da ya, adquiere otra configuración y es otra cosa. Por ejemplo, un derecho, no es «derecho humano» cuando pierde la vocación de uni-

⁴² *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 239 (subrayado mío).

⁴³ Señala Ellacuría que quien «hace verdaderamente racional la historia es quien introduce en ella proceso racionales, no sólo en cuanto se acomodan a una realidad dada y la hacen “funcionar” mejor sino en cuanto introducen procesos y dinamisismos en relación a un deber ser» («El sujeto de la historia», *op. cit.*, p. 319).

⁴⁴ ELLACURÍA, I., HDH, p. 434.

versalidad, y se limita a ser derecho de grupo que se construye sobre la exclusión de otros, entonces, se convierte en «privilegio». Aquí hay una opción teórica radical que busca integrar lo que en la realidad se presenta como internamente vinculado aunque sea de modo *sui generis*, de esta manera, lo que sea un verdadero derecho humano, debe ser lo justamente debido a toda persona en cuanto tal o en su concreta especificación por responder a una exigencia radical, y a su vez, su realización, o su realizabilidad muestra lo ajustado o desajustado de lo que presenta como verdadero y justo derecho⁴⁵. Pero esta dimensión práxica ha de entenderse como algo abierto, ya que la praxis humana no está cerrada conforme a cada una de las concretas situaciones fácticas, y puede siempre haber una lucha por su superación, por ello no se puede reconocer sin más que lo verdaderamente debido es lo que aparece como realizable según unas concretas condiciones actuales, sino que lo verdaderamente exigible en orden a su actualización sea el ir abriendo históricamente las posibilidades reales conforme a lo que se presentan como exigencias humanas que deben ser atendidas en la propia realización histórica de la sociedad humana. Dicho de otra manera, si el momento práxico nos ofrece un realismo que pone al descubierto lo que ocurre con los ideales humanos, y a su vez, cómo éstos pueden ser empleados ideologizadamente, en nombre de este «realismo» no se puede negar el carácter real de la apertura de la historia humana a su plenificación mediante la realización de lo que es debido a las personas en cada momento o situación. En este contexto, hay que señalar que estos tres momentos son en última instancia *criterios utópicos* que pueden orientar este tipo de prácticas.

4. IMPLICACIONES DE LOS USOS DEL «AJUSTE, AJUSTAMIENTO O JUSTEZA»

Ellacuría nos habla de «ajuste, ajustamiento o justeza» como sinónimos, y de sus contrarios. Vamos a considerar los usos posibles de esos términos y su empleo filosófico. En un primer sentido, nos dice la RAE, que justeza o justedad es la condición de justicia. No es ese el sentido en que se usa en el análisis ellacuriano, pues entonces no aportaría nada a la delimitación de lo justo. La cualidad de la justeza o justedad apunta a otro sentido complementario a la idea de justicia. Según la RAE, justeza o justedad es «2. Igualdad o correspondencia justa y exacta de una cosa». A ello, añade el *Diccionario de María Moliner*: «correspondencia exacta de una cosa con otra». Lo que le es

⁴⁵ En este sentido, habría que decir que no cabe una «justeza injusta», pues la justeza es la dimensión práctico-real de la justicia. O dicho de otro modo, un ajuste injusto, como podría ser el caso del gansteril «ajuste de cuentas», elimina las exigencias de la justicia en el ajustamiento, y en este sentido, mantiene un carácter desajustado visible en el resultado de las muertes.

debido o le corresponde a *una* cosa, está implicado en su relación *con otra*. Por tanto, apunta a una dimensión relacional y contextual de la justicia, no puramente normativa o ideal de la misma. Con la idea de justicia, Ellacuría resalta en un primer término el momento de idealidad, de exigencia racional o de normatividad ética⁴⁶; con el de justeza, la funcionalidad práctica y real de esa normatividad y por tanto la devolución de la corrección material de la concreción racional.

Es cierto que desde Aristóteles se viene considerando la justicia como la virtud social por excelencia. En este sentido, es el criterio ético de orientación y ordenación de las relaciones sociales. Según Aristóteles la justicia es la «virtud completa», pues «no es una virtud absoluta y puramente individual; es relativa a un tercero (...) La justicia parece ser entre todas las demás virtudes, la única que constituye un bien extraño, un bien para los demás, y no para sí»⁴⁷. Así, se resalta con fuerza el dinamismo externalizante o universalizador de una razón bien ejercida que busca la corrección más allá de uno mismo. Ahora bien, como el propio Aristóteles apunta la concreción racional de lo justo en una situación tiene también sus riesgos y sus peligros en los diversos contextos y regímenes. Baste con la observación inveterada de que no se es buen juez en causa propia. Y continuamente nos encontramos no con la consecución del «bien para los demás» y de la razón bien ejercida en los procesos de institucionalización normativa, sino con el mal y el error, como pretende mostrar en su *Política*. Es decir, con la injusticia. Si la justicia, en un sentido omnicompreensivo (plano epistemológico, ético y práxico⁴⁸) es la correcta articulación entre razón y bien, entre verdaderos ideales y materialidad plenificante (vida buena para todos); la injusticia sería la presencia del error y del mal, de falsos ideales y de destrucción o fracaso de la vida.

Por ello, a pesar de tener una referencia social como término, el concreto ideal de justicia que se articula en una situación puede quedarse a mitad de camino, y pretender dar por justo, lo que sólo lo es muy parcialmente. De ahí que no baste la concreción y reclamación o institucionalización de un cierto ideal, pues este se puede quedar en una concepción limitada o no «completa».

Es decir, es el paso por lo real, su dar de sí ante la realidad de los otros lo que llega a mostrar la auténtica cara del ideal pretendido. Por tanto es su principio de verificación⁴⁹.

En esta línea, entiendo que hay que situar el problema de la justeza o no justeza, del ajuste o desajuste. Entonces la justeza aparece como una instancia que sirve de elemento crítico y objetivante a la concreción de la idea de justicia y de sus «grados» en función de la configu-

⁴⁶ Cf. HDH, p. 434.

⁴⁷ *Ética a Nicómaco*, trad. P. Azcárate, ed. Austral, Madrid, 1982, V 1, 1130a.

⁴⁸ Vid. infra epígrafe 3.

⁴⁹ Cf. ROSILLO, Alejandro, *Los derechos humanos desde el pensamiento de Ignacio Ellacuría*, op. cit., p. 169.

ración en que deje o permita estar a los otros, lo cual libera la búsqueda y realización de una justicia siempre mayor.

Si no se trata de reconocer sólo la exigencia de un ideal que se plantea como racional, si no que hay que verificar prácticamente su pretendida virtualidad, entonces hay que buscar un criterio de lectura de la praxis, de su dar de sí social e histórico. Y ese criterio desde la praxis lo señala Ellacuría desde la categoría de justeza, que aún teniendo la misma raíz que justicia, es como su despliegue en la realidad. Por ello, conecta la justeza con el ajuste o ajustamiento, como expresiones equivalentes o intercambiables⁵⁰.

Si traemos la etimología y los usos habituales, ello nos puede dar algunas ideas sobre sus implicaciones. Nos dice el Diccionario de la RAE, seleccionando algunos de ellos: «*Ajustar*, del latín *ad, a, y iustus*, tr. 1. Hacer y poner alguna cosa de modo que case y venga justo con otra. 2. Conformar, acomodar una cosa a otra, de suerte que no haya discrepancia entre ellas. 3. Apretar una cosa de suerte que sus varias partes casen o vengan justo con otra o entre sí. 4. Arreglar, moderar. 5. Concertar, concordar alguna cosa como la paz, las diferencias o los pleitos. 6. Componer o reconciliar a los discordes o enemistados (...)»⁵¹.

Así pues, la cualidad de justo está aquí connotada adverbialmente en el «hacia», o en el «junto a», que rompe el riesgo autorreferencial de una justicia que se pueda quedar en la pura abstracción y con ello permanezca autocentrada. Esta dimensión relacional y transitiva pero con sentidos también intransitivos, como acción que modula algo o que refluye sobre uno mismo, está articulada espacial y materialmente, pero también, y montado sobre lo anterior, humana y socialmente. Y ello le hace desplegar los diversos sentidos del ajuste o ajustamiento.

El ajuste, en primer término, se articula tanto en el *ajuste entre las cosas* (co-existencia posible y ordenada), como en el *ajuste interhumano*, que implica los sentidos del ajuste entre las cosas, de la coexistencia material, pero también avanza hacia otras dimensiones nuevas en la con-vivencia. Vivir con otros, implica moderarse o auto-limitarse para que los otros también puedan ser y vivir en un sentido físico y material y también vivir gracias a la acción solidaria de los otros (bienes o recursos materiales sujetos a la dinámica del bien común); pero también implica exigencias racionales de reconocimien-

⁵⁰ Lo cual no es a su vez sino una continuación a su modo de la filosofía de Zubiri, quien también conecta la justeza con el ajustamiento (en un sentido que veremos en el siguiente apartado): «el carácter de la adecuación del animal está expresado en un solo concepto: el ajustamiento, el ajustamiento entre el animal y su medio. El carácter formal de esta propiedad la llamaré justeza» (*Sobre el hombre*, ed. I. Ellacuría, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 346).

⁵¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22 ed. Espasa, Madrid, 1992.

to de los otros, y también de consenso o acuerdo de facto en el mutuo reconocimiento, como los tratados o acuerdos legales.

Pero si no nos deslizamos por el peligro reduccionista del consenso o de las meras exigencias racionales, se ve a las claras una instancia material desde la filosofía ellacuriana, ya que el consenso o la racionalidad, aunque ideológicamente no lo tengan en cuenta, siempre se enfrentan a un límite crítico exterior al mismo, por aquellos que son excluidos de la posibilidad de seguir viviendo o están sometidos a un malvivir. En qué sentidos se expresa, podríamos decir por ahora al menos los siguientes sentidos. En un sentido espacial (los excluidos del territorio), físico (los aniquilados por la administración de la muerte legal), temporal (las generaciones futuras cuyo futuro puede cerrarse o imposibilitarse), social (grupos subalternos), económico (los pobres), político (los excluidos de los derechos políticos o los declarados enemigos) o cultural (tradiciones minorizadas y colonizadas), entre otras instancias posibles.

Después de visto los usos o sentidos en una primera aproximación lingüística y filosófica que se expresa en la dimensión del ajuste, vamos a ver brevemente esta cuestión desde la primordialidad de la praxis.

5. EL AJUSTAMIENTO DE LA ACCIÓN HUMANA: EL AJUSTAMIENTO PARA SER VIABLE

Cuando adopta una respuesta, el ser humano no sólo tiene que dar razón de la respuesta ante sí mismo o los demás (es decir, *justificarla*), sino que además, en última instancia, si quiere seguir viviendo o dando respuestas, éstas tienen que ser «ajustadas» en un sentido biológico o material. Es decir, que lo real (él mismo, los otros, o la naturaleza), le devuelva de algún modo no sólo la corrección formal (justicia), sino la corrección material (justeza, ajustamiento) en forma de subsistencia o continuidad de la actor⁵² por su equilibrio con el contexto material, lo cual es una exigencia de la acción humana para ser factible. En esta línea, Ellacuría toma de la filosofía de Zubiri⁵³ no un principio vida como un presupuesto fuera de la praxis, sino que desde la misma praxis plantea el problema de la vida en su dimensión de ajustamiento de la acción para poder seguir actuando y configurándose.

¿Cómo es este ajustamiento? En la acción del animal con su medio natural se da un cierto ajustamiento dado desde sus propias estructu-

⁵² Dicho sea de paso, si queremos seguir viviendo, necesitamos una instancia última, que de algún modo sane nuestra contingencia; pues finalmente no confrontamos con la muerte que vence, aun cuando toda nuestra vida sea una batalla contra la muerte rápida o la muerte definitiva, es decir, una instancia que sea posibilitante en un sentido radical.

⁵³ ZUBIRI, X., *Sobre el hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 343 ss.

ras. En realidad, no tiene que interpretarse como un automatismo con éxito, sino en el sentido en que el modo de habérselas del animal con su medio está prefigurado por un sistema de respuestas propio de su especie, de modo que el «individuo» o cada generación no tiene que inventarlas sino que le vienen dadas y que le asegura, si las condiciones no cambian, un cierto éxito en forma de continuidad de la vida propia o de la especie. De hecho, cuando cambian las condiciones del medio natural y el sistema de respuestas biológicas de cada especie no es eficiente para asegurar una cierta sobrevivencia de los individuos de la especie, ésta desaparece.

En el caso de la acción humana, al entrar en juego la inteligencia, y con ella la apertura de las respuestas humanas frente a sí mismo, el medio o los otros, entra en juego toda la creatividad y variabilidad propia de lo humano, frente a la repetición o continuidad de los esquemas comportamentales de los animales. Pero la necesidad de asegurar y asegurarse el «ajustamiento para ser viable» como ser vivo subsiste en la persona al igual que en el resto de seres vivos. Y para ello, tiene que alcanzar el ajustamiento para ser viable en un cierto equilibrio entre el medio, los otros y el propio ser vivo. Pero la consecución de este ajustamiento equilibrado *no le está dado* de antemano como un esquema conductual prefigurado biológicamente. Como señala Zubiri, la respuesta a dar es inespecífica dado el modo o hábito en que entiende, por lo que tiene que dar el rodeo por la irrealidad para responder: «considerar la realidad antes de ejecutar el acto es, por lo pronto, moverse en la pura irrealidad. Con lo que queda indeterminada la figura del ajustamiento humano. Por eso el hombre tiene una historia prácticamente indeterminada, cosa que no le acontece al animal que vive constitutivamente enclasad»⁵⁴.

Así, con la inteligencia entra en juego toda la creatividad cultural, pero esta creatividad está enmarcada en la necesidad de articular con éxito el ajustamiento entre los miembros de la especie humana, y de esta con el conjunto de la naturaleza, para asegurar la vida de los miembros de la especie y la continuidad de la misma. Con la aparición de la inteligencia como novedad en el orden cosmológico, se «supera» o se hace inviable el modo de responder puramente animal, su ajustamiento al medio y a la propia especie, no puede darse como en el resto de seres vivos, no puede sencillamente continuar por medios puramente biológicos.

Por ello, es inexorable la liberación de la dimensión ética. De ahí que la sociedad humana no pueda hacerse cargo de las exigencias biológicas «naturalmente», es decir, en virtud de una «legalidad» o sistema de respuestas inscritas en su mera estructura biológica, por ello, nos dice Ellacuría «el hombre como individuo y como especie no

⁵⁴ Ib.

serían viables biológicamente si su realidad animal no “liberara” una dimensión ética»⁵⁵.

Pero esta dimensión ética, no garantiza el éxito ni en la respuesta ni en su resultado sino que tiene ir construyendo, inventando y probando este ajustamiento para ser viable. Si bien, sigue inmerso en situaciones como el resto de los animales, y está «“sujeto-a” todo aquello que las situaciones les exigen. Esta es la base común de la que arrancan diferentes procesos: la inmersión en la naturaleza, la sujeción-a los múltiples avatares, a los que se ve sometida la vida biológica (...). Pero el hombre “supera” esta inmersión natural de otra forma, porque forzosamente ha de resolver estas situaciones por decisión. Y esto es así, porque el hombre, en virtud de su apertura a la realidad, responde a las necesidades de la naturaleza, mediante la interposición de posibilidades»⁵⁶.

Por ello, este modo de ajustamiento *humano*, tiene un alto grado de problematismo, su ajustamiento como hemos visto es inespecífico, no sabe de antemano cómo actuar, pero el emplazamiento sigue siendo el mismo, responder con éxito ante su medio para poder seguir subsistiendo, en última instancia, también como especie. En este camino para alcanzar el ajustamiento, tiene que «hacer el trazado de su ajustamiento», dar el rodeo por la irrealidad, interponer posibilidades y hacer una y otra vez todo el camino ético. Pero siempre tendrá que ir no sólo justificando lo que se va haciendo, no sólo «dar razón de la razón» de la elección, sino que tendrá que irse ajustando *materialmente* por medio de la propia tarea ética para irse desenvolviendo, como sujetos y sociedad en la realidad en que se encuentran situados. El primer significado de los derechos humanos que Ellacuría propone es el siguiente: «son una *necesidad* de la convivencia social y política; son una necesidad socio-biológica y político-biológica, sin la que se hace inviable la especie y el modo social y político, en que la especie humana debe desenvolverse»⁵⁷. Alcanzar las respuestas adecuadas a este emplazamiento, a esta necesidad, es una tarea para la que no basta la mera justificación del decurso social en términos racionales o ideológicos, sino que su misma corrección se va decantando desde su funcionalidad en el mundo y por la viabilidad que ofrecen. Ello se va *revelando* desde la propia experiencia o en la «probación de realidad» de esas respuestas, de esos esquemas comportamentales que son concreciones normativas o institucionales que articulan el trato con uno mismo, con los otros y con la naturaleza en los diferentes subsistemas prácticos.

⁵⁵ «Fundamentación biológica de la ética», en *Escritos filosóficos III*, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁶ *Ib.*, p. 256.

⁵⁷ «Hacia una conceptualización de los derechos humanos», en *Escritos filosóficos III*, *op. cit.*, p. 430.

Entre el no ajustamiento de partida, y las exigencias de la realidad, se articula el enorme campo de posibilidades que se experimentan en la marcha histórica de la humanidad. Al haberse unificado la historia para todos los grupos humanos, ya el ajustamiento de cada grupo social no depende sólo de sus propias prácticas, sino del conjunto de prácticas normativas de la humanidad en su interacción humana y natural, que es lo que determina la propia viabilidad o no de la propia humanidad y de los grupos que la conforman.

Una praxis ajustada es una praxis que posibilita la continuidad de la realización, una praxis desajustada es aquella que está imposibilitando la continuidad de la realización, en último término, de la propia humanidad.

¿Será nuestra praxis una praxis de «idiotas» o una adecuada a las exigencias de la realidad? Nos dice Zubiri, que «la primera y elemental función de la inteligencia será de orden puramente biológico: habérselas con las cosas como realidad, pues sólo así el animal humano es viable biológicamente. Una serie de hombres que fueran constitutivamente idiotas formarían una especie inviable»⁵⁸. Pero aquí «realidad» no es sólo una formalidad en que se actualizan las cosas y las acciones, sino la realidad *allende* los actos que es la que condiciona la viabilidad de los sujetos.

Aquí se abre, no sólo una lucha por la razón en contra del error, sino por la vida despojada y contra las aparentes razones de los fuertes que producen la pauperización y el fracaso para otros, pero en último término también para su propia humanidad, pues no hay justicia sino como «virtud completa», como vida buena para todos o desde el bien común. Es la lucha por los derechos humanos como proceso.

6. EL AJUSTE O DESAJUSTE EN EL PROCESO DE LUCHA POR LOS DERECHOS HUMANOS

Siguiendo la observación epistemológica de Ellacuría⁵⁹, la verdad de algo, no simplemente se desvela, como lo que está oculto y se

⁵⁸ *Sobre el hombre, op. cit.*, p. 346. En esta línea hay que situar la constatación zubiriana, al final de su trilogía sobre la inteligencia, de que «el gran problema humano [es] saber estar en la realidad» (*Inteligencia y razón, op. cit.*, p. 352).

⁵⁹ «El objeto de la filosofía», *op. cit.*, p. 91: «El despliegue de la realidad no sólo alcanza en la historia su momento último, sino que el discurrir histórico va desvelando y revelando la verdad de la realidad. Una realidad que, por muchos capítulos, es un escándalo a la razón ahistórica, que estimaría como irreales muchas de las estructuras y muchos de los sucesos históricos. La identificación del ser con lo bueno y lo verdadero a una razón que se ha erigido en medida de todas las cosas, choca con la realidad histórica del mal y del error. Lo cual trae consigo necesariamente la dialéctica en el plano teórico y de la praxis revolucionaria en el plano de la acción. La historia era sacada antes del ámbito de la ciencia y de la metafísica, porque su aparente contingencialidad no casaba con la aparente y superficial permanencia y universalidad de la

hace presente, sino que se revela. Es la presencia de la negatividad, la *situación de desajuste*, el principio de lo revelado. Es la presencia del conflicto que se expresa como relación dialéctica con otros, en forma de vida imposibilitada, que no puede llegar a ser lo que podría *porque se lo impiden*, la que permite cuestionar el esquema normativo que rige una situación social como insuficiente, no completo y por tanto «no-justo». Pero es la no conformidad o rebeldía con ese estado de cosas, el principio revelante, y ello apunta a la consecución de una cierta positividad, por ejemplo en forma de vida digna. Esta resistencia o no conformidad es la que desde la praxis fuerza la transformación de lo dado para alcanzar otra realización mejor, y por tanto, una verdad más plena. Aquí es donde entiendo que se conecta el ajustamiento de la acción humana, que es una tarea continua en tanto que siempre puede subsistir alguna forma de desajuste, con el proceso de lucha por los derechos humanos.

Desde esta situación de desajuste de partida, puede haber un *dinamismo de superación*, que no se queda el dato del desajuste sentido, sino que avanza hacia una cierta positividad. ¿Cómo se articulan ambos planos? Dicho zubirianamente, por el rodeo por la irrealidad. Esto permite la interposición de un proyecto que es otra idea de lo que puede ser, de otra posibilidad, que antes de ser apropiada personal, grupal o socialmente, es irreal (aunque *podría* ser real), pero una vez conquistada, permite dar otra definición efectiva de su propia realidad, una forma de vida que responde a otra idea de lo que deber ser cada situación vital.

Este rodeo por la irrealidad para dar de sí otra situación, no es puramente «a-real», y se mueve en un proceso dialéctico⁶⁰. Se trata de descubrir, primero en un plano intelectual, y desde una situación histórica, no una posibilidad puramente fantaseada y extraña, sino «cuál es el rostro histórico del derecho deseable y posible»⁶¹. Esta proyección, que es lectura de la realidad y de una alternativa concretizable o un «deber ser actual», se convierte en proyecto, en aquello que es «lanzado» a la realidad desde una actividad humana: en la lucha por la realización del derecho. Pero la realización, no es sólo pasar de la irrealidad a la realidad, sino de una realidad casi anonadada, a una

realidad. Aquí se propone retrotraerla al núcleo mismo de la ciencia y de la metafísica, porque si se toma en su propia realidad concreta y no sólo en lo que tiene de diferenciativo es el gran criterio de verdad, de revelación de lo que es la realidad. Porque de revelación se trata y no meramente de desvelación, pues la realidad misma se realiza y no meramente se despliega o se desvela y la praxis histórica fuerza la realidad para que se transforme y manifieste».

⁶⁰ Dice Ellacuría que su «dialecticidad» se da en juego de teoría y praxis. En realidad, está concibiendo esta «teoría» como un momento de la praxis, y no desde una presunta ajenedad de ambos planos, en esta clave, se mueven los dos trabajos de Ellacuría inéditos recogidos en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, op. cit.: «Dimensión ética de la filosofía» y «Perspectiva histórico-ética de la filosofía latinoamericana».

⁶¹ HDH, p. 438.

realidad más plena, el paso de una negación a un «disfrute»⁶². Se trata de lograr «que la lucha por la realización del derecho consiga que se haga justicia y llegue a anular, no necesariamente a aniquilar, la realidad negadora en lo que tiene de negadora»⁶³. La anulación de la fuente del malestar, no tiene, o no debiera, que traducirse en otra negación para otros, en aniquilación. Aunque eso se dé, no es propiamente parte del dinamismo de superación. Hacer justicia a unos, como históricamente se ha hecho tantas veces, ha sido ajusticiando a otros⁶⁴. Pero, en su caso, esa nueva negatividad infringida muestra, a su vez un nuevo desajuste por el carácter limitado y no completo del derecho conquistado o de la situación justa disfrutada.

En este sentido, en el *proceso de ajuste*, se da una interacción entre el momento ideal o utópico y el momento real de negación concreta: se trata de un proceso negativo, crítico y dialéctico, que «busca no quedarse en la negación, sino que avanza hacia una afirmación nunca definitiva»⁶⁵. En todo proceso personal y social, siempre subsiste el «elemento de desajuste, injusticia y falsedad»⁶⁶. Pero no de la misma forma. Si se está en un proceso activo de superación y no de simple reproducción del malestar, se está desplegando una dinámica de lucha. La lucha, cuando se da, es lo que permite hablar de un proceso de derechos humanos⁶⁷, como proceso de liberación que puede ser realizado históricamente. Se mueve en la conquista de algo alcanzable y positivo. Pero a su vez, limitado, pues nunca agota o cumple la realización de lo que debe ser en la teoría ideal *completa*: «lo verdadero, lo justo y lo ajustado»⁶⁸. Es la tensión permanente entre el ideal utópico y lo vivido lo que puede abrir y continuar en cualquier momento el proceso. Esta idealidad no es simple «teoría» hecha, aunque puede ser realizada al tematizar un aspecto del ideal, sino propiamente un más inespecífico que es un momento de la praxis humana, que puede ser concretado en una elaboración teórica o en una construcción ideológi-

⁶² Los derechos humanos, si son tales en verdad, tienen no sólo una formalidad de reconocimiento, sino un «disfrute», que es no sólo posibilidad de realización efectiva, sino un momento frutivo y felicitante para la persona. Ello enmarca los derechos no sólo en un plano puramente de actividad sobre la realidad, sino actividad de un *ser humano* sobre su propia realidad.

⁶³ *Ib.*

⁶⁴ O incluso en su caso a la propia naturaleza, quien ha sido imputada en la tradición moderna como una fuente de crímenes para la humanidad, tal y como señala John Stuart Mill en su obra *On nature*, de ahí el imperativo del irrespeto a la naturaleza o a sus formas de vidas no humanas, para hacer justicia a la humanidad. Cf. mi artículo «La tierra y la naturaleza en el horizonte de la subjetividad moderna» en *Die Bedeutung der Erde in den Kulturen. Zum Dialog der Kosmologien vor der ökologischen Herausforderung. Dokumentation des XIII. Internationalen Seminars des Dialogprogramms Nord-Süd*, Mainz, 2009, pp. 179-182.

⁶⁵ HDH, p. 436.

⁶⁶ *Ib.*

⁶⁷ Cf. *ib.* numeral 6.

⁶⁸ *Ib.*

ca, como históricamente se da, lo cual puede ayudar a dinamizar socialmente la formulación y consecución de ese «más». No hay una escisión socio-teórica entre lucha de liberación e ideales utópicos, entre «sabios y vulgo» por ello puede ser lanzada por cualquier grupo humano, aunque tampoco incomunicación radical entre formulaciones teóricas e ideologías sociales y prácticas de grupos, sino complementariedad como momentos distintos de la praxis social⁶⁹. En tanto que esto sea así, también hay consecuencias decisivas para el orden jurídico y político de una sociedad, pues tampoco hay una escisión o fractura socio-jurídica en el proceso de lucha por ideales o por los derechos humanos entre institución, sea esta legal o política y prácticas sociales instituyentes. Aún cuando el momento de institucionalización jurídica y política de estos ideales concretados en las prácticas sociales sea un referente ineludible, esta institucionalización no agota ni cierra la lucha por los derechos humanos, pues no hay ningún cierre dogmático eficaz de la historia, aun cuando desde el poder instituido se pretenda detentar el monopolio social del saber, de la voluntad o del poder, pero en tanto subsiste la praxis viva de la sociedad, y en función de sus contradicciones y anhelos siempre puede abrirse la posibilidad de otro proceso instituyente global o de la consecución de un elemento valioso parcial negado en un momento dado para una sociedad, grupo o persona, u otra alteridad con la que tiene que habérselas la praxis humana.

Por ello, señala Ellacuría que la «violación de los derechos humanos (...) [es] motor de la lucha por ellos». Pero esta violación o negatividad es «fundamento y principio de los derechos humanos». Si esto es así, no hay desde la filosofía ellacuriana ni escisión socio-teórica ni socio-institucional al radicarse en la propia praxis. ¿Ello no implicaría una cierta contradicción en sus términos? Al considerar la praxis en su complejidad se puede salir de una aparente e inicial contradicción. Se da aquí una relación entre utopía y denuncia que mutuamente se potencian. Como señala, «sin una cierta apreciación, al menos atemática de un ideal utópico, que es posible y exigible, no puede darse la toma de conciencia de que algo puede ser superado; pero sin la constatación efectiva, cuyo origen puede ser múltiple y complejo en el orden biológico, psicológico, ético, social, cultural, político, etc., de que se da una negación, que es privación y violación, la toma de con-

⁶⁹ Por ello, Ellacuría, aun cuando suela hablar de «teoría y praxis», concibe el momento teórico en el seno de la praxis social, para bien o para mal, y por tanto ni hay ajenidad, ni hay creación del mundo social por el pensamiento, sino corresponsabilidad en el conjunto de la praxis, bien o mal ejercida. Desde ahí, creo que pueden entenderse sus textos en este volumen. Pero no todas las teorías ni las ideologías ayudan a un correcto discernimiento y desenvolvimiento adecuado de la praxis social, aunque puedan contener elementos valiosos para la misma. En este sentido, es la propia praxis social el lugar para esclarecer la verdad y funcionalidad de esos aspectos. Igualmente, ni la teoría ni la ideología agotan la praxis social que siempre es más que esos momentos.

ciencia no se convierte en exigencia real y en dinamismo de lucha. La denuncia sin utopía es, hasta cierto punto ciega, pero la utopía sin denuncia es prácticamente inoperante»⁷⁰.

7. BIEN COMÚN, MAL COMÚN Y FACTIBILIDAD

Al hilo de este análisis, podemos preguntarnos cuál es el ideal utópico que mueve hoy las prácticas sociales críticas. En el conjunto de la negatividad sentida por muchos grupos sociales de la humanidad, yo diría que las actuales praxis críticas e instituyentes animadoras de otra construcción histórica convergen en una cierta orientación utópica. Se orientan por un criterio utópico de justicia entendida como *bien común humano* universal, donde también se dé y articule un cierto *bien común de la naturaleza* en el que se desenvuelven las prácticas de la propia humanidad. Las luchas sociales contra la exclusión social están cada vez más conectadas con otras luchas sociales contra la destrucción de la naturaleza. El proceso de unificación fáctica y su consiguiente crecimiento en interdependencia entre las condiciones de vida humana y no humana hace convergente el bien o mal humano con el bien o mal ecológico.

El momento de denuncia que sirve para perseguir ese criterio utópico de justicia es la experiencia del mal común, que es lo que se da de hecho para muchos grupos humanos⁷¹ que no pueden sostener una existencia social satisfactoria en tanto están mal afectados por estructuraciones sociales que impiden su propio y correcto desenvolvimiento personal y grupal. Pero a su vez, hoy esa experiencia del *mal común humano*, se ve agravada por la negatividad que para las condiciones sociales de vida, e incluso sobre sus propias vidas en un sentido biológico, tiene el *mal común ecológico*. El proceso de destrucción de la naturaleza que en la presente fase histórica se está realizando también está socavando las propias condiciones de vida humana, y aún las propias vidas humanas, es lo que exige que el ideal utópico sea la superación de esa negatividad vivida. De este modo, el proceso de abuso de los recursos naturales y de alteración de los ciclos naturales que está generando la actividad humana, produce ya una visible injusticia social para ciertos grupos, que no se benefician de ese proceso destructivo sino que sufren sus consecuencias más directamente, y a su vez, está poniendo en riesgo de colapso la continuidad del conjunto de la actividad humana en el planeta. Esta negatividad sentida, y conocida cada vez mejor, demanda la reorientación del criterio hacia un criterio utópico de justicia interhumana incluyente y también descentra-

⁷⁰ Ib.

⁷¹ Cf. ELLACURÍA, I., «El mal común y los derechos humanos» en *Escritos filosóficos III, op. cit.*

do, que incluya la justicia ecológica o ambiental. Si queremos seguir viviendo y no solo empobreciendo nuestra especie, sino acrecentando nuestra humanidad, tenemos que orientarnos por el bien común humano universal donde también se integre el bien de la naturaleza en la que se desenvuelve la existencia humana.

Esta lucha por la vida presente de toda la humanidad y de su futuro en el conjunto de la naturaleza, implica desde el *criterio de justeza* la búsqueda de la factibilidad ecológica o la sostenibilidad natural de la vida humana en el conjunto de la naturaleza⁷². Por ello, hoy los ideales utópicos que quieren ampliar y plenificar la existencia humana, no están desconectados de otras *exigencias de la realidad*, dadas las otras alteridades en las que se desenvuelve la praxis humana, incluida la propia corporalidad. Estas exigencias, se pueden formular humanamente como deberes ante la naturaleza⁷³, o incluso como derechos de la misma, toda vez que la propia praxis humana puede reconocer *otras* fuentes de deberes o derechos no sólo interhumanos.

El ideal de justeza, cualifica el criterio utópico de justicia de un mundo donde *quepan* todos, y tengan vida digna *viable o sostenible*. La justeza implica un cierto «acoplamiento», de mi ser y actividad con los otros y entre los otros. «Caber» es estar entre los otros sin que estos impidan mi vida. Y no sólo por el asesinato directo, «de ahí la importancia del *no matarás*», nos decía Ellacuría, en cualquier catálogo de derechos, pero también del «asesinato indirecto» en modo de exclusión desde las prácticas sociales, económicas, políticas, culturales que impiden o dificultan las prácticas de otros en su dimensión social, de satisfacción de las necesidades materiales, de participación política, de construcción y expansión cultural. Y también, esa cabida hoy se reconoce desde la dimensión ecológica de intercambio con los otros seres vivos en el conjunto de la naturaleza. Ello implica la renuncia a un mundo donde tendencialmente sólo la especie humana, o más bien una minoría de ella, pueda desplegar libremente su actividad, mediante el empobrecimiento y exclusión creciente de la biodiversidad natural (y de la sociodiversidad humana).

Así las cosas, el *disfrute* de un derecho y en último término de un modelo civilizatorio como el actual que sostiene y orienta normativamente un sistema de prácticas sociales, nos presenta otra cara siempre molesta y por reprimir de nuestra conciencia. Como nos recordaba el músico y poeta cubano Silvio Rodríguez, hay unos muertos de nuestra felicidad. En el difícil ajuste del mantenimiento de nuestra vida con

⁷² En esta línea, hay que destacar los trabajos de una nueva teoría económica de Franz J. Hinkelammert y Henry Mora, *Coordinación social del trabajo, mercado y reproducción humana*, ed. DEI, San José, 2002 y *Hacia una economía para la vida*, ed. DEI, San José, 2006.

⁷³ SENENT, J. A., «Ecología y problemas medioambientales. Orientaciones para la praxis desde otro marco cultural», *Revista Fomento Social*, oct.-dic. 2009, número 256, pp. 699-708.

sus prácticas legitimadas socialmente y el despliegue de éstas con los otros y con la realidad natural, hay costes sociales y ecológicos, a veces perdedores y también el sacrificio o la exclusión de otros que son condición de posibilidad de nuestro nivel o calidad de vida o de que podamos continuar ejerciendo nuestros derechos, o en última instancia el conjunto de nuestro modelo civilizatorio con todos sus subsistemas prácticos.

Por ello, la coexistencia de unos entre otros, implica un estar abierto positivamente a los otros con los que se convive, lo que permite la posibilidad de ser y estar para los otros y por los otros (solidaridad y don recibido), y ello libera dinámicamente seguir siendo entre otros.

8. EL HORIZONTE CULTURAL Y EL DESAJUSTE CIVILIZATORIO: HACIA OTRO AJUSTE CULTURAL CON LOS OTROS Y CON LA NATURALEZA

El problema del ajuste interhumano, en suma, de hacernos cargo unos de otros para hacer viable la vida de todos y cada uno de los miembros de la especie, a la altura de nuestro proceso histórico ya no se puede hacer desde un esquema culturalmente cerrado o autocentrado en una perspectiva meramente humana, es decir, que no contemple o se integre en una lucha por la sostenibilidad también de la naturaleza. En el último siglo, el desarrollo del nivel de vida en contextos primumundistas, se ha conseguido gracias un coste ecológico tal, que nuestro nivel de vida actual y nuestro modelo cultural de desarrollo humano se considera que es inviable para proseguir más allá de las próximas décadas. No damos ya tiempo a la naturaleza para autorregenerarse del impacto negativo sobre la misma. Pero lo decisivo para la cuestión de las prácticas normativas con los estándares de derechos humanos asentados es que éstos se posibilitan desde un modelo desarrollo moderno que no es universalizable humana ni ecológicamente. Por ello, Ellacuría señaló con fuerza que hasta ahora, lo que se da no son derechos humanos universales y universalizables sino de minorías. En este sentido tienen un carácter profundamente desajustado.

Por ello, estamos en un tiempo de desajustes globales que generan los diversos sentidos principales de la crisis actual. Por un lado la crisis de la exclusión social de millones de personas pero por otro, la crisis ecológica por el abuso de los recursos naturales y la alteración o destrucción de los ecosistemas en los que se sostenía la vida humana, y que genera a su vez nuevas crisis sociales. Pero estos desajustes que hacen inviables para muchos la vida humana y no humana, tienen una *fuentes cultural o civilizatoria*: los diferentes modos de habérselas con los otros y con la naturaleza en cada uno de los ámbitos que definen los procesos sociales actuales de la sociedad mundial. En función de las «externalidades» o de las disfunciones que globalmente genera

esta civilización moderna avanzada, o «civilización de la riqueza y el capital»⁷⁴ como la denominaba Ellacuría, se puede ver el desajuste del horizonte cultural o civilizatorio actual como fuente de diversos desajustes del mundo actual por su responsabilidad en el proceso de globalización o de unificación fáctica de las condiciones de vida humana y no humana que se genera en el planeta. Hay y subsisten diversas tradiciones culturales y religiosas de la humanidad (que tiene a su vez que enfrentar sus propios desajustes internos o sus opresiones particulares), pero estas tradiciones se configuran en buena medida en sus sistemas de vida desde un patrón cultural o civilizatorio hegemónico desde el cual luchan por la supremacía los diversos grupos sociales de la humanidad. Estas tradiciones apenas tienen fuerza para configurar prácticamente las interacciones jurídicas, económicas, científicas, tecnológicas o ecológicas en el conjunto de la humanidad, sino que se definen por usar los mismos recursos culturales que los países de origen occidental en la lucha por la supremacía.

En este sentido, la crisis de la civilización moderna no se resuelve por la adopción de otras alternativas civilizatorias colonizadas con pretensión hegemónica, sino desde la lucha intercultural por enfrentar los supuestos básicos de la matriz cultural moderna, que hoy es global. Por ello, la generación de otro horizonte cultural *postmoderno* a partir de las prácticas sociales críticas que se articulan interculturalmente desde diversas tradiciones occidentales y no occidentales tienen en común tratar de enfrentar los límites de la matriz cultural moderna. El propio Ellacuría era consciente del problematismo y del desajuste, porque lo podía visibilizar ya desde su contexto histórico, de esa matriz que ha configurado con éxito la sociedad global, pero cuyo éxito es también el propio problema. Traigamos a colación su propio análisis: «Al tratar de concretar algunas de las ideologías que mantienen y justifican esta situación nos referimos a aquella visión que limita al hombre a su ser económico (consumidor-productor) y político (ciudadano abstracto disminuido y manipulado), que reduce

⁷⁴ Aun cuando se discrepe del juicio sociohistórico que en la línea crítica de Ellacuría se realiza sobre la civilización occidental como vector de la universalidad de los derechos humanos, se puede convenir en que la dimensión de ajuste o justeza fáctica y universal es algo perseguible como dimensión ineludible del mismo patrón normativo de los derechos humanos. En este sentido, diferentes juicios sobre el significado que la configuración práctica de nuestra civilización genera en el mundo de hoy, podrían ponerse de acuerdo sobre las implicaciones normativas del propio análisis de las prácticas jurídicas. Esto es lo que puede ofrecer una filosofía primera. El análisis ellacuriano complementa a su vez ese análisis integrando filosóficamente el conocimiento empírico de la sociedad global y de su mundo natural que nos ofrecen las ciencias sociales y naturales acerca de la situación y del proceso que se está desplegando en ese mundo empírico. En esa complementariedad, es donde la filosofía práctica debe recapitular su trabajo de orientación global de la praxis humana, aunando el análisis filosófico fundamentado con pretensión de radicalidad y el conocimiento científico actual, en un análisis filosófico global integrado aun cuando ello suponga una mayor incertidumbre y provisionalidad en sus resultados.

la naturaleza a simple recurso económico y que relega a Dios a ciertas funciones reguladoras. Este horizonte cultural dominante, cuya matriz explicativa se encuentra en la Ilustración, debe ser juzgado desde sus efectos negativos: Masa de personas excedentes, naturaleza saqueada y destruida, Dios funcionalizado... Y de un modo global, ruptura de relaciones humanizadoras y fundantes»⁷⁵. Esa ruptura de las *relaciones humanizadoras y fundantes*, en síntesis expresa los límites de la Modernidad y su propia fecundidad histórica.

El desajustamiento que la actividad humana desde la civilización moderna está generando no puede ser sin más solucionada simplemente desde sus mismos supuestos básicos, sin un cuestionamiento del marco cultural en el que se funda. De algún modo tiene que ser reordenado y reorientado en un *nuevo horizonte de intelección*, que hoy se presenta como necesidad y que se va construyendo en diversas prácticas críticas contrahegémónicas en la lucha por hacer posible no solo otros mundos en este, sino el mismo mundo en el que quepan otros. Los problemas ecológicos y sociales de nuestra época nos hacen cuestionarnos el problematismo del horizonte de la subjetividad moderna. Nos decía Zubiri que un horizonte cultural entra en crisis cuando las cosas «no encajan bien». Cuando el marco desde el que se entienden y son tratadas, se presenta como incapaz de tratar debidamente a las mismas; por tanto, cuando ese ámbito o lugar es visto como la fuente misma del desajuste de las respuestas humanas frente a lo real.

Si el ser humano no es mero trozo del universo, como denunció la Modernidad, tampoco es su envolvente virtual, sino que como avanzó Ellacuría es ambas en intrínseca codeterminación, aunque ese «ambas cosas» está todavía por construir. Habría que considerar el último siglo como aquel donde se ha hecho visible la dificultad de la Modernidad para articular las respuestas humanas frente a las exigencias de lo real. En cierto modo, esta conciencia de la crisis es el punto desde el que se gesta el intento de superación de los desajustes presentes. Esta crisis cultural es interior al occidente, pero no se puede afrontar a mi juicio sin una escucha de otras voces que nacen de otros lugares, de otros supuestos culturales negados que interpelan al vigente. Sin embargo, el nuevo horizonte que provea otros ajustes de las acciones humanas con lo real para nosotros, no parte de cero, sino que tiene que transformar críticamente la Modernidad en otro camino de nueva síntesis que no puede ser simplemente un abandono ingenuo e indolente de lo realizado. Se trata, a mi juicio, no ya de contraer el horizonte, como hizo la Modernidad con respecto al anterior, sino de un proceso de ampliación al que socialmente estamos abocados, y del que normativamente empezamos a detectar nuevas consecuencias modificando nuestro modo de relación con los otros, lo natural externo, y la natura-

⁷⁵ Cf. ELLACURÍA, I., «Dimensión ética de la filosofía», en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, op. cit.

leza que nos constituye. En este sentido, lo postmoderno de las prácticas críticas reside en la reconstitución de las relaciones humanizadas y fundantes, lo cual no tiene nada que ver con el «postmodernismo» agotado que opera desde la misma ruptura de relaciones que estableció la Modernidad.

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Prólogo» en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. P. Azcárate, ed. Austral, Madrid, 1982.
- BEORLEGUI, Carlos, «La filosofía de Ignacio Ellacuría en el contexto filosófico latinoamericano» en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*.
- BEORLEGUI, Carlos, *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incansable de la identidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- CASTELLÓN MARTÍN, José Joaquín, *Ellacuría y la filosofía de la praxis*, Hergué Editorial, Huelva, 2003.
- DUSSEL, Enrique, «Algunas reflexiones sobre la falacia naturalista» en *Hacia una filosofía política crítica*, Desclée de Brouwer, 2001.
- ELLACURÍA, I., [1985] «Función liberadora de la filosofía», *Escritos políticos I*, op. cit.,
- [1971] «Discurso de la Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas» en la firma del contrato con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)» en *Escritos universitarios*, Uca editores, San Salvador, 1999.
- [1975] «Sentido de la historia para la persona humana», en *Escritos filosóficos III*, op. cit.
- [1978] «El sujeto de la historia», en *Cursos universitarios*, Uca editores, San Salvador, 2009.
- [1979] «Fundamentación biológica de la ética», en *Escritos filosóficos III*, op. cit.
- [1981] «El objeto de la filosofía», *Escritos políticos I*, Uca editores, San Salvador, 1991.
- [1988] «La superación del reduccionismo idealista en Zubiri», *Escritos filosóficos III*, op. cit.
- [1989] «El mal común y los derechos humanos» en *Escritos filosóficos III*, op. cit.
- [1989] «Hacia una conceptualización de los derechos humanos», en *Escritos filosóficos III*, op. cit.
- [1989] «Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares», en *Escritos filosóficos III*, Uca editores, San Salvador, 2001.
- «Dimensión ética de la filosofía», en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, Juan Antonio Senent y José Mora Galiana eds., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010.
- «Introducción. Persona y comunidad», *Escritos filosóficos III*, op. cit.

- «Perspectiva histórico-ética de la filosofía latinoamericana» en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, op. cit.
- *Principialidad de la esencia en Xavier Zubiri*, tres tomos, 1096 pp., Universidad Complutense, 1965.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT, José A.-GÓMEZ, Carlos, *La pasión por la libertad. Homenaje a Ignacio Ellacuría*, Ed. Verbo divino, Estella, 1994.
- GONZÁLEZ, A., *Estructuras de la praxis. Ensayo de un filosofía primera*, ed. Trotta, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ, Antonio, «Aproximación a la obra filosófica de Ignacio Ellacuría», *ECA*, 505-506, San Salvador, 1990.
- GRACIA, D., «Filosofía práctica» en *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, Juan Antonio Senent y José Mora Galiana eds., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010.
- GRAY, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, New York, 1948.
- HART, H. L. A., (1961) *El concepto del Derecho*, trad. G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HINKELAMMERT, F. J. y MORA, H., *Hacia una economía para la vida*, ed. DEI, San José, 2006.
- HINKELAMMERT, F. J. y MORA, H., *Coordinación social del trabajo, mercado y reproducción humana*, ed. DEI, San José, 2002.
- HINKELAMMERT, F. J., «La universidad frente a la globalización» en *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, Heredia, Costa Rica, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* [1949], trad. E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* [1960], trad. R. J. Vernengo, Ed. Porrúa, México, 2000.
- MORA GALIANA, José, *Ignacio Ellacuría, filósofo de la liberación*, Editorial Nueva Utopía, Madrid, 2004.
- ORTEGA Y GASSET, José, «Una interpretación de la historia universal» en *Obras Completas*, Alianza Ed., Madrid, 1983, vol. IX.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, «Abschied von Hans Kelsen? La metamorfosis actual de los sistemas jurídicos y su impacto en la teoría pura del derecho», en *La filosofía del derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009.
- PUTNAM, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Paidós, Barcelona, 2004.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22 ed. Espasa, Madrid, 1992.
- RICOEUR, Paul, *Sí mismo como otro*, Siglo XXI, Madrid, 1996.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Los derechos humanos desde el pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Prol. J. J. Tamayo, Dykinson, Madrid, 2009.
- SAMOUR, Héctor, *Voluntad de liberación. El pensamiento filosófico de Ignacio Ellacuría*, Comares, Granada, 2003.
- SÁNCHEZ RUBIO, David, *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1999.
- SENENT DE FRUTOS, J. A., «Ecología y problemas medioambientales. Orientaciones para la praxis desde otro marco cultural», *Revista Fomento Social*, oct.-dic. 2009, número 256, pp. 699-708.

- «La tierra y la naturaleza en el horizonte de la subjetividad moderna» en *Die Bedeutung der Erde in den Kulturen. Zum Dialog der Kosmologien vor der ökologischen Herausforderung. Dokumentation des XIII. Internationalen Seminars des Dialogprogramms Nord-Süd*, Mainz, 2009, pp. 179-182.
- «Sujeto libre y discernimiento de la ley», *Revista Isidorianum*, 30, 2006.
- *Ellacuría y los derechos humanos*, ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998.
- *Problemas fundamentales de los derechos humanos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio-MORA GALIANA, José (Eds.) *Actas del Congreso Internacional Ignacio Ellacuría 20 años después*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010.
- DUSSEL, Enrique, *¿Fundamentación de la ética? De Porfirio Miranda a Ignacio Ellacuría*, UAM-Iztlapalapa, México, 2007.
- SERRANO, José Luis, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999.
- SOBRINO, J., ALVARADO, R. (eds.) *Ignacio Ellacuría, «Aquella libertad esclavizada»*, Sal Terrae, Santander, 1999.
- WEBER, Max, «Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía» en *El problema de la racionalidad en las ciencias sociales*, ed. J. M. García Blanco, Alianza Ed., Madrid, 1985.
- ZUBIRI, Xavier, *Inteligencia y logos*, Alianza Ed., Madrid, 1982.
- *Inteligencia y razón*, Alianza Ed., Madrid, 1983.
- *Inteligencia y realidad*, Alianza Ed., Madrid, 1980.
- *Sobre el hombre*, ed. I. Ellacuría, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural

Por JESÚS VEGA LÓPEZ
Universidad de Oviedo

RESUMEN

Este trabajo ofrece una interpretación de la distinción aristotélica entre justicia legal (nomikon dikaion) y justicia natural (physikon dikaion). Partiendo de una aproximación no iusnaturalista al célebre texto de la Ética nicomáquea donde Aristóteles distingue estas dos variedades de la justicia política, se argumenta que no hay razones filosóficas para ver ahí dicotomía alguna entre Derecho positivo y Derecho natural, tal como ha sido entendido tradicionalmente sobre todo desde la interpretación tomista. También, sin embargo, se rechaza una lectura «positivista» de Aristóteles. El argumento central descansa, por un lado, en la conexión entre justicia legal y justicia política, que conduce a desbordar el dualismo mencionado, y por otro en un análisis de la dimensión epistemológica del concepto de práxis en la ética y la política aristotélicas, que rechaza toda falacia naturalista. Se corrobora todo ello con un análisis de la teoría del Derecho de Aristóteles.

Palabras clave: *Aristóteles, justicia legal, justicia natural, justicia política, práxis, derecho natural, derecho positivo*

ABSTRACT

This paper presents an interpretation on Aristotle's distinction between natural law and positive law. According to this interpretation, the traditionally assumed thesis on Aristotle's «iusnaturalism» should be severely re-evaluated otherwise dismissed. It is not either to be found in Aristotle's legal

reflections any variety of «legal positivism». Departing from a natural law reading of the famous passage of *Nichomachean Ethics* where Aristotle draws the distinction between the two forms of political justice, natural justice (*phusikon dikaion*) and legal justice (*nomikon dikaion*), we cannot find conclusive reasons to see therein a conceptual dualism between natural law and positive law as it has been traditionally understood. Rather it must be concluded that the true conceptual line is not that relating natural and legal justice but the one relating political (*politikon dikaion*) and legal justice. This is indeed corroborated by an analysis of the central role played by the notion of *prâxis*, with its epistemological background, in Aristotle's works on ethics and politics, and in particular by an analysis of his theory of law.

Key words: Aristotle, legal justice, natural justice, political justice, *prâxis*, natural law, positive law.

SUMARIO: I. JUSTICIA POLÍTICA, NATURAL, LEGAL.—II. PRÂXIS VERSUS PHYSIS: LA EPISTEMOLOGÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA.—III. EL DERECHO COMO PRÂXIS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

El presente trabajo es un comentario interpretativo de la célebre definición aristotélica de «Derecho positivo» o «justicia legal» de la *Ética a Nicómaco* en su contraste con la «justicia natural». La interpretación propuesta defiende que tal distinción no puede ser entendida en términos de la dicotomía entre «Derecho positivo» y «Derecho natural». Consiste, pues, en una crítica de la lectura iusnaturalista de Aristóteles en la forma en que ha llegado a nuestros días —y especialmente en el ámbito de la filosofía jurídica— a partir de la síntesis escolástica tomista. Las premisas ontológicas y teológico-morales del iusnaturalismo resultan incompatibles con la filosofía práctica de Aristóteles, y en concreto con la *teoría* del Derecho que —sostendré— subyace a la diferenciación entre justicia legal y natural. Por otra parte, la lectura iusnaturalista también contradice los presupuestos generales de la epistemología aristotélica y la fundamentación que ésta lleva a cabo de la «razón práctica», una perspectiva que aquí se subrayará. Pero no se trata solamente de «rescatar» a Aristóteles de la corriente central de la tradición iusnaturalista: como veremos, ello implica también rechazar una lectura «positivista» del concepto aristotélico de Derecho. Ambas están íntimamente ligadas desde un punto de vista conceptual (no sólo históricamente) y comparten un buen número de supuestos comunes (haciendo una vez más bueno el adagio *contraria sunt circa idem*). Las ideas aristotélicas contienen *in nuce* los conceptos fundamentales que manejarán todas las formas posteriores de iusnaturalismo y positivismo jurídico. Sin embargo, no toleran ser identificadas con ninguna de ellas.

La interpretación que aquí se ofrece es de carácter básicamente exploratorio y pretende tan sólo mostrar la posibilidad de vías alternativas de lectura que, además de encontrar sustento en el texto aristotélico, respondan a planteamientos filosóficos diferentes de los heredados, que no cabe calificar ya (en mi opinión) sino de arcaicos en nuestro campo iusfilosófico. Esa vía alternativa consiste sobre todo en sacar a la luz la incardinación *política* del concepto aristotélico de Derecho –y a través de ella, también su incardinación *moral*– sin por ello tener que abrazar una visión dualista como la tradicional con su recurso a la dicotomía irreductible (y según muchos insuperable) entre Derecho natural y Derecho positivo. Por supuesto, en absoluto es este un camino novedoso. Hay una larga serie de intérpretes que, desde supuestos diferentes, se apartan de la visión tradicional del iusnaturalismo clásico, escolástico o racionalista, rechazando una concepción metafísica de la «naturaleza» (en la filosofía de Aristóteles y en la propia) en beneficio de una concepción más historicista, que gira de nuevo hacia la filosofía práctica (aquí habría que incluir los nombres de Gadamer, Ritter, Strauss, Voegelin, Weil, Salomon, Aubenque, y por supuesto los comunitaristas); o que subrayan específicamente la idea de *justicia política* como una clave hermenéutica esencial de las tesis aristotélicas sobre el Derecho (Miller, Yack, Burns, Destrée, Bodéüs, Wormuth, Nussbaum...). Sin embargo, es mucho más discutible que estas interpretaciones estén *realmente* distanciadas de la visión heredada a la hora de entender la idea de «justicia natural» y sus relaciones con la «justicia legal» o «positiva»: ambas siguen concibiéndose en gran medida en términos del consabido dualismo tradicional. Por otro lado, son bastantes menos los autores (Schroeder o Yack pueden ser situados entre ellos) que dedican una especial atención a la definición aristotélica de la «justicia legal», es decir, al «Derecho positivo» antes que al «Derecho natural», como ha sido lo habitual. Y ésta es, sin embargo, tal como intentaré mostrar, la noción que ocupa el lugar central en la teoría aristotélica del Derecho –incluso en toda su filosofía práctica– como instancia mediadora entre la ética y la política. Representa, por ello, el principal objeto de interés desde el punto de vista de la filosofía del Derecho. Cabe afirmar que las tesis aristotélicas al respecto, conteniendo el germen de lo que luego serán el iusnaturalismo y el positivismo en sus distintas variantes, conducen sin embargo –vistas desde hoy– a una superación de la dicotomía positivo-natural aplicada al Derecho, excepto como categoría historiográfica, «arqueológica». Al mismo tiempo, ello permite iluminar aspectos de su teoría del Derecho y de las normas que lo forman que, desligados de presupuestos metafísicos, pueden ser puestos en conexión con tópicos importantes objeto de debate en la filosofía jurídica contemporánea.

Introduzcamos para comenzar el texto central sobre el que versará el presente comentario: se trata de aquel famoso pasaje con el cual da inicio el capítulo 7 del Libro V de la *Ética Nicomáquea*:

[1134b 18] «La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está [20] sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez ha sido establecida, por ejemplo, que el rescate sea de una mina o que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes para casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor de Brásidas, o las decisiones en forma de decretos. Algunos creen que toda justicia [25] es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza, como el fuego que quema tanto aquí como en Persia, mientras que las cosas justas observan ellos que cambian. Esto no es así, aunque lo es en un sentido. Quizá entre los dioses no lo sea de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural. [30] Ahora, de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables. La misma distinción se aplica a los otros casos: así, la mano derecha es por naturaleza la más fuerte, aunque es posible que todos lleguen a ser ambidextros. La justicia fundada en la convención [1135a] y en la utilidad es semejante a las medidas, porque las medidas de vino o de trigo no son iguales en todas partes, sino mayores donde se compra y menores donde se vende. De la misma manera, las cosas que son justas no por naturaleza, sino por convenio humano, no son las mismas en todas partes, puesto que tampoco lo son los regímenes políticos, si bien sólo uno es por naturaleza el mejor en todas partes [5].»¹

I. JUSTICIA POLÍTICA, NATURAL, LEGAL

El primer problema que uno encuentra al abordar este texto en busca de una definición de «Derecho» es que en él se nos habla de la *justicia*, noción que en principio puede parecer perfectamente distante de aquél. Obviamente, las palabras con que se vierten los términos griegos están filosóficamente cargadas de un modo inevitable que la asepsia filológica no logra disipar. Así, la traducción de *to dikaion* por «justicia» («lo justo», «las cosas justas» para el plural *ta dikaia*) tiene el efecto de situarnos ya *ex initio* en una categoría *extrajurídica*: en la categoría moral o en el punto de vista ético o de la moralidad crítica, sobreentendido como último, absoluto y fundamentador del Derecho (la propia

¹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V. 7, 1134b18-1135a5 (ed. de J. Pallí, Madrid, Gredos, 1993, pp. 254-5).

noción de «naturaleza» se utilizará a tal fin). Si, en cambio, traducimos por «cosas reconocidas como justas» (tal hace Ross [1925] en el pasaje citado) o por «reglas de derecho» (como hace Aubenque alguna vez [1998: 42; 2004: 10]), o simplemente «derecho», ya sea con mayúscula (Derecho natural/convencional, *natural/conventional law*) o con minúscula (*natural/conventional right*; incluso *natural rights*²... o *rights* a secas³), entonces la idea de justicia queda inscrita más bien en la categoría jurídico-política (o incluso la jurídica solamente) y la noción de «justicia política» (lo «justo político» o hasta «Derecho político») adquiere connotaciones y resonancias muy diferentes, que implican relaciones igualmente diferentes con la moral y el Derecho. Lo que está en juego, pues, tras estas distintas versiones es justamente esa cuestión: cómo se relaciona el Derecho con la moral y la política.

El hecho de que Aristóteles esté distinguiendo dos especies (*nomikon dikaion* o «justicia legal» y *physikon dikaion* o «justicia natural») dentro de un género común (*politikon dikaion* o «justicia política») indica, por un lado, que la doctrina aristotélica es más sofisticada de lo que induce a pensar la tradicional división dualista del Derecho o la justicia, de acuerdo con la cual Aristóteles figura como el fundador del iusnaturalismo⁴, adscripción que le es reconocida incluso desde contextos no iusnaturalistas⁵. Por otro lado, sugiere que la verdadera línea conceptual profunda de esa doctrina no es la que relaciona justicia natural y justicia legal sino la que relaciona entre sí justicia política y justicia legal (Burns 1998:144-5). Esta es, en efecto, una clave fundamental (oscurecida en muchos intérpretes por otras claves) para reconstruir adecuadamente y de manera ajustada a los textos el concepto aristotélico de Derecho. La cuestión es si éste debe ampliarse de forma que incluya a la «justicia política», lo que significaría que también incluye (de algún modo que habrá que clarificar) a la «justicia natural». Pues lo que diferencia a Aristóteles de los pensadores precedentes es que la distinción entre lo natural y lo legal o convencional se hace *dentro* de la justicia política (Miller 1995: 75).

Asumamos en principio que los términos en que aparece caracterizada la «justicia legal» permiten su identificación con el «Derecho positivo», en el sentido de un «Derecho legislado» o *nomos* estableci-

² Kraut, 1996: 757 ss., 773-4.

³ Miller (1995: 112) sostiene que el término expresa «una pretensión justa en relación con algo», frente a la cual «se espera de los demás ciudadanos, jurados y autoridades, una respuesta de acuerdo con procedimientos regulares jurídicos y políticos» (cf. también 58-9).

⁴ Aristóteles es reconocido como el «fundador filosófico del auténtico Derecho natural» (Trude, 1955: 177) y «el padre espiritual de esta problemática [i.e., la del iusnaturalismo]» (Destrée, 2000: 220). Las citas podrían multiplicarse *ad infinitum*: basten estas dos para dar por buena la afirmación de Shellen (1959: 72) de que «los filósofos y los historiadores de manera casi invariable han reivindicado a Aristóteles como el padre del Derecho natural».

⁵ Véase por todos Bobbio, 1993: 36-7.

do por un legislador (*nomothétes*) como norma general o como norma particular decretada para casos concretos o singulares (Aristóteles parece referirse a decisiones judiciales y reglamentos u ordenanzas). En ambos casos se trata de una norma «puesta» o positiva, de modo que no se cometería anacronismo interpretativo si se retrotrae aquí el concepto de *ius positivum* o *iustitia positiva* por más que estas expresiones no hagan aparición, como es sabido, hasta mucho después, en la alta Edad Media (Gagner 1960: 210 ss.; Kuttner 1936; Ullmann 2008: 62). Es conocido también que la noción griega de *nomos* evoluciona desde su significado inicial de costumbre o uso social prejurídico, de carácter difuso e indiferenciado respecto de elementos religiosos y rituales, hasta la ley escrita, en el sentido de norma deliberada o sancionada por una decisión colectiva (que a su vez, puede confirmar usos o prácticas sociales en el primer sentido)⁶. La justicia legal aristotélica incluiría, pues, dicho en términos altomedievales, el Derecho *ab hominibus institutum*, esto es, «el Derecho que tiene su origen de cualquier modo en la actividad humana» (Opalek 1982: 449); o dicho en términos contemporáneos, el Derecho que «está positivizado, hecho Derecho, por medio de las actividades de seres humanos», es decir, a través de prácticas sociales, y específicamente de las prácticas legislativas y judiciales⁷.

Aristóteles parece manejar al menos seis criterios definitorios de la justicia legal o Derecho positivo. La mayor parte, aunque no todos, se desprenden del texto arriba citado. 1) *convencionalidad* (*nomikon kai synthékei*): está fundado en el «convenio humano» o «una disposición [*taxei*]» (1135a10 [255]); 2) *carácter práctico*: está vinculado a las «cosas humanas» (*anthropina*) y, de manera más específica, a los actos y decisiones del legislador (o de los jueces y gobernantes) que implican una forma de *praxis* (política, en rigor) vinculada a nociones como la «prudencia» (*phronesis*) [cf. *Ét. Nic.*, X, 9, 1180a21-22 (405)], la deliberación (*bouleusis*) y la elección preferencial (*prohairesis*); 3) *particularismo*: estos son actos y decisiones *singulares*, aun resultando en reglas de las que puede predicarse generalidad, lo que convierte a éstas en reglas de carácter particular y no ningún tipo de reglas universales absolutas; por la misma razón, el Derecho es particular también en el sentido de hallarse fragmentado en diferentes sociedades políticas («propio [*idios*] de cada pueblo», *Retórica*, I, 13, 1373b6 ss. [281]); 4) *contingencia*: las prácticas jurídicas pertenecen a «las cosas que pueden ser de otro modo»; se hallan sujetas «al parecer humano», a la opinión general o experta: es sólo el hecho de ser estatuida la convención lo que les otorga un contenido u otro, siendo «en su origen

⁶ Cf. ROMILLY, 2004, *passim*. Sobre el tránsito, acaecido durante el s. v, de la noción de *thesmos* (norma aceptada socialmente o derecho consuetudinario) a la de *nomos* (norma estatuida por un legislador político), véase Schroeder 2003: 38 ss. Véase también Jones 1956: 102 ss.

⁷ La llamada por Raz «tesis social» (1979: 37 ss.; cita en p. 38).

indiferentes»; 5) *indeterminación*: las decisiones y reglas jurídicas no están determinadas por ninguna instancia exterior a su misma producción deliberativa y ejecutiva, la cual es así esencialmente *abierta*; de manera que «de lo indeterminado [*aoristou*] no hay regla sino también indeterminada»⁸; y 6) *variabilidad*: la justicia legal está esencialmente sujeta al cambio: «Toda justicia es variable [*kineton*]».

De este conjunto de rasgos, íntimamente emparentados entre sí, son el primero y el último –convencionalidad y mutabilidad de la justicia legal– los que han acaparado la atención de la mayor parte de los intérpretes. La «justicia natural» queda asociada de manera casi exclusiva a los rasgos que aparecerían, en el texto, como contrapunto de los anteriores, a saber: la necesidad y la inmutabilidad. A lo cual se añade el juego de la oposición universal/particular (tercer atributo), de significado central en la lógica y la epistemología (y, por tanto, en la ontología) aristotélicas y también decisivo, como veremos, en la interpretación tomista. De este modo se afianza de modo aparentemente inevitable la formulación canónica del dualismo tradicional, forjado en términos del contraste entre un Derecho positivo que es norma variable, convencional y particular, y un Derecho natural que es norma inmutable, necesaria y universal. Esta interpretación sitúa a la doctrina aristotélica como un desarrollo filosófico de la distinción *physis-nomos* introducida por los sofistas en el siglo v, luego continuada en la tradición estoica, de la que sería precursora, y finalmente recibida por la filosofía medieval teológica desde donde pasó, secularizada, al ius-naturalismo moderno.

Sin embargo, una interpretación lineal semejante –del *physikon dikaion* al Derecho natural– presenta numerosos puntos débiles. Todos ellos derivan de un mismo déficit: la desatención hacia las restantes notas contenidas en la caracterización aristotélica del Derecho positivo y especialmente hacia el concepto de *práxis* (segundo atributo). Ahora bien, este es precisamente el concepto fundamental que da unidad a toda la filosofía práctica aristotélica: aquel que establece una conexión entre el Derecho, la ética y la política y el que permite restituir a su verdadero lugar, mediante esa conexión, la noción de *justicia política*, desbaratando cualquier lectura simplificadora de signo dualista. La interpretación crítica de la noción aristotélica de justicia natural que aquí haremos se basa, pues, en enfatizar la naturaleza práctica del Derecho positivo y su conexión *interna* con la moralidad y con la política, antes que con ninguna «ley natural» de carácter universal. Desde esta perspectiva, la justicia (los principios morales) estarían ya incorporados dentro del marco del Derecho positivo, y en todo caso están llamados a operar críticamente en su mismo ámbito, en vez de constituir contenidos normativos *externos* que figuren como determinantes absolutos del Derecho positivo, al modo del planteamiento ius-

⁸ *Ét. Nic.*, V. 10, 1137b29-30. Sigo la traducción de Aubenque (2004: 12).

naturalista. Y la arquitectura institucional jurídica en la que, entre otros contenidos, actúan los principios y valores de orden moral a través del Derecho o justicia legal es justamente lo que Aristóteles llama «justicia política». Pero, antes de llegar a ello, veamos hasta qué punto esa interpretación iusnaturalista de lo «justo natural» resiste la confrontación con el propio texto.

Es cierto que éste comienza definiendo a la justicia natural como aquella «que en todas partes tiene la misma fuerza [*dynamis*]» e introduce una célebre analogía netamente naturalista (el fuego «que quema tanto aquí como en Persia», 1134b26) a fin de ejemplificar la idea de que «lo que es por naturaleza no está sujeto a cambio» (1134b25). Y también es cierto que desde el principio queda introducida la idea de que la justicia natural es «independiente del parecer humano». Sin embargo, hay algo que con frecuencia se pasa por alto en la mera lectura literal de este pasaje. Y es que Aristóteles está hablando en estilo *indirecto*, es decir, está haciéndose eco –siguiendo un método habitual en él– de la opinión de *otros* autores y de su comprensión de la justicia natural y legal («algunos creen que...», «observan ellos que...», 1134b24-27). Está, pues, haciendo valoraciones *transferidas*, y valoraciones transferidas *críticas*, esto es, valoraciones precisamente *no* compartidas por él. Éstas son fundamentalmente dos:

a) *La justicia legal o convencional es la única forma de justicia.* Esta sería la tesis de que no existe tal cosa como una «justicia natural» (la cual sería una especie de *contradictio in adiecto*), al ser la justicia (el Derecho) en su totalidad esencialmente mudable, particular y contingente en su dependencia de las convenciones humanas. Aristóteles parece estar atribuyendo esta tesis a los sofistas, y él mismo la rechaza, aunque de forma matizada («Esto no es así, aunque lo es en un sentido»). Y la rechaza porque parece entender que si bien las decisiones convencionales humanas constituyen un criterio *necesario* para definir el Derecho, no sería sin embargo *suficiente*. Este es un punto central para entender su posición. El escollo que está tratando de salvar es el del voluntarismo y el relativismo. Acaso «entre los dioses» (añade, no sin ironía⁹) voluntad y necesidad puedan ser lo mismo, es decir, suceda que la *praxis* es por sí misma un criterio garante de objetividad, pero «entre los hombres», por el contrario, no es así y por eso existe *también* una justicia natural. La convencionalidad de las prácticas jurídicas no excluye la presencia «en un sentido» de elementos

⁹ La ironía sólo puede apreciarse si se tiene en cuenta que en la teología aristotélica Dios o el Acto Puro no puede comunicarse ni tiene relación alguna con el mundo sublunar humano (porque entonces su propia condición de Acto Puro se degradaría). Cf. Aristóteles, *Metafísica*, XII. 7, 1072b23-30 (488). Sobre este punto volveremos más adelante. Como subrayan Gauthier y Jolif (1970: II [vol. 3], 394), la referencia a los dioses sirve únicamente para recalcar la idea de mutabilidad de las cosas humanas, entre las que se cuenta la justicia.

invariables o «naturales». La cuestión es identificar con precisión ese sentido, y de qué clase de «naturaleza» se trata, algo que como podremos ver revela la complejidad de la posición aristotélica. De cualquier forma, se diría, esto aparentemente abona la posición iusnaturalista (hay criterios objetivos universales de justicia para el hombre). Sin embargo, la apariencia se deshace en gran medida en cuanto se pone esta tesis en conexión con la siguiente.

b) *La justicia natural es invariable*. Esta tesis es también atribuida por Aristóteles a la posición anterior: quienes creen que toda justicia es legal y que no existe la justicia natural lo hacen *porque* asumen que «lo que es por naturaleza no está sujeto a cambio y en todas partes tiene la misma fuerza» (1134b25-26). Y es estrictamente en el contexto de esta atribución indirecta donde introduce la referencia naturalista al fuego «que quema aquí como en Persia». Pero Aristóteles rechaza también esta tesis como errónea. Pues, afirma de inmediato, la justicia natural *es* variable (y, por tanto, toda justicia lo es)¹⁰. Y la razón de ello no puede ser otra que justamente su dependencia necesaria (en cuanto es una forma de *justicia*) de las prácticas decisorias humanas. De forma que la distinción entre elementos convencionales y naturales se da *dentro* de las «cosas que pueden ser de otro modo», en las cosas prácticas humanas o que acontecen «entre los hombres», que incluyen a la justicia y el Derecho. Aristóteles dice que «está claro» cuáles son unos y otros, pero no da ninguna indicación explícita al respecto¹¹. Las claves de comprensión del texto tienen que ser extraídas, pues, de una reconstrucción de las premisas de su sistema filosófico (de las cuales han de resultar también las dos tesis críticas recién mencionadas). Pero por el momento parece indiscutible que Aristóteles, después de refutar la tesis de la inexistencia de una justicia natural (relativismo sofista), hace lo propio con la tesis de la existencia de una justicia natural inmutable (claramente el destinatario de la crítica es aquí el idealismo platónico del Bien). En consecuencia, en este punto al menos, lo que ha sido interpretado a menudo como contradicción aristotélica (referirse a la justicia natural como variable) debe ser visto más bien como la autocontradicción del intérprete que asume el supuesto injustificado de que Aristóteles ha de profesar un determinado tipo de iusnaturalismo basado en el postulado metafísico de algún Derecho natural universal e inmutable¹².

¹⁰ «[T]oda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural»; «ambas [...] igualmente mutables» (1134b29).

¹¹ Gauthier/Jolif (1970: II. 395), siguiendo a Joachim (1951: 156), modifican la puntuación tradicional del texto para plantear la afirmación aristotélica en términos interrogativos. Sobre las dificultades interpretativas que ello plantea, cf. Destree 2000: 230-1.

¹² Destree (2000: 222 ss.) cifra en este punto («¿Cómo entender entonces que un derecho que permanece el mismo en todas partes pueda ser al mismo tiempo variable?») una de las dificultades centrales del texto aristotélico en su periplo histórico-filosófico. La variabilidad del Derecho natural sería la «afirmación fundamental»

No hay en las afirmaciones aristotélicas rastros de *dualismo* alguno en el sentido que propugna una división del concepto de Derecho en dos mitades, positivo y natural, como la defendida por el iusnaturalismo. Más bien el texto apunta a una conexión *interna* más compleja entre justicia legal y justicia natural, como indica el hecho de que ambas dimensiones de la justicia comparten propiedades comunes (Destrée 2000: 228). La variabilidad *no* aparece en el texto como un criterio de distinción, sino como algo que precisamente comunica el elemento convencional y el elemento natural del Derecho: ambos son «del mismo modo variables [*kineta homoiios*]». Y este hecho no parece implicar, por tanto, que estemos sobrepasando en modo alguno el ámbito del Derecho positivo (Bodéüs 1999: 71, 80). Queda abierta la cuestión de cómo se concilia entonces la convencionalidad (y, por tanto, variabilidad) de éste con el hecho de que al mismo tiempo contenga «en un sentido» elementos que (aun siendo variables) son sin embargo irreductibles a esa convencionalidad: elementos «no sujetos al parecer humano» o que existen, como traducen Marías/Araujo, «independientemente de que lo parezca o no» y no «porque la gente crea esto o aquello», según la versión de Ross. Este aspecto también parece tener que ver con algún tipo de necesidad o universalidad («la misma fuerza en todas partes»). Y esto es lo que distanciaría a la posición aristotélica de un simple positivismo en el que el Derecho quedase agotado en su simple convencionalidad (y con ello la filosofía del Derecho en una mera concepción «positivista-ideológica») ¹³. La tesis aristotélica es, en efecto, filosóficamente mucho más compleja y sutil, en su crítica de la distinción heredada *physis/nomos*, de lo que esta interpretación alcanza a ver. Frente al positivismo, es una tesis naturalista y universalista, que incluye de algún modo la consideración de una dimensión «natural» del Derecho. Ahora bien, *no* es una posición iusnaturalista. Más aún, como vamos a ver, contiene la refutación más contundente del iusnaturalismo como teoría filosófica del Derecho.

II. PRÂXIS VERSUS PHYSIS: LA EPISTEMOLOGÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA

La hipótesis interpretativa aquí adoptada es que el elemento «natural» presente en el Derecho o la justicia según el texto aristotélico no

contenida en el mismo, cuya importancia –señala el citado autor– ha tenido que ser o bien minimizada o bien malentendida por la interpretación tradicional. En el mismo sentido, Yack, 1990: 218.

¹³ Para Kelsen, por ejemplo, el Derecho natural aristotélico «es simplemente una parte constituyente del Derecho positivo del Estado», de forma que la idea de justicia natural sirve «únicamente para justificar el Derecho positivo» en el sentido de una doctrina política puramente ideológica de carácter «conservador» (Kelsen, 1973: 132; 1945: 439 ss.; 1960: 376; 1979: 153).

puede ser identificado primariamente con la idea de *physis* sino con la idea de *prâxis*. Dicho de otro modo, la idea de naturaleza implicada en los textos que nos importan es una naturaleza ya interpretada (epistemológica y ontológicamente) desde el marco en el que se desenvuelve la prácticas política y moral, esto es, el marco de la *polis* (es, pues, una idea de la filosofía práctica). Así debe entenderse el carácter común que justicia legal y natural comparten como elementos de una totalidad superior más amplia, la justicia política. Esto apuntaría a que la nota de convencionalidad definitoria de la justicia legal –que tiene que ver con el conjunto de decisiones prácticas singulares asociadas a la introducción y aplicación de las reglas jurídicas– no sería según A. el único criterio relevante para la definición del Derecho, sino que debe ser complementado con una consideración de la estructura *institucional* del Derecho, como contexto «invariante» en el que esa práctica convencional discurre. Ahora bien, este contexto institucional precisamente se caracteriza por establecer relaciones precisas con la ética y con la política. Constituye así el trasfondo «natural» de las convenciones jurídicas (en el sentido de un elemento estructural, permanente o universal a éstas)¹⁴, que entonces remite a una acepción de naturaleza que no rebasa el ámbito de la *prâxis* tal como se da en la comunidad política.

Esta hipótesis interpretativa puede ser indagada por una doble vía de análisis cuyos resultados son convergentes. Por un lado, una vía ontológica relativa a la idea de naturaleza subyacente a la «justicia natural». Por otro, una vía epistemológica relativa al *status* de la noción de *prâxis* y racionalidad práctica en el planteamiento aristotélico. En lo que sigue me limitaré fundamentalmente a esta última.

Si la justicia natural incluye la variabilidad, ¿cómo afecta esto a aquellos otros atributos de la justicia natural de los cuales, se supone, resultaría su supuesta inmutabilidad? Habíamos dicho que éstos eran fundamentalmente dos: la necesidad y la universalidad. ¿Cómo debe entenderse que el Derecho natural es universal y necesario –«el mismo en todas partes»– si resulta ser variable? Aquí se impone tomar la noción de universalidad no sólo en su sentido lógico (de acuerdo con la lógica formal de los *Primeros Analíticos*) sino ante todo en su sentido epistemológico, esto es, desde la teoría aristotélica de la ciencia expuesta en los *Segundos Analíticos*. Pues es aquí donde la noción de universalidad va ligada a la de necesidad, y ésta a su vez a las de causalidad o verdad; esto es, a la materia o contenido de cada disciplina, y no sólo a su estructura lógico-formal o discursiva, que es común a todas ellas. Ahora bien, Aristóteles precisamente considera

¹⁴ Tal como lo expresan Gauthier-Jolif, «que todas las cosas consideradas como justas sean variables no se opone a que ciertas de entre ellas estén fundadas sobre la naturaleza» (1970: II. 394). En el mismo sentido, Aubenque, 1998: 41 ss.; Miller, 1991: 280 ss. La cuestión, por supuesto, es qué tipo de naturaleza se está sobreentendiendo en cada caso y cuáles son sus relaciones epistemológicas con el Derecho.

problemático que los principios lógicos sean aplicables de igual manera en todos los tipos de discursos. Así, la ciencia (*episteme*), cuyo exponente principal es la geometría, es un discurso teórico-demostrativo, y la demostración (*apodeixis*) sólo puede ser de lo necesario (*anagkaion*), lo que sucede únicamente cuando procede de principios verdaderos (*he alethôn*) capaces de manifestar la causa (*di aitias*). «Pues el valor de lo universal le viene de que él está fundado sobre la causa» (*Anal. Seg.*, I. 31, 88a5). La universalidad genuina (*katholou*) proviene de la necesidad del nexo causal, y así en esta obra se presenta como un tipo de determinismo¹⁵. Gracias a que la causa nos pone ante una verdad necesaria (material) podemos establecer la universalidad lógica o formal (*kath'pantos*) como universalidad objetiva (*kath'auto*) o esencial (*pan kat'eidos*)¹⁶ expresable por medio del mecanismo silogístico como conocimiento de aquello que no puede ser de otro modo a como es.

De ahí la tesis aristotélica de que «sólo hay ciencia de lo universal» (I. 30 ss. [385]). Una tesis epistemológica crítica cuya inmediata contrapartida es la puesta en cuestión de todos aquellos discursos que versan sobre ámbitos materiales de carácter particular, contingentes o variables, esto es, aquellos que «pueden ser de modo distinto a como son». En tales discursos no es posible hablar de necesidad ni, por tanto, de auténtica universalidad, aun cuando puedan ser objeto de aplicación de los principios lógicos. Y ello porque sus contenidos no son susceptibles de universalización objetiva, de un auténtico saber causal-universal determinista¹⁷, del modo que es distintivo de las ciencias demostrativas, únicas que pueden llamarse propiamente «ciencias teóricas», al constituir un saber contemplativo, puramente intelectual o desinteresado (matemáticas, física, teología).

Ahora bien, esos ámbitos materiales particulares y contingentes son precisamente los que tienen que ver con las «cosas humanas» (*anthropeia*), es decir, aquellas cosas cuya existencia se da por la mediación de la acción humana y sus productos (*la prâxis*)¹⁸. Se trata, pues, de las realidades morales, jurídicas y políticas, cuyos principios no son realmente universales puesto que son principios *ex post actio-*

¹⁵ «Creemos que sabemos cada cosa sin más, pero no del modo sofístico, accidental, cuando creemos conocer la causa por la que es la cosa, que es la causa de aquella cosa y que no cabe que sea de otra manera [...] de modo que aquello de lo que hay ciencia sin más es imposible que se comporte de otra manera» (*Anal. Seg.*, I. 2, 71b 9 ss. [316]).

¹⁶ Es decir, opuesta (p. ej., en el silogismo inductivo) a la meramente enumerativa o estadística (*pan kat'arithmôn*). Cf. *Anal. Seg.*, I. 5, 74a31 (327).

¹⁷ «Por tanto, de las cosas corruptibles no hay demostración» (*Anal. Seg.*, I. 8, 75b24 [333]).

¹⁸ Cf. *Et. Nic.*, X. 9, 1181b15 (408). «[E]ntre lo que puede ser de otra manera está [...] la acción», que tiene que ver con «lo que puede ser o no ser» realizado (VI. 4, 1140a1; 5 [271]); en el dominio de la ética, las acciones «son las principales causas de la formación de los diversos modos de ser» (II. 2, 1103b30 [160]).

ne¹⁹ y se ven afectados por la propia contingencia, variabilidad y particularismo de las acciones humanas. No hay aquí un verdadero saber universal sino saberes igualmente particulares y contingentes, dados *a la misma escala* de la acción (p. ej., la retórica y la dialéctica, la prudencia ética y política, las diferentes técnicas) y de carácter probable, doxástico o accidental. Aristóteles aplica no obstante por analogía el esquema del «razonamiento práctico» (*syllogismós ton prakton*), y esto revela su intención racionalista. Pero los razonamientos prácticos, a diferencia de los teóricos, están anclados en la propia esfera práctica (moral, política) en que surgen y carecen de fundamentos que vayan ontológicamente *más allá* de la esfera de acción de los individuos, únicos centros generadores de esa práctica. Es decir, carecen de fundamentación *objetiva* en un sentido naturalista estricto. En efecto, el razonamiento práctico involucra la mediación de la propia acción del sujeto a la hora de recabar, deliberar, sopesar y elegir los principios o razones relevantes (normas, fines) respecto de las circunstancias singulares en que surge. Los principios prácticos son *deliberativos*, tienen que ser concretados mediante alternativas de acción en cada situación. De ahí que, por su contenido material, no tengan existencia al margen de los individuos actuantes: todo principio práctico gira en torno al *sujeto* de la acción y descansa en el ejercicio mismo de la acción²⁰. No son principios cuyo fundamento ontológico pueda determinarse *ex ante* sino *ex post* respecto de ésta. No pueden, en consecuencia, ser hallados en el objeto que rodea a la acción misma —objeto que, sin embargo, podría ser analizado en sí mismo en clave teórico-científica— «sino más bien en los agentes» (*Met.*, XI. 9, 1064a15 [445]), respecto de las circunstancias concretas en que acontece esa acción a la luz de la deliberación. Pero, además de la premisa mayor y menor, también la conclusión envuelve la decisión práctica del sujeto: el silogismo práctico es una inferencia cuya conclusión no es una nueva proposición (*protasis*) sino una acción (*prâxis*)²¹. La

¹⁹ En la praxis «el principio de las cosas que han de hacerse está en el que las hace, [y es] la elección: lo que ha de hacerse y lo que ha de elegirse son, en efecto, lo mismo» (*Met.*, VI. 1, 1025b20 ss. [267]). «En efecto, los principios de la acción son el propósito de esta acción» (*Ét. Nic.*, VI. 5, 1140b15 [274]).

²⁰ «Deliberamos, entonces, sobre lo que está en nuestro poder y es realizable [...] sobre lo que se hace por nuestra intervención»; «Entendemos por posible lo que puede ser realizado por nosotros [...] ya que el principio de la acción está en nosotros... «[E]l hombre es principio de las acciones, y la deliberación versa sobre lo que él mismo puede hacer» (*Ét. Nic.*, III. 3, 1112a18 ss. [185 ss.]). La teleología humana fines/medios está, pues, dada a la escala de objetos *prácticos*, es decir, de *acciones posibles* cuya deliberación y ejecución involucra al agente puesto que su significado se configura únicamente en la situación particular o en la serie sucesiva de situaciones prácticas que conforman la vida humana (cf. Rhonheimer, 1994: 236 ss.; Wieland, 1990).

²¹ Cf. *Ét. Nic.*, VII. 3, 1147a26 ss. (296-7); *Movimiento de los animales*. 7, 701a4-33 (307-8); *Acercas del alma*, III. 11, 434a16 ss. (250). Véase Anscombe, 1957: 60; 1977: 68 ss.; Nussbaum, 1985: 183 ss.; Oriol, 2004: 16 ss.

razón práctica no sólo se *razona* sino que ante todo se *hace*, y no es sino esto lo que introduce su radical pluralidad («el bien se dice de muchas maneras») y singularidad (al referirse siempre a individuos y situaciones particulares), así como también su contingencia y su falibilidad en el paso de los principios a las conclusiones (p. ej., la *akrasia*). No hay normas universales éticas para llegar a la vida buena, sino a lo sumo modelos del hombre prudente (*phronimos*) o del hombre bueno o virtuoso (*spoudaios*), que aparece como único «canon y medida [*kanon kai metron*]» (*Ét. Nic.*, III. 4, 1113a34 [189]; Aubenque 1999: 51). De forma que finalmente la analogía de partida sirve para poner de manifiesto una inconmensurabilidad epistemológica insuperable entre ambas formas de racionalidad, entre *epistème* y *phrónesis*²², racionalidad teórica y práctica.

Las consecuencias que de este planteamiento epistemológico se derivan para la tesis iusnaturalista son enteramente destructivas. Ésta puede ser caracterizada por el postulado de que existen elementos o contenidos «naturales» que, por un lado, son universales y desbordantes del marco meramente particular en cuyo ámbito se producen las convenciones jurídico-positivas (digamos, la voluntad de los legisladores) y, por otro, son determinantes absolutos de éstas. Ambas notas, independencia de las decisiones voluntaristas humanas y contenidos deterministas o necesarios para las convenciones del Derecho positivo —que son al tiempo criterios para su valoración crítica en términos de justicia— serían los rasgos por antonomasia del Derecho natural. Pero: ¿cuáles serían esos contenidos universales y necesarios que desde ésta se predicán de la «justicia natural» aristotélica? Solamente podrían ser de dos clases:

i) contenidos de un discurso *teórico*, que se piensan situados en un plano *distinto* de aquel en que se da toda práctica y, por tanto, también la práctica de la justicia legal o Derecho positivo. Aquí hablaríamos de la relación de determinación que sobre éste ejercen factores *naturales* que forman, por así decir, la «infraestructura» básica de la *práxis*, en un plano inferior a ésta, o bien que se postulan superiores a ella, en un orden *sobrenatural*;

ii) contenidos de un discurso *práctico*, que se piensan situados al *mismo* nivel de la práctica jurídica (*mores*, criterios éticos, sistemas de valores, moralidad crítica, determinantes políticos, etc.).

Ambas posibilidades recogen las formas básicas de iusnaturalismo que han sido históricamente transitadas con posterioridad a Aristóte-

²² «De suerte que si la ciencia va acompañada de demostración, y no puede haber demostración de cosas cuyos principios pueden ser de otra manera (porque todas pueden ser de otra manera), ni tampoco es posible deliberar sobre lo que es necesariamente, la prudencia no podrá ser ni ciencia ni arte: ciencia, porque el objeto de la acción puede variar; arte, porque el género de la acción es distinto del de la producción» (*Ét. Nic.*, VI. 5, 1140a32-1140b1 [273]; cf. 1142a23-25 [279]). Cf. Granger, 1976: 317, 336; Shiner, 1994: 1257 ss.; Reeve, 1992: 73 ss.

les. De acuerdo con cierto uso académico (muy discutible, como podremos ver) han sido denominadas variantes «ontológica» y «deontológica» del iusnaturalismo (cf., p. ej., Weinreb 1987). Sin embargo, ambas vías de construcción del concepto de un «Derecho natural» resultan incompatibles con los presupuestos aristotélicos. La primera, porque los contenidos «naturales» en cuestión no son realmente un *Derecho*. La segunda, porque no son realmente *naturales*. Veamos:

A) No puede haber una «justicia» o un «Derecho» como parte de la «naturaleza» en la misma medida en que la *prâxis* no puede ser, como tal, objeto de un discurso teórico. Existen, por supuesto, legalidades universales de orden naturalista (p. ej., en el sentido que hoy llamaríamos etológico o sociobiológico) que afectan a la *prâxis* humana. Pero aunque existan fundamentos causales objetivos implicados en la acción de los sujetos prácticos, y aunque puedan ser analizados en sí mismos en clave teórico-científica, ellos no podrían en ningún caso ser identificados con *normas*, esto es, principios de la acción moral o política, ni podrían tampoco ser determinantes *necesarios* de éstos *qua* principios prácticos. Tales normas o principios prácticos sólo pueden ser *deliberativamente* obtenidos y justificados, algo para lo que justamente no hay lugar en absoluto en el discurso teórico²³. Y esa deliberación supondrá que han debido traducirse a la teleología del sujeto práctico convirtiéndose en tal medida en variables o contingentes («que pueden ser de otra manera»). Las normas no pueden ser, pues, naturales y si son naturales entonces no son normas²⁴. De este

²³ Cf. *Ét. Nic.*, III, 3, 1112a21-25 (185); cf. VI, 5, 1140a32 (273).

²⁴ Inmediatamente después de vincular la ética a la costumbre en el inicio del libro II, afirma Aristóteles: «De este hecho resulta claro que ninguna de las virtudes éticas se produce en nosotros por naturaleza, puesto que ninguna cosa que existe por naturaleza se modifica por costumbre. Así, la piedra que se mueve por naturaleza hacia abajo no podría ser acostumbrada a moverse hacia arriba, aunque se intentara acostumbrarla lanzándola hacia arriba innumerables veces; ni el fuego, hacia abajo; ni ninguna otra cosa, de cierta naturaleza, podría acostumbrarse a ser de otra manera. De ahí que las virtudes no se produzcan ni por naturaleza ni contra naturaleza, sino que nuestro natural pueda recibir las y perfeccionarlas mediante la costumbre» (*Ét. Nic.*, II, 1, 1103a20 ss. [158-9]). Hay, pues, una determinación natural de las capacidades sobre las que opera la adquisición y perfeccionamiento de las normas éticas, pero éstas pertenecen a un plano distinto e irreductible, el de la *prâxis*, y no a la naturaleza misma en donde carece de sentido hablar de «costumbres» o «hábitos», concepto exclusivamente antropocéntrico (deliberativo, práctico), es decir, político-moral. La referencia a la «virtud natural» (*physike arete*) en *Ét. Nic.*, VI, 13, 1144b4-9 [286-7]), como modo de ser común «a los niños y a los animales», ausentes de razón, es una referencia a disposiciones de *conducta* que son en sí distintas de la *prâxis* y presupuesto previo de ésta: la «virtud por excelencia» sólo lo es «un modo de ser de acuerdo con la razón», es decir, la razón práctica. La misma idea se repite en *Pol.*, VII, 13, 1332a38 ss. (435): los hombres llegan a ser buenos gracias a tres factores (naturaleza, hábito y razón), pero sólo el hombre es guiado por la razón (*logos*), y esto hace que la virtud consista precisamente en *apartarse* de la naturaleza. No hay lugar, pues, para una justicia «natural» como virtud ética o política. Como dice Aubenque (1999: 149), «la virtud es para A. asunto de costumbre: somos [...] lo que escogemos hacer en

modo, la escisión que la epistemología de Aristóteles reconoce entre razón teórica y práctica proporciona la primera y más poderosa impugnación de la «falacia naturalista». De la naturaleza no pueden deducirse u obtenerse normas, porque éstas tienen que ser establecidas mediante decisión humana (*prohairesis*). No cabe situar en la «naturaleza» como contenidos objetivos lo que realmente son normas (u otros contenidos prácticos del Derecho, como valores o principios) que sólo *ex post*, mediante elecciones y decisiones convencionales *positivas* del legislador pueden ser convertidas en Derecho.

B) Aquí se trata de la determinación de unas normas (las del Derecho positivo) por *otras* normas. Hablamos, pues, de categorías coordinadas en un mismo plano epistemológico (el de la razón práctica). Por ello mismo, sin embargo, sigue cometándose el «error categorial» de presentar como «naturales» lo que en realidad son tales *normas* y no contenidos de la *physis* (sino de la *prâxis*). Lo cual enmascara el hecho fundamental de que esa supuesta relación de *determinación* no es en rigor tal, puesto que el nexo entre normas prácticas sólo puede ser a su vez *práctico* y, por tanto, es en realidad también contingente y variable, «indeterminado». Es decir, la relación entre, por ejemplo, la moral y el Derecho positivo no es una relación *objetiva* –teórica– entre contenidos normativos, sino una relación que presupone la *deliberación práctica* de la autoridad jurídica correspondiente a la hora de traducir o no esos contenidos normativos presupuestos como «naturales» y hacerlo de un modo u otro. Presupone, pues, un razonamiento práctico: en la *prâxis* lo universal y necesario –lo «natural»– no puede revestir la forma de un discurso teórico-científico. Desde una perspectiva epistemológica, la pregunta sobre si existe necesidad *teórica* (y, por tanto, universalidad) en el Derecho positivo (en la justicia legal) debe ser respondida negativamente.

Lo anterior hace implausible ver tras la «justicia natural» de Aristóteles el postulado de un *ius naturale* en el sentido de un «Derecho ideal que puede ser conocido y valorado con un grado de certeza aún mayor que el de cualquier legislación existente», para decirlo con D'Entrèves (1972: 123). No cabe traducir *physikon dikaion* por «Derecho natural», ni bajo una significación naturalista (el primer tipo que hemos diferenciado) ni bajo una significación moralista o historicista (el segundo). Ambas –«ontológica» y «deontológica»– son interpretaciones no sólo retrospectivas sino anacrónicas del texto aristotélico, es decir, interpretaciones filosóficamente inconsistentes con los presu-

cada instante». Esta constatación es el punto de partida para la segunda de las alternativas que hemos distinguido en el texto. Ésta toma a la esfera de la *prâxis* como una «segunda naturaleza», asumiendo que en realidad el hombre no tiene naturaleza sino *historia* (cf. Voegelin, 2002: 150). Es también el punto de partida de las interpretaciones modernas, historicistas y «deontológicas» del derecho natural aristotélico.

puestos epistemológicos de Aristóteles. Y ambas están también íntimamente vinculadas entre sí, pues de algún modo tienen su origen común en la interpretación que Tomás de Aquino hizo del texto aristotélico, responsable a su vez de la interpretación dualista tradicional de la que partíamos al comienzo²⁵.

²⁵ «Acertadamente se divide lo justo político en estas dos partes [i.e., *iustum naturale* y *iustum legale*]. Pues los ciudadanos practican lo justo porque la naturaleza lo puso en la mente humana y porque la ley lo ha estatuido [*positum*]» y «la naturaleza –que es la causa de lo justo natural– es la misma en todas partes [*ubique*] entre los hombres». Por tanto, «lo justo natural no consiste en lo que a uno le parece o no le parece [*videri vel non videri*], es decir, no tiene su origen en alguna opinión humana sino en la naturaleza». De forma que «las razones de las cosas variables [*mutabilium*] son inmutables» y así «lo justo legal o positivo tiene siempre su origen en lo justo natural» (Tomás de Aquino, *In decem libros Ethicorum*, V. 12, nn. 1017, 1018, 1023, 1029 [280-1]). Tal como luego desarrollará en la *Summa*, la universalidad e inmutabilidad de la ley natural resulta de una aplicación al campo práctico de la teoría aristotélica de los primeros principios del campo teórico (ibíd., n. 1018; Rhonheimer, 1994: 535 ss.). La ley natural es la razón práctica humana en cuanto refleja ciertos principios primeros universales y autoevidentes (*per se nota*) que forman parte del orden creado del mundo e indican, a través de la *sindéresis*, lo que el hombre debe hacer. La ley natural es la misma para todos los hombres en sus principios generales, y no cambia. Sin embargo, en su aplicación humana, éstos generan principios secundarios o conclusiones de los primeros que pueden estar expuestas al error y la falibilidad, de forma que cabe que (contingentemente: por hábito sociocultural o limitación subjetiva) no sean universalmente practicados (como el caso de los germanos, que no consideraban malo el latrocinio) (*Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a.2, a.3 [VI. 53 ss.]; q. 94, a.4, a.5 [133 ss.]). Así, la ley natural resulta *cualicada* o *especificada* en las circunstancias en que es aplicada por la práctica humana, pudiendo entonces variar como sostiene Aristóteles sin por ello dejar de ser en sí natural (es decir, universal e inmutable). (Sobre las diferencias al respecto entre el planteamiento aristotélico y el tomista, véase Jaffa, 1952: 174 ss.). Y esta es esencialmente la estrategia conceptual que preside prácticamente todas las relecturas iusnaturalistas contemporáneas de Aristóteles cuando, después de identificar –y descartar– una acepción general metafísica o universalista de naturaleza, proceden a ubicar la «justicia natural» en el marco de un concepto particular de naturaleza (una «naturaleza humana» en sentido amplio, o «naturaleza de las cosas», generalmente entendida en términos historicistas, esto es, *ya deontológicos*) que sería aplicación o manifestación del primero en el ámbito de la *práxis*, de forma que siendo justicia (= práctica), y mostrándose históricamente variable, no deja sin embargo de ser «natural». Así Gadamer cuando rechaza «la función dogmático-positiva» del Derecho natural en términos de leyes universales o un «mundo natural moral», pero reivindica su «función crítica» en términos de normas «que reflejan realmente la naturaleza de las cosas», que deja al hombre «un cierto margen de movilidad» que explica que el derecho natural, que es su aplicación humana, pueda cambiar (Gadamer, 2007: 390 ss., 614). Similarmente, Strauss, 1953: 159 ss. («lo justo natural reside [...] en las decisiones concretas en vez de en reglas generales»), Ritter 1961: 15 ss., 24 ss. (la «naturaleza humana» se ve manifestada y «actualizada» en la *práxis* de la política y así la justicia natural no tiene que ver con un *Naturrecht* pero sí con lo *von Natur Rechte*), Voegelin, 2002: 140 ss. (ver en A. un derecho natural abstracto es el resultado de una «dogmatización» filosófica de este concepto desde los estoicos, ya que en realidad es un derecho natural concreto ligado a la «mutabilidad de la condición humana»), Sigmund, 1971: 12, 39 (no hay un derecho natural como teoría «formal» en A., pero sí un *fundamental natural law*, de forma que «el derecho humano es la aplicación a circunstancias específicas de los preceptos de la razón contenidos en el derecho

La irreductibilidad epistemológica de la *prâxis* a la *physis* tiene importantes consecuencias ontológicas. La más importante de ellas es que conduce a rechazar como infundada una interpretación en clave iusnaturalista del teleologismo cosmológico que caracteriza a la ontología general aristotélica apoyándose para ello en la definición finalista de naturaleza del libro V de la *Metafísica*²⁶. En efecto, el universo aristotélico, entendido como *complexio omnium substantiarum*, si bien responde a una estructuración teleológica-jerárquica en donde cada ser constituye su perfección como actualización de una potencia mediante la acción de la causa eficiente y de la causa final (con la idea-límite de Acto Puro), *no* constituye sin embargo el universo de una teleología *práctica*. Para que así fuera sería necesario introducir la noción de un Dios creador-legislador universal, un *dator formarum*, y con ello la de un universo *deontológico*. Esto es justamente lo que hará la cosmovisión cristiana y teorizará la teología tomista con su «intelectualización» metafísica de la razón práctica aristotélica. Pero, aunque Aristóteles es el inventor filosófico de la idea de un Dios metafísico –el Acto Puro– y en este sentido, como sostuvo Jaeger, su «metafísica original» era una «teología» (Jaeger, 1948: 194 ss., 256), lo cierto es que ese Dios no es creador del mundo (que es eterno) ni tiene contacto alguno con él²⁷. Consecuentemente, Aristóteles no admite fundamentación teológica alguna de un Derecho natural y no puede por menos de considerar ridícula la idea de una «justicia divina»²⁸. En la metafísica aristotélica, por tanto, la *prâxis* constituye tan sólo un capítulo de la *physis* (entendida en sentido ontológico-general), pero no su *invasión* absoluta (lo que equivaldría a su antropomorfización teológica)²⁹. Es, más bien, el reducto de la contingen-

natural»), Miller, 1996: 893 («La naturaleza proporciona al legislador un estándar para la evaluación de las instituciones y leyes políticas, pero tiene que tomar en cuenta también las circunstancias particulares»), Aubenque, 1980: 154, etc.

²⁶ Cf. *Met.*, V. 4, 1015a35 ss. (214-5), donde la *ousía* o *eidos* de las cosas que son «por naturaleza» se identifica con su *telos*.

²⁷ En palabras de Aubenque (1962: 372): «El Dios de Aristóteles no crea; deja ser». Kelsen, por ejemplo, interpreta en esta dirección la metafísica aristotélica en términos de una ideología de la inacción y la resignación política (1979: 156 ss., 191).

²⁸ Cf. *Ét. Nic.*, X. 8, 1178b10 ss. [399-400]. En relación con sus predecesores, la crítica aristotélica significa una definitiva desacralización racionalista de los dos conceptos heredados: tanto el de *nomos* como el de *physis*. Cf. Aubenque, 1980: 150; Romilly, 2004: 111 ss. Para la historia griega de la dicotomía naturaleza/convencción, cf. Heinemann, 1980; Jones, 1956: 24 ss.

²⁹ Finnis (2000: 54, 68 n. 39) señala muy correctamente que la distinción aristotélica entre razón teórica y práctica «testimonia la antigua conciencia de la distinción entre “ser” y “deber”» y elude, por tanto, la falacia naturalista. Sin embargo, difícilmente puede considerarse incluida aquí la interpretación tomista de A. en la medida en que se enmarca en una ontoteología moral basada en la ley eterna y la providencia divina que, como señala Schroeder (2003: 45), es lo único que permite a la razón hallar «principios éticos naturales» ya dados en el orden de lo real. Es el postulado de un Dios-creador que es tanto demiurgo de la naturaleza como legislador de la moralidad el que permite neutralizar en apariencia la contingencia de la *phrónesis*

cia y la libertad humana («demasiado humana», parafrasea Aubenque) dentro de un mundo necesitarista en el que la «ontología de la ética», para usar la expresión de Voegelin –de la que él extrae una conclusión opuesta a la aquí defendida: cf. 2002: 148 ss.–, no puede englobar por completo a la *Scala naturae* porque sus contenidos (como la *eudaimonía* o la justicia) están vinculados a lo práctico (*praktikon*) ético y político, que entraña un significado totalmente diferente, «escindido», de naturaleza³⁰. Este hecho impone un límite infranqueable para cualquier interpretación inclinada a ver un Derecho en la naturaleza o a identificar en ella «criterios de corrección».

Ello se corrobora en la filosofía política aristotélica y precisamente en virtud del lugar que en ella ocupa el Derecho. En efecto, la constitución es para Aristóteles la causa formal y final de la *polis* (cf. Miller, 1995: 79), pero no una causa natural (*physis*) sino práctica, introducida por el legislador humano teniendo a la vista fines prácticos (la organización normativa de la *polis* orientada al bien común). La justicia es «el orden de la comunidad política [*politikes koinonias taxis*]»³¹. Es, pues, un orden conscientemente establecido, deliberativo, que implica una coordinación de las actividades humanas por una razón práctica, no un *kosmos* u orden natural determinado por regula-

aristotélica dotándola de principios universales de una naturaleza que es ambigualmente *al mismo tiempo* un orden teórico (de «leyes naturalistas»: p. ej. los imperativos biológico-etológicos de la *natura generica* humana que forman también parte de la *lex naturalis*, en la línea de la definición de *ius naturale* de Ulpiano: *quod natura docuit omnium animalium*, D.1.1.1.3) y un orden práctico (de normas o principios morales). Esta ambigüedad es la razón de fondo que imposibilita diferenciar entre iusnaturalismo «ontológico» y «deontológico».

³⁰ Aubenque, 1999: 17, 165; la ontología de la prudencia es una «ontología de la contingencia» (79); sobre la relación que esto tiene con la indeterminación de los futuribles, cf. *ibid.*, 108, 123 ss. No cabe, pues, borrar la diferencia ontológica sustancial que existe entre el fin en sentido metafísico (el *telos* al que tiende «por naturaleza» todo ser) y el *telos* práctico que envuelve al sujeto deliberativo humano. De este modo, lo necesario en el mundo práctico no tiene que ver ya tanto con «lo que no puede ser de otro modo» como con «aquello sin lo cual no se produce el bien» (cf. *Met.*, V. 5, 101520 ss. [215-6]; XII. 7, 1072b10 ss. [487]); pero no el bien en general (la forma o función de todo ser, que es así «bueno en su género») sino el bien en el sentido específicamente *práctico* de la ética y la política. Es la misma diferencia entre por un lado la naturaleza en general como materia, forma y compuesto de materia y forma o sustancia, y por otro la naturaleza en el sentido del hombre y la sociedad. Tampoco puede homologarse la noción de universalidad que Aristóteles identifica en general con la naturaleza (lo que sucede «la mayoría de las veces», *Física*, II. 8, 199b23-24; *Met.*, VI. 2, 1027a10 [273]) cuando esa universalidad involucra al agente humano moral y cuando no lo hace; y lo mismo sucede cuando éste está implicado, como tal agente moral o político, en el principio de su movimiento y de su estado final (otra acepción, más biologicista, de «naturaleza»). Todo esto justifica una lectura immanentista de la idea de naturaleza operante en la *Ética* y la *Política* (cf. Miller, 1995: 28, 45, 336 ss.; insistiendo en las diferencias entre la teleología natural y la política en A., Yack, 1993: 88 ss.) y, por tanto, la evitación de la falacia naturalista (cf. sin embargo, la opinión contraria de Ruiz Miguel, 2002: 32-42).

³¹ *Pol.*, I. 2, 1253a24 [53]; cf. IV. 1, 1289a15 ss. Véase Gauthier/Jolif 1970: I. 385-6.

ridades objetivas y necesarias. Y es así, volviendo a nuestro texto de partida de la *Ética*, como Aristóteles sitúa en el centro de la escena, coherentemente con las premisas de su epistemología, al Derecho como *prâxis*, es decir, a la práctica del Derecho positivo o justicia legal: las decisiones autoritativas de legisladores y jueces por medio de las cuales se establecen las convenciones jurídicas en la comunidad política. Es presentada ahí como una práctica peculiarmente *constitutiva*, creadora de su propia escala de significación, que es la escala de las normas y los valores jurídicos. Tal es el sentido central en el que debe interpretarse la cláusula con la que queda definida la justicia legal: «aquella que es originariamente indiferente [*diapherei*], pero cuando ha sido establecida [*thôntai*] ya no es indiferente»³². Esa indiferencia originaria significaría *infradeterminación* de la práctica respecto de cualesquiera factores naturalistas: éstos permiten *muchas* deliberaciones distintas, sin que de ellos *por sí solos* pueda pasarse a una norma mejor que a otra cualquiera; es sólo la *prohairesis* del sujeto práctico la que, al elegir, insufla valores y normas al mundo natural. También cabe entender así el significado crítico de la alusión al fuego «que quema tanto aquí como en Persia» (1134b25-26): quienes crean que la justicia natural tiene este tipo de necesidad y universalidad, capaz de determinar completamente las decisiones de que consta el Derecho positivo, sencillamente cometen un error epistemológico (tomar ilegítimamente la razón práctica como si fuera teórica) y un error ontológico (la hipostatización metafísica de las normas como entidades naturales). Y también sería crítica en el mismo sentido la referencia a la mano derecha que es «por naturaleza la más fuerte»: eso no la hace en sí ni buena ni mala³³; más aún, es un hecho que puede ser modificado por las normas sociales, y así por educación «es posible que todos los hombres lleguen a ser ambidextros» (1134b32-34). «Muchas veces, efectivamente, los hombres actúan mediante la razón en contra de los hábitos y de la naturaleza, si están convencidos de que es mejor actuar de otra manera» (*Pol.*, VII. 13, 1332b6-8 [435]). La naturaleza sólo deja de ser indiferente cuando, y porque, son establecidas y generalizadas convencionalmente, por los medios del aprendizaje y la habituación práctica institucional, dichas normas sociales³⁴.

³² Sigo la traducción de Ross (1925).

³³ En *Magna Moralia*, I. 33, 1194b35-37 se dice en un pasaje similar que la mano derecha es «superior» (*kreitton*), lo que parecería introducir un punto de vista valorativo. Sobre las razones para no considerar esta obra como una fuente fiable, véase Yack, 1990: 228-9 y Hamburger, 1951: 63.

³⁴ Así, no hay que confundir la tesis de que la ciudad surge «por naturaleza» a partir de formaciones previas (familias, aldeas) con la de que exista una «norma natural» que así lo predetermine indefectiblemente como parte de una teleología universal tendente a un bien moral o una justicia preestablecidos. Lo «natural» hace referencia simplemente a la *génesis* de la ciudad a partir de instituciones ya normativamente organizadas (hay una justicia prepolítica, pero no «natural» en el sentido de pre-posi-

Pero lo mismo sucede, por otro lado, con los contenidos de carácter moral en sentido prejurídico (las costumbres o la moralidad positiva) o en sentido crítico (los estándares de justicia). Lo que está aquí en juego es la propia *fundamentación y justificación normativa* de las convenciones legislativas y en general la valoración crítica del Derecho positivo. Sabemos que la justicia legal –la convención establecida por el legislador positivo– no es para Aristóteles el único criterio relevante de justicia. Que la definición del Derecho positivo esté centrada, como criterio constitutivo o demarcador, en la idea de convención –y con ello en la decisión y voluntad de las autoridades jurídicas, en la *forma* del Derecho– no la convierte en una concepción decisionista, voluntarista o formalista. Más bien al contrario, se trata de una concepción netamente racionalista del Derecho en la que puede decirse, contra Hobbes, que *veritas, non auctoritas facit legem*. Tal es, como vimos, el sentido de su crítica a los sofistas: es indudable que hay una «justicia natural» y *también* en las cosas que pueden ser de otro modo –como lo es la justicia– hay contenidos que son «por naturaleza» (*physei*). Esto implica que la definición filosófica del Derecho sí exige efectivamente racionalizaciones de carácter naturalista o político-moral de alcance universal. Y por eso hace referencia Aristóteles *precisamente* a la idea de naturaleza en este contexto práctico-jurídico. Ahora bien: esta naturaleza sólo puede hacer valer sus fundamentos en términos de racionalidad práctica, en forma de razonamientos prácticos –como condición de su *relevancia* normativa– y por tanto debe incluir necesariamente una referencia a las operaciones decisorias positivas de las autoridades jurídicas como criterio demarcador fundamental. Esto excluye, tal como acabamos de ver, la versión fuerte o «naturalista» de naturaleza (el «iusnaturalismo ontológico»), dado que en ella queda segregado todo elemento de *prâxis* y racionalidad deliberativa. Es, entonces, exclusivamente en la escala de la razón práctica (aun cuando en ella pudiera proyectarse la *theoria* de las ciencias naturales) donde hay que buscar los contenidos de la «justicia natural» aristotélica. Aparentemente sólo un iusnaturalismo «deontológico» sería posible, pues, por razón de tal escala epistemológica. Sin embargo, como veremos, la teoría aristoté-

tiva). La aparición de la *polis* es natural en cuanto está sometida a causas sociobiológicas e históricas, pero en sí es una fundación *práctica* llevada a cabo por operaciones normativas humanas (requiere un «primer legislador», *Pol.*, I, 2, 1253a30 [50], como traduce Aubenque, 1998: 34, que es «causa [*aitios*] de los mayores bienes»), operaciones que originan sistemas políticos diversos y contrapuestos entre sí. Como subraya Yack (1993: 89 ss.), A. no considera a la polis como una «sustancia natural» sometida a un principio interno de movimiento prefijado y orientada a una meta final como forma completa y acabada. La mejor prueba de ello es, como luego veremos, la propia variabilidad histórica de los sistemas jurídico-políticos. Como señala Miller (1995: 29), la *polis*, al igual que el Estado en Hobbes, es *artificial*: «la ciudad surge cuando su constitución es establecida y esto es obra de la racionalidad práctica encarnada en el legislador (i.e. el político)», el cual es descrito «como un artesano (*demiourgos*), lo que implica que la política es como un arte (*techne*)» (Cf. *Pol.*, VII, 4, 1325b40-1326a5 [410]).

lica del Derecho rechaza de manera particular concebir el Derecho como deducción o especificación de una supuesta ley moral natural de carácter universal y cogente (o como expresión de una «naturaleza humana» prefijada). En la medida en que la estructura deliberativa y autoritativa de la práctica jurídica no puede ser suprimida, tampoco puede serlo su carácter contingente y variable. El Derecho no forma parte de orden natural preestablecido alguno, ni naturalista ni moral. Más bien constituye aquella institucionalización de la racionalidad práctica que, dentro de las comunidades humanas, pone en conexión entre sí a las normas políticas y las normas morales: es así una forma de «justicia política». La dimensión «natural» de esta clase de justicia estriba entonces en la estructura o forma institucional del Derecho positivo en cuanto que la racionalidad de sus decisiones y convenciones contiene un vínculo interno que liga a la política con la ética. Lo «natural» es lo racional –y, en este sentido, universal– identificable en la práctica jurídica, los fundamentos del Derecho positivo reinterpretados (incluso cuando la desbordan en términos naturalistas o morales) desde esa misma racionalidad práctica. La definición aristotélica contiene, pues, los axiomas básicos para la edificación de una verdadera filosofía del Derecho (en cuanto distinta de una metafísica iusnaturalista y de un formalismo positivista).

III. EL DERECHO COMO *PRÂXIS*

La práctica jurídica de la que Aristóteles nos habla es tanto la práctica legislativa como la judicial. El texto que estamos comentando debe ser leído a la luz del análisis que, tanto en la *Ética* como en la *Política*, hace de ambas y de sus respectivas pautas de racionalidad. Aquí me referiré fundamentalmente a la primera. La legislación supone una totalización de segundo grado sobre prácticas sociales de primer grado cuya naturaleza es política, «arquitectónica», pues las leyes son «como obras del arte político» que «se ocupan de todas las materias» y apuntan «al interés común de todos», «de modo que, en un sentido, llamamos justo a lo que produce o preserva la felicidad o sus elementos para la comunidad política»³⁵. Se trata por tanto de una racionalización que es tanto moral (presupone normas sustantivas previas al Derecho positivo) cuanto política (genera nuevas normas a un nivel superior orientado al bien común de la *polis*). El Derecho opera una intervención selectiva sobre las costumbres y normas morales positivas prejurídicas a resultas de la cual determinadas pautas de acción son universalizadas para todos los individuos en la esfera política. De ahí la importancia fundamental de la práctica legislativa como

³⁵ Cf. *Ét. Nic.*, VI, 8, 1141b25 (277); X, 9, 1181b1 (408); V, 1, 1129b15 ss. (238).

«centro generador» de la escala del Derecho, que ahora revela su verdadera dimensión política. Al adoptar como criterio relevante de su definición las operaciones decisorias del legislador, Aristóteles está sentando la primera fundamentación filosófica no sólo del Derecho como práctica sino también como práctica diferenciada institucionalmente de la racionalidad moral general (pero no desconectada de ésta). Es el legislador quien, en un acto único, después de una larga deliberación, introduce un universal normativo con el fin prospectivo de «hacer buenos a los ciudadanos haciéndoles adquirir ciertos hábitos, y ésta es la voluntad de todo legislador»³⁶. La noción de deliberación deja claro que la decisión legislativa envuelve un razonamiento práctico a cargo del legislador (aun cuando pueda incluir elementos teóricos) mientras que la de hábito implica que ese universal es una regla práctica destinada a ser cumplida en lo sucesivo por los ciudadanos o ser aplicada a ellos por el juez como «término medio» o «mediador» entre legislador y ciudadano (*Ét. Nic.*, V. 4, 1132a20 ss. [246]), y por los demás órganos políticos.

De ahí también el carácter *constitutivo* de la práctica legislativa, que marca decisivamente un antes y un después. Los contenidos de las leyes son indeducibles del estado antecedente de la práctica social y de sus normas. El único acceso posible a ellos pasa por la propia decisión legislativa positivamente establecida; es decir, por el hecho mismo de que la ley haya sido «puesta» por el legislador con tal o cual contenido y por los efectos prácticos que tal decisión, una vez estatuida, desencadena para lo sucesivo. Aquí podrán hallar su fundamento todas las doctrinas posteriores de la positividad jurídica: en el hecho de ser establecida la norma jurídica (*Kein Imperativ ohne Imperator*), un «hecho» complejo por cuanto remite tanto a la identificación del Derecho (por su forma o estirpe) como a su justificación, que obedece a razones tanto morales como políticas. El carácter positivo del Derecho se funda en las operaciones de normación de las autoridades jurídicas, que no existen *antes* de su propia deliberación y posición (*law existing by position*, como dirá Austin³⁷). En consecuencia: antes es indiferente, pero después de establecido ya no lo es³⁸.

³⁶ *Ét. Nic.*, II. 1, 1103b1 ss. [159]. «Cada una de las cosas justas y legales [*dikaion kai nomimon*] es como lo universal respecto de lo particular: en efecto, los actos son muchos, pero cada una de aquéllas, siendo universal, es una» (V. 7, 1135a6 ss. [255]). «[L]as promulgaciones de leyes tienen lugar luego de haber deliberado mucho tiempo» [...] «el juicio del legislador [...] trata sobre lo futuro y universal» (*Ret.*, I. 2, 1354b3 ss [165]). Véanse además las siguientes referencias a la actividad de promulgación de las leyes: *Pol.*, II. 12, 1273b27-1274b28 (143 ss.) y *Constitución de los Atenienses*, VI. 3 (64); VIII. 28 (71); XXII. 16 (105); X. 1 (73).

³⁷ Austin, 1970 [1861]: 2. «No hay predicción de la función legislativa» (Kelsen, 1973: 200). «Las normas de un orden jurídico tienen que ser producidas por un acto particular de imposición [*Setzungsakt*]. Son normas estatuidas, es decir, positivas, elementos de un orden positivo» (Kelsen, 1960: 201).

³⁸ Podría ponerse esto en conexión con lo que Raz llama la «diferencia práctica» [*practical difference*] introducida por el legislador como autoridad normativa al solu-

La interpretación tradicional (en consonancia con la tesis iusnaturalista) da por sentado que Aristóteles está refiriéndose aquí a una indiferencia *moral*. La justicia legal –dependiente de la decisión convencional del legislador– sólo operaría en materias moralmente neutras, mientras que la justicia natural proporciona los contenidos de lo justo intrínsecamente o *in se* («independientemente de que lo parezca o no»), cuya validez está por encima de aquellos criterios meramente convencionales (a los cuales vence en todo caso, al tener «en todas partes la misma fuerza»)³⁹. Es cierto que Aristóteles, como vimos, rechaza –frente al positivismo– la separación entre Derecho y moral: las disposiciones del legislador son justas solamente «en cierto modo» (1129b11) por razón de haber sido establecidas, lo que implica que la justicia también concierne a su contenido o materia, que no puede ser *cualquier* contenido so pena de sucumbir ante el formalismo y el relativismo. Hay, pues, una conexión interna entre Derecho y moral. Sin embargo, ésta no es tampoco *more scholastico*. Tal conexión viene dada en la perspectiva del Derecho como forma de justicia *política*. El Derecho positivo (la justicia legal) no se relaciona con la moral como si ambas fueran esferas normativas disyuntas o externas entre sí, en términos estáticos (es decir, en virtud de relaciones lógicas general-particular, género-especie o forma-materia), sino en términos de una reestructuración holística de segundo nivel que implica la selección e incorporación de las normas precedentes y, con ello, su *transformación* mediante la introducción de cambios, reformas y adiciones que son a su vez impuestas socialmente por el aparato jurídico-político como nuevas normas estructuradoras de la *polis* (Schroeder, 2003: 20-1). La relación es, pues, dinámica, práctica, *histórica*, e implica una teoría de la génesis del Derecho en la moralidad social (y, ligada a ella, también una teoría de la justificación crítica del Derecho).

Las leyes son justamente los dispositivos prácticos necesarios para realizar la transición de la ética a la política y la construcción de un Estado⁴⁰. Sin ellas no existe la justicia política en absoluto: «De modo que entre personas que no estén en estas condiciones [i.e., “personas

cionar problemas de coordinación estableciendo nuevas convenciones o ayudando a mantener convenciones previas. La decisión tomada por el legislador introduce un cambio en aquello que los sometidos a su autoridad deben hacer, y lo hace al tomar partido por alguna de entre las múltiples opciones igualmente aceptables que podrían ser adoptadas: éstas son en este sentido indiferentes hasta el momento mismo en que la autoridad se pronuncia (Raz, 1986: 30 ss., 60).

³⁹ Cf. en tal sentido Leyden, 1967: 3; Barker, 1959: 321 ss.; Miller, 1995: 75; BURNS, 1998: 146, 154. Esta interpretación se refleja, por ejemplo, en la traducción que hacen Araujo-Marías de la justicia legal: «la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo». Sobre la significación moralmente neutra de ese «dar lo mismo», cf. Yack, 1990: 219 ss. («No vemos mérito intrínseco en, digamos, sacrificar una cabra a los dioses en lugar de dos ovejas, o en conducir por la izquierda en lugar de la derecha»).

⁴⁰ Así aparecen en el cap. 9 del libro X que pone fin a la *Ét. Nic.* remitiendo a la *Política*.

libre e iguales”] no es posible la justicia política de los unos respecto de los otros». «Pues esta justicia es de acuerdo con la ley», y por eso «aquellos que son iguales en el mando y en la obediencia», es decir, gobernantes y gobernados, «tienen ley de un modo natural» (*Ét. Nic.*, 1134a28-9, 1134b13-18 [253-4]). Inmediatamente después de este texto se introduce la distinción entre justicia natural y legal como dimensiones de la justicia política. La «naturalidad» de la justicia política está, pues, esencialmente relacionada con las condiciones estructurales de constitución de la sociedad política o *politeia*⁴¹. Diríamos hoy: con las «razones para tener reglas», razones que derivan de la arquitectura del orden político y de la necesidad de organizar el Estado como un Estado de Derecho en donde el poder o soberanía (*kyrioi tes arches*) se distribuya y ejerza –en los órganos deliberativos (asamblea), ejecutivos (magistraturas) y judiciales– precisamente a través de normas generales y coactivas: «porque donde no mandan las leyes no hay constitución [*politeia*]»⁴². Así, la justicia política es justicia *institucionalizada* por medio de un dispositivo de generalización e imposición de prácticas sociales: es la *administración* de la justicia (*dike*) vinculada exclusivamente a la ley (*nomos*) y consistente en decisiones o juicios (*krisis*) acerca de lo justo (*to dikaion*) dotados de obligatoriedad⁴³. La esfera de la justicia es la esfera de lo «legal y lo igual [*to nomimon kai to ison*]» (*Ét. Nic.*, V. 1, 1129a34), y ambos quedan enmarcados en la práctica vinculada a las instituciones de la legalidad tal como son desempeñadas por las autoridades jurídicas (legislativas, administrativas y judiciales) dentro de la asociación política. La idea misma de igualdad (*to ison*), que en la *Ética* aparece como el contenido esencial de la justicia, se revela ahora como un concepto originariamente político, cuya dimensión universal deriva de la estructura exhibida por los ordenamientos jurídicos positivos, por la justicia legal, «pues todos los regímenes se adhieren a una cierta justicia» (*Pol.*, III. 9, 1280a9 [174]). Es decir, en todos ellos observamos la existencia de un sistema basado en reglas generales que introducen igualdad formal entre los individuos (*isonomia*), considerados ahora como *ciudadanos* y no ya como sujetos morales, aun cuando los pará-

⁴¹ Nussbaum (1985: 212) interpreta la «justicia natural» en términos de las condiciones necesarias para un «amplio equilibrio reflexivo» en el ámbito político.

⁴² *Pol.*, IV. 4, 1292a32 [234]. Sobre la correlación entre regímenes políticos y modos de producción de las normas generales y sus relaciones con las normas particulares, cf. *Pol.*, III. 9-13 (174-195). Aquí Aristóteles establece una clara diferenciación entre los diferentes grados de generalidad de las reglas jurídicas (en el plano constitucional, legal y administrativo) y las relaciones de jerarquía mutua que de ello derivan (cf. esp. *Pol.*, IV. 1, 1289a13-15, *Pol.*, II. 9, 1269a32; 4, 1292a33ff.; III. 11, 1282b2ff.; 15, 1286a10; 15, 1286a22-24). Sobre la participación del ciudadano en las funciones públicas en términos de «derechos políticos», cf. Miller, 1995: 88 ss.

⁴³ *Pol.*, I. 2, 1253a32-33. Miller, 1995: 58-9. Destrée (2000: 238) traduce la definición de la justicia legal así: «aquella que [...] una vez establecida, se impone». Acerca de la naturaleza coactiva del Derecho como una necesidad política, cf. *Ét. Nic.*, X. 9, 1179b-1180a (402 ss.).

metros materiales distributivos de esa justicia (en la monarquía, la aristocracia, la democracia) sean muy diferentes. La justicia legal es así una suerte de «invariante político», a través del cual, sin embargo, se produce la diferenciación y variabilidad de los sistemas jurídico-políticos. Incluso en este racionalismo aristotélico del «imperio de la ley», donde «no permitimos que nos mande un hombre, sino la razón»⁴⁴, podrían verse reflejados los rasgos fundamentales atribuidos a la «justicia natural»: tener «en todas partes la misma fuerza» (es decir, la aplicación igual, y coactiva, de los mismos criterios) y ser «independiente del parecer humano» (es decir, la exclusión de un sistema de decisiones puramente voluntarista o subjetivista)⁴⁵.

Resulta claro, por lo tanto, que las reglas jurídicas no pueden ser moralmente indiferentes ni carecer de relevancia moral. Las razones que justifican la existencia de una justicia legal basada en reglas son de tipo político, al ser exigencias para la constitución de la *polis*, pero las propias convenciones jurídicas emergen de la moralidad social como un mecanismo de coordinación que exige estándares normativos de carácter general que conciernen a todos los individuos en cuanto ciudadanos. Y esto no sólo impide que las razones justificativas de la autoridad política y su «asimetría», es decir, razones tales como la promoción de la igualdad, la justicia, la estabilidad, la eficiencia, la distribución del poder, etc., sean moralmente neutrales (cf. Schauer, 1991: 135 ss.), sino que en realidad hace que estén fuertemente vinculadas con razones morales sustantivas, estableciéndose así una conexión *justificativa*, y no sólo genética, entre moralidad y Derecho. En otras palabras, la autoridad del legislador no es meramente formal-procedimental (Fuller, 1969: 33 ss., 153 ss.) o independiente del contenido (Kelsen, 1960: 201 ss.). El hecho de que consista en decisiones autoritativas de carácter institucional apoyadas por la coacción oficial no las aísla del discurso moral general: «Pues prácticamente la gran mayoría de los actos ordenados por las leyes son aquellos que se prescriben desde el punto de vista de la virtud considerada como un todo [*holen arete*]; ya que la ley nos exige practicar todas las virtudes y nos prohíbe practicar todos los vicios. Y las cosas que tienen a producir la virtud considerada como un todo son aquellos

⁴⁴ *Ét. Nic.*, V. 6, 1134a35 [253]. Sobre el imperio de la ley en A., véase Castañón 1997.

⁴⁵ La existencia de reglas generales (resultantes de la *phronesis* legislativa, «arquitectónica») sería en efecto el único modo de racionalizar un dominio intrínsecamente «indeterminado», por su particularismo y contingencia, como es el de la actividad práctica política de magistrados, funcionarios o jueces (*Ét. Nic.*, VI. 7, 1141b27; 8, 1142a25), estableciendo para ello un sistema de estándares objetivos, uniformes e imparciales en vez de un sistema de decisiones discrecionales individuales expuesto a la arbitrariedad (cf. *Pol.*, III. 16, 1287a32; 15, 1286a30). Recordemos que en nuestro texto la justicia legal se ejemplifica haciendo mención a «todas las leyes para casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor de Brásidas, o las decisiones en forma de decretos».

actos prescritos por la legislación con miras a la educación para el bien común»⁴⁶. Tampoco desde una perspectiva justificativa, pues, contra todo formalismo jurídico, es la justicia legal una institución auto-referente: no persigue solamente el fin de la coexistencia política común sino el de la *buena vida*, «el fin de las buenas acciones» o «la vida conforme a la virtud [*bios ton kat' areten*]»⁴⁷.

Los fundamentos normativos de las reglas jurídicas están más allá de la práctica de la justicia legal, al referirse a convenciones morales que ésta no crea sino más bien presupone como dadas. Sin embargo, esos fundamentos morales sólo son normativamente relevantes en tanto incorporados por el Derecho, esto es, en tanto codificados y formalizados en términos de reglas positivas generales dentro del marco político como –en términos de Raz– aquellas «consideraciones morales (válidas o inválidas) que han recibido respaldo autoritativo público», «el punto de vista del legislador acerca de las razones correctas»⁴⁸. No se trata, sin embargo, de ver a los contenidos morales solamente como «siendo incorporados» desde el Derecho (positivismo) ni, a la inversa, de contemplar al Derecho desde la moral como *debiendo* incorporarla (iusnaturalismo). Se trata del proceso político (histórico) de transformación permanente de las normas de la moralidad en normas jurídicas por obra de las instituciones prácticas de la justicia legal. En este proceso, las normas morales no valen *proprio vigore* como un orden supuestamente «natural», objetivo, del cual las convenciones jurídicas fueran simplemente «declarativas»⁴⁹, suprimiendo o haciendo irrelevante de este modo la autonomía del razonamiento práctico de las autoridades legislativas. La institucionalización de normas y valores preexistentes implica más bien deliberaciones *particulares* ejercitadas por éstas que establecen una «diferencia práctica» de carácter constitutivo: la única manera de acceder a la dimensión moral del Derecho (incluyendo su crítica) es *a través de* las operaciones positivas de las autoridades jurídicas. Y no sólo el Derecho está lejos

⁴⁶ *Ét. Nic.*, V. 2, 1130b18-23, sigo la traducción de Ross.

⁴⁷ *Pol.*, III. 9, 1281a6; III. 13, 1284a2; IV. 2, 1289a30 ss.; VII. 1, 1323a14 ss. [178, 191, 219, 399 ss.]; «todos los que se preocupan por una buena legislación [*eunomias*] indagan sobre la virtud y la maldad cívicas» para «hacer a los ciudadanos buenos y justos [*agathous kai dikaious*]» (III. 9, 1280b5-6, 12 [176]). En la *Política* se cierra así la cuestión abierta en la *Ética* (1130b25-26) acerca de si es lo mismo ser un hombre bueno, moralmente hablando, que un buen ciudadano (es decir, aquel que contribuye a mantener la constitución y «se deja conducir dócilmente por el legislador hacia la virtud», *Pol.*, VII. 7, 1327b38 [417]).

⁴⁸ Raz 1994a. 225; 1994b. 249.

⁴⁹ Sostiene ese carácter meramente declarativo, en la línea tradicional, Barker, 1959: 367. Schroeder (2003: 40-1) apunta críticamente al respecto que el significado del término *tithemi*, empleado por A. cuando se refiere a los legisladores (Solón, Licurgo, Clístenes) contiene la idea de «imponer» o «promulgar» normas como algo distinto de meramente «declarar» normas previas. Como señala Shellens (1959: 74), «el rasgo decisivo de una norma (*nomos*) es que está fijada (de algún modo) y ha sido estatuida».

de constituir una simple «especificación» o «caso particular» de la moralidad. Dado que es la única institución a través de la cual normas y valores morales pueden ser *públicamente* universalizados en la *polis*, para ser aplicables a *todos* los ciudadanos, resulta ser la moralidad misma la que necesita del Derecho⁵⁰.

Se comprende entonces que carezca de plausibilidad interpretar que los contenidos de la moralidad pertenecen a una «justicia natural» de carácter universal situada, como un estándar normativo objetivo y supremo, *más allá* del marco de la justicia política. Así lo entenderán no sólo el iusnaturalismo tomista sino todas aquellas concepciones que –desde Kant– pretenden derivar los contenidos de justicia del Derecho positivo de una moral ideal-crítica universalista emanada de una conciencia formal o de una naturaleza humana «intemporal», aun históricamente interpretada. Visto desde el planteamiento aristotélico –que es más próximo, como vemos, a la *Sittlichkeit* hegeliana– eso es sencillamente cometer una hipóstasis metafísica (y, en última instancia, teológica) de tales normas morales. Éstas no pertenecen a ningún orden anterior o exterior al Derecho positivo –el orden «inmutable» de las «leyes eternas de la moralidad» constitutivas de una justicia «superior» (Barker, 1959: 326; Leyden, 1985: 74)– sino que están siempre incorporadas a la práctica de las instituciones jurídicas, «inmanentemente a los principios de la justicia política de una *polis* particular» (Burns, 1998: 155). No es preciso salirse del marco de la justicia política para la fundamentación y la valoración del Derecho positivo en términos de justicia o de moralidad crítica. Es la estructura misma de la institución jurídica la que introduce formulaciones universales de la justicia en la esfera política bajo la forma de *principios* o ideales morales, al invocar su valor justificativo en relación con las reglas legislativas (esto es, con la justicia legal). Primero, en el contexto de su producción, pues la racionalización práctica que supone la transición desde la moralidad positiva a la justicia política implica que el Derecho tiene que articular justificaciones *erga omnes* en términos de valores referidos al orden jurídico-político en su conjunto (por ejemplo: una justificación del régimen de «imperio de la ley», de dife-

⁵⁰ En palabras de Miller (1995: 59): «El juicio jurídico, por tanto, es indispensable para la habituación y desarrollo moral de los ciudadanos. En consecuencia, los seres humanos necesitan un sistema jurídico y político para adquirir la virtud ética». Esta es la razón que explica que el sentido general o universal de «justicia» del que A. habla en los caps. 1 y 2 del libro V de la *Ét. Nic.* anteriores a nuestro texto (pp. 236-242) –la justicia sin cualificación, *haplos dikaion*– vaya ligado a la «virtud considerada como un todo [*holen arete*]» o suma de todas las virtudes (*Ét. Nic.*, 1130a10 [158]). Ello presupone, en efecto, que la institución jurídica, a través de las leyes, es un dispositivo promotor de las virtudes éticas ahora en la esfera política. La idea de justicia resultante (una especie de «virtud de segundo grado», ligada al Derecho) es ya *irreducible* al plano moral («por eso, tampoco hay injusticias ni justicia en el sentido político» antes del Derecho, *Ét. Nic.*, V. 6, 1134b13-14 [254]), al consistir en la inevitable composición deliberativa de concepciones éticas plurales y divergentes en el ámbito de la *pólis* por medio de las decisiones de legisladores y jueces.

rentes concepciones en competencia acerca de la justicia distributiva, de las fuentes democráticas o no democráticas de la legislación, etc.). Y, en segundo lugar, en el momento de la aplicación de las reglas legislativas, es decir, en la segunda institución de la justicia legal –la práctica judicial– donde entra en juego el importantísimo concepto de *epieikeia* o equidad como rectificación de la ley. Aunque tradicionalmente ha sido entendida como instancia de remisión a una «justicia natural» o «derecho natural»⁵¹, la equidad no es sino una reconstrucción de la jurisdicción como función jurídico-positiva y de sus relaciones *prácticas* con la función legislativa en los términos en que ésta ha quedado diseñada en la teoría jurídico-política aristotélica. Dado que las reglas legislativas se refieren a tipos generales de acción, y el juez debe resolver casos particulares, cuando «sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal» es necesario que aquél adapte y en su caso rectifique el alcance de la ley, «puesto que el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido». «Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta». Así, la equidad es «mejor que una cierta clase de justicia» pero «no es mejor que lo justo como si se tratara de otro género», sino simplemente «mejor que una cierta clase de justicia»⁵². Por consiguiente, la equidad se da *dentro* de la justicia legal (Yack, 1990: 227-8; Ferrajoli, 2000: 156, 162; Shiner, 1994: 1250; Laporta, 2009: 118-9), puesto que sencillamente no es posible prescindir de las leyes en el ejercicio de la justicia política, si bien consiste en sacar a la luz en el contexto aplicativo –en los supuestos de *supra* e *infrainclusividad* (Schauer, 1997: 287 ss.)– los valores y principios subyacentes a esas reglas legislativas, lo que implica extender a éstos la dimensión normativa del Derecho. Ahora bien, esa fuerza normativa de los valores y principios (de carácter extralegal) sólo se hace deónticamente presente en las ponderaciones efectivamente realizadas en relación con ellos y su plasmación en reglas prácticas positivas (reglas jurisprudenciales, en el caso de la equidad), del mismo modo que la mayor o menor «opacidad» de las reglas a tales justificaciones –el modo como un cierto curso de acción ha sido generalizado y «atrincherado»– sólo depende de la decisión particular del legislador. De nuevo, esto no hace sino poner de manifiesto la centralidad de las operaciones deliberativas *singulares* de positivización práctica a cargo de las autoridades jurídicas. Queda de cualquier modo descartado que la equidad consista en una corrección *exclusivamente* moral del Derecho en términos de una justicia material directamente ejercida *in casu*

⁵¹ «[L]o equitativo es mejor que lo justo legal, pero se contiene bajo lo justo natural» (S. Tomás, *In dec. Eth.*, V, 16, n. 1081 [297]). En el mismo sentido, Gauthier/Jolif, 1970: II, 432 ss.; Trude, 1955: 124 ss.; Gadamer, 2007: 391.

⁵² *Ét. Nic.*, V, 10, 1137b10-41 (263-4); *Ret.*, I, 13, 1374a25 ss. (285-287); V, 1354b7 (165).

(no sería viable prácticamente un sistema jurídico sin reglas y sin las decisiones positivas particulares que las introducen y aplican) así como que la relación entre los principios de la moralidad y las reglas de la justicia legal sea una mera derivación de lo general a lo particular. Así concebidos, los principios morales serían *per se* sencillamente vacíos y de ellos nada puede derivarse... o cualquier cosa *indiferentemente*⁵³.

Así pues, la apelación iusnaturalista a un sistema ideal-universal de principios morales como fundamento absoluto del Derecho positivo corre el riesgo de que la *superfluidad* que pretende predicar de éste termine volviéndose en su contra, si resulta que los contenidos de justicia de esos principios precisamente *demandan* la institucionalización de un sistema de decisiones políticamente organizado (i.e., un sistema de justicia legal) para resolver los problemas *prácticos* que el discurso moral no puede solventar por sí solo⁵⁴. Por ejemplo, para usar los ejemplos aristotélicos, el problema de cuánto debe pagarse por el rescate de un prisionero o en qué debe consistir el sacrificio a los dioses, problemas que no quedan resueltos en absoluto recurriendo sin más a principios morales genéricos, sino solamente mediante el establecimiento, a partir de ellos, de una regla práctica que fije un curso de acción específico mejor que otro (el precio de una mina, el sacrificio de una cabra o dos ovejas). Obviamente, ahí va implicada una deliberación sobre principios generales (si todos los prisioneros deben ser rescatados y si debe honrarse a los dioses), pero eso no la convierte en

⁵³ El problema del carácter semánticamente indeterminado o tautológico de los principios del derecho natural es la consecuencia directa del intento de concebir la relación del derecho positivo con éstos en términos *lógicos*. Como hemos visto, este es el único modo en que tales principios pueden ser presentados como inmutables y universales (que es tanto como postular su origen divino), lo que significa «intelectualizar» la razón práctica como si fuera teórica. Sin embargo, este planteamiento se veía quebrado por el hecho de que el derecho positivo *no* podía obtenerse en rigor por vía de deducción lógica sino por vía de determinación de la voluntad del legislador en cada circunstancia sociopolítica (*per modum particularis determinationis*), es decir, por deliberación práctica, lo cual hacía inevitable la variabilidad, pluralidad y contingencia del Derecho positivo (la *diversitas legis positivae*) y con ello también su eventual desviación moral (la *corruptio legis*), hecho del que en realidad partía la teoría (la «naturaleza caída» del hombre). Cf. *Sum. Theol.*, I-II, q. 95, art. 2 (vol. VI. 167-8, 173); *In dec. Eth.*, V. 12 n. 1023 [280]). La contradicción interna que esto plantea, al quedar comprometida la propia inmutabilidad de los principios de la ley natural, es resuelta *ad hoc* mediante la distinción ya mencionada entre preceptos primarios (invariables) y secundarios (variables o históricos, *apud nos*) de la ley natural (p. ej., Leyden, 1985: 72), distinción que como también hemos visto sigue estando de un modo u otro vigente en el trasfondo de casi todas las interpretaciones contemporáneas de los textos aristotélicos (incluso aquellas que hacen una crítica de la dicotomía tradicional iusnaturalista a la luz de la naturaleza política de la justicia natural y legal: cf., p.ej., Burns, 1998: 154ff.).

⁵⁴ Así se resuelven finalmente las relaciones entre el discurso práctico general y el discurso jurídico como «caso especial» en Alexy (1989: 272 ss.) y las relaciones entre los «principios de la razonabilidad práctica» y las *determinationes* que a partir de ellos formula el legislador positivo en Finnis (2000: 308-317).

una simple aplicación particular de la deliberación moral: están también involucrados principios *políticos* (las relaciones entre Estados derivadas de la guerra, el papel público de la religión) que pueden ser articulados entre sí y traducidos en reglas legislativas de maneras muy diferentes e incluso contrapuestas. Y aquí reside precisamente la fuente de la variabilidad y contingencia inevitables de los ordenamientos jurídicos: también el bien político, como el moral, «se dice de muchas maneras». De ahí que cada constitución asigne diferentes fines al Estado: no hay un patrón normativo universal del bien común, un único «bien natural» que determine indefectiblemente la *prâxis* política ni tampoco caben por consiguiente sistemas políticos perfectos como algo distinto de meras utopías (*Pol.*, IV. 11, 1295a25-31).

Ahora bien, ¿cómo entender entonces el famoso inciso final de nuestro pasaje: «las cosas que son justas no por naturaleza, sino por convenio humano [*anthropina dikaia*, i.e., los Derechos positivos], no son las mismas en todas partes, puesto que tampoco lo son los regímenes políticos, si bien sólo uno es por naturaleza [*kata physin*] el mejor [*ariste*] en todas partes [*pantakhou*]» (1135a3-5)? Desde luego, no en clave de una naturaleza humana intemporal o un ideal universal-regulativo de justicia «que las constituciones y leyes reales deben satisfacer en la medida en que las circunstancias reales lo permitan» (Miller, 1995: 377). Estamos ante el punto crucial que diferencia el realismo de Aristóteles y el idealismo de Platón en la tarea de diseñar el Estado perfecto. Los sistemas políticos *imperfectos* individualmente dados son «los únicos medios disponibles para alcanzar la vida buena aristotélica» (Yack, 1993: 90). No se trata, en consecuencia, de una pura *idealización moral*. Pero tampoco, por supuesto, nos condena Aristóteles a un mero descriptivismo abocado al callejón sin salida relativista⁵⁵, pues hemos visto que su planteamiento en filosofía práctica es indiscutiblemente racionalista y universalista. El relativismo queda sencillamente descartado por la distinción que su filosofía política establece entre constituciones *correctas* y *desviadas* (*Pol.*, III. 9-13 [174-195]). No todos los ordenamientos jurídicos poseen el mismo valor, sino que unos son, totalmente o en parte, mejores que otros. Pero la metodología crítico-filosófica subyacente a esta distinción normativa pone de manifiesto una vez más que la constitución perfec-

⁵⁵ Algo, por cierto, difícilmente eludible en la interpretación historicista de la «justicia natural», si cada régimen político es «por naturaleza el mejor» en función de las circunstancias históricas propias y particulares de cada *polis*. Así sucede con la significación distributiva —«en cada lugar»— que Aubenque dio inicialmente (1980) al término *pantakhou* y que luego, por ello, abandonó ya que «justificaría una pluralidad de constituciones, en la que cada una sería cada vez naturalmente la mejor para el pueblo considerado» (1993: 48). El problema no está en identificar el «verdadero derecho natural» con «aquel que se adapta a una naturaleza humana eminentemente variable», a la «naturaleza del país y sus habitantes» (Aubenque, 1980: 154-5) o a cualquier otra naturaleza, sino en la pretensión misma de identificar un «Derecho natural».

ta no puede ser concebida como un modelo ideal suprahistórico situado más allá del campo de variabilidad formado por los sistemas jurídicos realmente existentes. Sólo las concretas instituciones prácticas pertenecientes a cada uno de éstos pueden ser erigidas en *kanon kai metron* para la racionalización, reforma y perfeccionamiento de otro orden dado, o incluso una combinación de esas instituciones (como el «régimen mixto»), para proporcionar así un modelo postulado como el mejor «en su género» o «por naturaleza»⁵⁶. Incluso Aristóteles afirma que más de una puede ser la mejor constitución⁵⁷. Es, en todo caso, un ideal regulativo *inmanente* al proceso histórico de evolución y transformación de los sistemas jurídicos. Se trata, en suma, de una perspectiva comparatista de política legislativa, *lege ferenda* o de Derecho pro-positivo, un proyecto ampliamente cultivado por Aristóteles y su escuela, con arreglo al cual del mismo modo que el Derecho conduce de la ética a la política, la filosofía práctica desemboca en una teoría política de la legislación y la constitución⁵⁸.

En conclusión, el universalismo de la justicia «que tiene en todas partes la misma fuerza» y «es independiente del parecer humano» no puede ser interpretado de un modo que no incluya la institucionalización de un sistema de Derecho positivo⁵⁹. No puede sorprender, entonces, que en la *Retórica* Aristóteles considere a la «justicia natural» como un *topos* argumentativo él mismo interno a la práctica jurídica

⁵⁶ El criterio de corrección de las constituciones (su orientación al bien común frente al bien solamente de una parte) no es así ajeno a la teoría aristotélica de la ley: «Lo que es correcto [*orthon*] ha de entenderse en el sentido de “igualmente correcto”, y esto significa correcto en relación con el interés del conjunto de la ciudad y el bien común de los ciudadanos» (*Pol.*, III. 13, 1283b40-42 [sigo la traducción de Ross]). La justicia legal, con su dispositivo de leyes generales, sólo dejaría de imperar en las formas más extremas de desviación (la tiranía, la oligarquía extrema o dinastía y la democracia extrema, IV. 5 1292b5 ss. [235]) que no merecen ya el nombre de constitución porque en ellas no gobierna la ley sino la voluntad o deseo del individuo o la multitud: el monarca que gobierna mediante edictos (*epitagma*) o la asamblea que gobierna mediante decretos (*psephisma*).

⁵⁷ La monarquía en el libro III y la aristocracia en el libro VII (cf. *Pol.*, IV. 2, 1289a30-32 [219]).

⁵⁸ Cf. *Ét. Nic.*, X. 9, 1180a32 ss. (405); 1181b5 ss (408); *Ret.*, I. 4, 1360a31 ss. (202-3). Al principio de la *Ética* dice A. que «investigamos no para saber qué es la virtud, sino para ser buenos», y por eso «no es un estudio teórico como los otros» (*Ét. Nic.*, II. 2, 1103b26 [160]). El libro concluye afirmando que es precisamente «median- te las leyes como nos hacemos buenos» (1180b24-5 [406]).

⁵⁹ Así, p. ej., Miller, manteniéndose en el marco de la tesis tradicional –las «pre- tensiones válidas» de la justicia natural son derechos naturales previos e independien- tes de su reconocimiento por cualquier sistema jurídico positivo–, debe añadir que la justicia natural *requiere* que, una vez emerge la ciudad, los sistemas políticos se estructuren de una cierta forma a fin de poder reconocer esos derechos naturales, los cuales son entonces interpretados como «derechos políticos» en términos constitucio- nales según la tipología aristotélica de regímenes (1995: 17, 79 ss., 88 ss., 143 ss.). (Una visión crítica sobre la posibilidad de aplicar la noción de «derechos políticos» al pensamiento aristotélico en Schofield, 1996: 836 ss., 848 ss.).

forense⁶⁰. Tampoco la referencia que esta obra contiene a una «ley común» (*koinon nomon*) que es «conforme a la naturaleza» (*kata phusin*), en cuanto opuesta a la «ley particular» (*idios*) de la *polis*, tiene nada que ver con un Derecho natural⁶¹. Más bien está aquí Aristóteles compilando las estrategias retóricas de persuasión y las opiniones comunes de su tiempo (como la famosa «cláusula Antígona» de Sófocles), cuya *crítica* filosófica está representada precisamente por las reflexiones de la *Ética* rechazando la idea de que esa ley «natural» sea inmutable y que sea siquiera una ley (Yack, 1990: 224 ss.). En este nivel superior, filosófico y no ya meramente retórico-jurídico, lo natural tiene que ver más bien con lo que es *común*, de nuevo en un sentido comparatista, a todos los sistemas jurídico-positivos particulares⁶².

La justicia natural se refiere, pues, a lo universal *en el Derecho positivo*, en tanto se halla inseparablemente ligado a la práctica de las instituciones de la justicia legal en su contexto político y moral. El criterio demarcador que Aristóteles maneja es justamente la *normatividad* generada por esta forma de *praxis* característica de las comunidades humanas: la «naturaleza» de un *animal político*, no una infra o supranaturaleza⁶³, alejándose así de toda falacia naturalista. En el centro de esa «naturaleza humana» normativa está situado el Derecho como sistema público de justicia basado en reglas. Apellidar a tal clase de justicia como «legal», «convencional» o «positiva» es tanto como apuntar a esa dimensión insuperablemente práctica del Derecho, reconociendo que descansa en operaciones deliberativas y decisorias de producción y aplicación de reglas de carácter contingente e históricamente variables al tiempo que constitutivas de la justicia política. Mientras que llamarla «natural» implica la consideración de las condiciones estructurales (incluso no normativas)⁶⁴ de la institucionalización del sistema jurídico

⁶⁰ Cf. *Ret.*, I. 15, 1375a26 ss.; cf. *Refutaciones sofisticas*. 12, 173a6-19 (340-1); *Tópicos*. 140a7-17 (226).

⁶¹ *Ret.*, I. 13, 1373b6 ss. Para la lectura iusnaturalista, cf. Hamburger, 1951: 39, n.1, 65 ss.; Gauthier/Jolif, 1970: II. 391; Joachim, 1951: 154 ss.; Trude, 1955: 155, n. 121; Leyden, 1985: 84.

⁶² Las leyes generales no escritas son aquellas que «parecen ser universalmente reconocidas» (*Ret.*, I. 10, 1368b6 ss., trad. de Ross) y, por tanto, están circunscritas a las prácticas positivas jurídico-políticas. Para una interpretación en tal sentido del *koinon nomos* como Derecho consuetudinario social o incluso jurisprudencial, cf. Schroeder, 2003: 43. Es interesante observar que Aristóteles compara el carácter invariable de esa «ley común» al de la equidad, que «siempre permanece y nunca cambia» (1375a31 [291]). Este es el sentido en que los juristas romanos, bajo influencia aristotélica y estoica, apelarán a la *naturalis ratio* que actúa universalmente *inter omnes homines* generando el *ius gentium*, opuesto al *ius civile* pero no menos positivo que éste.

⁶³ *Pol.*, I. 2, 1253a15 ss. Cf. Yack, 1993: 51 ss.

⁶⁴ Por ejemplo, el racionalismo aristotélico exploró la posibilidad de una fundamentación matemática de las dos variedades de la justicia política (igualdad aritmética y geométrica). Cf. Aubenque, 1995: 39, 45. En general, A. mantiene un punto de vista «realista» o «materialista» al intentar explicar en todo momento la forma normativa constitucional (o jurídica en general) y su diversidad en términos de las condicio-

en su función dialéctica intermediaria entre la racionalidad ética y la política. En esa misma medida, el carácter positivo o convencional de la justicia deja de ser indicativo exclusivo de la indiferencia o falibilidad moral del Derecho, como efecto de su «decisionismo», para pasar a serlo de la indispensable institucionalización política de los valores morales a través de las reglas jurídicas, dejando de ser pertinente entonces, al mismo tiempo, pensar la justicia natural como referida a un «Derecho natural» externo, universal y necesario. Con ello la dicotomía entre lo «positivo» y lo «natural» se desvanece.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXI, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica* [1978], trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid: CEC.
- ANSCOMBE, G. E. M., (1957), *Intention*, Oxford: Blackwell.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicómáquea*, ed. J. Pallí, Madrid: Gredos 1993. *Ética a Nicómaco*, trad. M. Araujo y J. Mariás, Madrid: CEC 1985. *Ethica Nicomachea*, trad. W. D. Ross, Oxford: Clarendon Press 1925. *L'Éthique à Nicomaque*, ed. R. A. Gauthier y J.Y. Jolif, Louvain/París: Publications Universitaires/Nauwelaerts 1970.
- *Política*, ed. M. García, Madrid: Gredos 1988. *Aristotelis politica*, ed. W.D. Ross, Oxford: Clarendon Press 1957. *The Politics of Aristotle*, ed. E. Barker, London: Oxford UP 1975.
- *Retórica*, ed. Q. Racionero, Madrid: Gredos 1990.
- *Metafísica*, ed. T. Calvo Martínez, Madrid: Gredos 1994.
- *Analíticos Segundos*, ed. M. Candel, *Tratados de Lógica (Organon)*, Madrid: Gredos 1982, vol. II, pp. 313-440.
- *Refutaciones sofísticas*, en *Tratados de Lógica*, vol. I, pp. 307-382.
- *Tópicos*, en *Tratados de Lógica*, vol. I. 89-306.
- *Movimiento de los animales*, ed. E. Jiménez y A. Alonso, Madrid: Gredos 2000, pp. 297-318.
- *Acerca del alma*, ed. T. Calvo, Madrid: Gredos 1999.
- *Constitución de los atenienses*, ed. M. García, Madrid: Gredos 1984.
- AUBENQUE, P. (1980), «La loi selon Aristote», *Archives de Philosophie du Droit*, XXV. 147-157.
- (1995), «The Twofold Natural Foundation of Justice According to Aristotle», en R. HEINAMAN (ed.), *Aristotle and Moral Realism*, Boulder: Westview, pp. 35-47.
- (1998), «Aristote était-il communitariste?», *En torno a Aristóteles. Homenaje al Profesor Pierre Aubenque*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, pp. 31-43.
- (1999), *La prudencia en Aristóteles* [1963], trad. de M.^a J. Torres, Barcelona: Crítica.
- (2004), «El lugar de la *Ética a Nicómaco* en la discusión contemporánea sobre la ética» [2002], *Laguna. Revista de Filosofía*. 15: 9-18.

nes materiales específicas de cada comunidad (*oikeia hyle*), incluyendo los recursos económicos, población, estructura sociológica, tamaño de la *polis*, etc. Cf. *Pol.*, VII. 3, 1325b40-1326a5 (408 ss.).

- AUSTIN, J. (1861), *The Province of Jurisprudence Determined*, New York: Burt Franklin (repr. 1970).
- BARKER, E. (1959), *The Political Thought of Plato and Aristotle* [1906], New York: Dover.
- BOBBIO, N. (1993), *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid: Debate.
- BODÉUS, R. (1999), «The Natural Foundations of Right and Aristotelian Philosophy», trad. K. Enns en R.C. BARTLETT y S.D. COLLINS (eds.), *Action and Contemplation. Studies in the Moral and Political Thought of Aristotle*, New York: SUNY Press, pp. 69-103.
- BURNS, T. (1998), «Aristotle and Natural Law», *History of Political Thought*, XIX/2: 142-166.
- CASTAÑO, S.R. (1997), «Brève analyse de l'empire de la loi chez Aristote», *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*. 83/4: 548-554.
- DESTREE, P. (2000), «Aristote et la question du droit naturel», *Phronesis. A Journal for Ancient Philosophy*, XLV/3: 220-239.
- D'ENTRÈVES, A.P. (1972), *Derecho natural* [1968], trad. de M. Hurtado, Madrid: Aguilar.
- FERRAJOLI, L. (2000), *Derecho y razón* [1989], trad. de P. Andrés *et al.*, Madrid: Trotta.
- FINNIS, J. (2000), *Ley natural y derechos naturales* [1980], trad. de C. Orrego, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- FULLER, L.L. (1969), *The Morality of Law* [1964], New Haven: Yale University Press (rev. ed.).
- GADAMER, H.-G. (2007), *Verdad y método* [1975], trad. de A. Agud y R. Agapito, Salamanca: Sígueme.
- GAGNER, S. (1960), *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- GRANGER, G.-G. (1976), *La théorie aristotélicienne de la science*, París: Aubier-Montaigne.
- HAMBURGER, M. (1951), *Morals and Law. The Growth of Aristotle's Legal Theory*, New Haven: Yale UP.
- HEINIMANN, F. (1980), *Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts* [1945], Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- JAEGER, W. (1984), *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual* [1934], trd. J. Gaos, Madrid: FCE.
- JAFFA, H.V. (1952), *Thomism and Aristotelianism. A Study of the Commentary by Thomas Aquinas on The Nicomachean Ethics*, Chicago: University of Chicago Press.
- JOACHIM, H. H. (1951), *The Nicomachean Ethics. A Commentary*, ed. D. A. Rees, Oxford: Clarendon.
- JONES, J.W. (1956), *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, H. (1945), «Natural Law Doctrine and Legal Positivism» [1928], en Id., *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Cambridge: Harvard UP, pp. 389-446.
- (1960), *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, F. Deuticke.
- (1973), «The Foundations of the Theory of Natural Law» (1963), en Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy*, trad. P. Heath, Boston: Dordrecht Reidel, pp. 114-153.

- (1979), *La «Política» de Aristóteles y la justicia heleno-macedónica [1933]*, en *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, trad. de L. Legaz: México: Editora Nacional, pp. 147-206.
- KRAUT, R. (1996), «Are There Natural Rights in Aristotle?», *The Review of Metaphysics*, XLIX/4: 755-774.
- KUTTNER, S. (1936), «Sur les origines du terme “Droit positif”», *Revue Historique du Droit Français et Etranger*. 15: 728-740.
- LAPORTA, F.J. (2009), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LEYDEN, W. von (1985), *Aristotle on Equality and Justice. His Political Argument*, New York: St. Martin Press.
- (1967), «Aristotle and the Concept of Law», *Philosophy*. 42: 1-19.
- MILLER, F. D., (1991), «Aristotle on Natural Law and Justice», en D. KEYT y F. D. MILLER (eds.), *A Companion to Aristotle's Politics*, Oxford: Blackwell, pp. 279-306.
- (1995), *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford: Clarendon Press.
- (1996), «Aristotle and the Origins of Natural Rights», *The Review of Metaphysics*, XLIX/4: 873-907.
- NUSSBAUM, M.C. (1985), *Aristotle's De Motu Animalium [1978]*, Princeton, NJ: Princeton UP.
- OPALEK, K. (1982), «Der Begriff des positiven Rechts», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 68/4: 448-462.
- ORIOU, M. (2004), «La estructura del silogismo práctico en Aristóteles», *Revista de Filosofía*. 29/1: 1-23.
- RAZ, J. (1979), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- (1994a), «Authority, Law and Morality» [1985], in *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon, pp. 210-237.
- (1994b), «The Inner Logic of the Law» [1986], in *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 238-253.
- REEVE, C. D. C. (1992), *Practices of Reason. Aristotle's Nichomachean Ethics*, Oxford: Clarendon Press.
- RHONHEIMER, M. (1994), *Praktische Vernunft und Vernünftigkeit der Praxis. Handlungstheorie bei Thomas von Aquin in ihrer Entstehung aus dem Problemkontext der aristotelischen Ethik*, Berlín: Akademie.
- RITTER, J. (1961), «*Naturrecht*» bei Aristoteles. *Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts*, Stuttgart: W. Kohlhammer.
- ROMILLY, J. de (2004), *La ley en la Grecia clásica [1971]*, trad. de G. Potente, Buenos Aires: Biblos.
- RUIZ MIGUEL, A. (2002), *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid: Trotta.
- SCHAUER, F. (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press.
- (1997), «Generality and Equality», *Law and Philosophy*, 16: 279-297.
- SCHOFIELD, M. (1996), «Sharing in the Constitution», *The Review of Metaphysics*, XLIX/4: 831-858.
- SCHROEDER, D. (2003), «Aristotle on Law» [1981], en R.O. BROOKS y J.B. MURPHY (eds.), *Aristotle and Modern Law*, Dartmouth: Ashgate, pp. 37-51.

- SHELLENS, M. S. (1959), «Aristotle on Natural Law», *Natural Law Forum*. 4/1: 72-100.
- SHINER, R. A. (1994), «Aristotle's Theory of Equity», *Loyola of Los Angeles Law Review*. 27/4: 1245-1264.
- SIGMUND, P.E. (1971), *Natural Law in Political Thought*, Cambridge, Mass.: Winthrop.
- STRAUSS, L. (1965), *Natural Right and History* (1953), Chicago: The University of Chicago Press.
- TOMÁS DE AQUINO, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, ed. R.M. Spiazzi, Turín: Marietti 1964.
- *Summa Theologiae*, ed. de F. Barbado et al., Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos 1956.
- TRUDE, P. (1955), *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin: De Gruyter.
- ULLMANN, W. (2008), *Law and Politics in the Middle Ages. An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas* [1975], Cambridge: Cambridge UP.
- VOEGELIN, E. (2002), «Right by Nature» [1963], en *Anamnesis. On the Theory of History and Politics (The Collected Works of Eric Voegelin*, vol. 6), trad. M.J. Hanak, Columbia: Univ. of Missouri Press, pp. 140-156.
- WEINREB, LI. (1987), *Natural Law and Justice*, Cambridge: Harvard UP.
- WIELAND, W. (1990), «Norm und Situation in der aristotelischen Ethik», en R. BRAGUE y J.-F. COURTINE, *Herméneutique et Ontologie. Mélanges en hommage à Pierre Aubenque*. París: PUF, pp. 127-145.
- YACK, B. (1990), «Natural Right and Aristotle's Understanding of Justice», *Political Theory*. 18/2: 216-237.
- (1993), *The Problems of a Political Animal. Community, Justice and Conflict in Aristotelian Political Thought*, Berkeley: University of California Press.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

II

DEBATES

John Searle: ¿Una ontología política del consumidor?
A propósito de *la Ontología Política de John Searle*.
*Un análisis desde la teoría de los hechos
institucionales*

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO¹
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

*Searle considera que la intencionalidad colectiva es una forma distinta de intencionalidad, no simplemente reducible a la intencionalidad individual. Searle denomina a cualquier juicio de valor como epistémicamente subjetivo. Searle piensa que hay ciertos fenómenos (incluyendo todas las experiencias de conciencia) que son ontológicamente subjetivos; que son experimentadas subjetivamente. Searle en su libro *La Construcción de la Realidad Social* desentraña el misterio de cómo se construye la realidad de cosas como el dinero en un mundo constituido sólo por partículas físicas en campos de fuerza. Searle distingue entre los hechos brutos, como la altura de una montaña, y los hechos institucionales como el matrimonio. Searle arguye que la sociedad puede explicarse en términos de hechos institucionales y éstos surgen de una intencionalidad colectiva a través de reglas lógicas. Isabel V. Lucena publicó un libro sobre la influencia del trabajo sobre la teoría política de Searle. En este texto critico algunas ideas de Searle y señalo algunas de sus principales debilidades. Estimo que Searle nos presenta una ontología política del consumidor.*

Palabras clave: *Realidad, hechos, poder, control, episteme.*

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Política de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Entre sus libros destaca *Ciudadanos Soberanos* (Almuzara, Córdoba, 2005) y *Holocausto y Crímenes contra la Humanidad*. (Anthropos, Barcelona, 2009, ed. con José Cruz). rrodriguez.prieto@post.harvard.edu

ABSTRACT

*Searle begins by arguing collective intentionality is a distinct form of intentionality, not simply reducible to individual intentionality. Searle calls any value judgment epistemically subjective. Searle thinks there are certain phenomena (including all conscious experiences) which are ontologically subjective, i.e. are experienced subjectively. Searle's *The Construction of Social Reality* addresses the mystery of how social constructs like money can exist in a world consisting only of physical particles in fields of force. Searle distinguishes between brute facts, like the height of a mountain, and institutional facts, like the score of a marriage. Aiming at an explanation of social phenomena, he argues that society can be explained in terms of institutional facts, and institutional facts arise out of collective intentionality through logical rules. Isabel V. Lucena Cid wrote a book about Searle's political theory. I criticize some Searle's ideas and I point out the weaknesses of his political ontology. I consider it as a political ontology of consumer.*

Key words: *Reality, facts, ontology, power, control, episteme.*

«Nuestra naturaleza reside en el movimiento; la calma completa es la muerte.»

Pascal, Pensamientos

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos meses se publicaba el libro de Isabel V. Lucena Cid, *La Ontología Política de John Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales*. El estudio se nutre de la investigación realizada por la autora durante el periodo de realización de la tesis doctoral.

Mi aproximación al trabajo de Searle será crítica. La amplitud y densidad de los planteamientos de Searle requerirían un muy ambicioso programa de investigación que está fuera de la pretensión de este artículo. De forma modesta, me ocuparé de algunas de las ideas de Searle que considero más insatisfactorias.

Este estudio está dividido en varias partes. La primera está dedicada a exponer las ideas principales de John Searle tal y como vienen recogidas por Isabel Lucena en el libro. La segunda parte del artículo la dedico a exponer una serie de críticas al pensamiento de Searle, con el fin de sustentar la tesis central de este trabajo que se resume en lo siguiente: La ontología política de Searle es una ontología del consumidor y no del ciudadano. El consumidor como un individuo pasivo, conformista y adaptado a los dictados de las relaciones de dominación sociales preestablecidas. Finalizaré con una serie de conclusiones.

II. LA ONTOLOGÍA POLÍTICA DE JOHN SEARLE

En este epígrafe resumiré brevemente algunos de los principios fundamentales del pensamiento de Searle que aparecen en el libro de Isabel Lucena². El primer objetivo de esta parte de mi estudio es realizar una introducción que permita conocer tanto el núcleo del libro de Lucena, como introducir los elementos básicos de su pensamiento a lectores menos familiarizados con la filosofía del autor de Berkeley. El segundo de los objetivos es mostrar algunas de las ideas que posteriormente criticaré en el siguiente epígrafe del trabajo.

Según la filosofía de John Searle, el hecho institucional es el fenómeno social más relevante para la comprensión de las relaciones humanas. La división entre una concepción natural e institucional de la realidad aparece como elemento central del pensamiento de este pensador. La estructura de los hechos institucionales es una estructura de relaciones de poder. Un hecho institucional es creado cuando se le confiere poder mediante una asignación de la función de estatus. Cuando se impone una función no sólo se asigna una función a un agente, objeto o acontecimiento, sino que además se le atribuye un estatus con propiedades deónticas.

Las propiedades deónticas son derechos y deberes, considerados por Searle como poderes gracias a la aceptación de la comunidad. Se supone que, por tanto, son poderes colectivamente impuestos.

Searle estima que tanto su teoría de la realidad institucional como su teoría de la racionalidad comportan una concepción implícita de lo político y del poder político. Según Searle, la aceptación colectiva es esencial para la creación del poder, ya que los poderes resultantes de la atribución de función de estatus son aceptados de forma colectiva.

La tesis central de la ontología política de Searle es que todo poder político es una cuestión de funciones de estatus y todo poder político, aunque se ejerza desde arriba, procede de abajo. Searle sitúa la aceptación colectiva con el elemento central para la creación del poder. Todo poder político es una cuestión de funciones de estatus y por ello todo poder político es deóntico.

El individuo es la fuente de todo poder político, a través de su capacidad para comprometerse en una intencionalidad colectiva. Los individuos se sienten en general impotentes.

Los sistemas de funciones de estatus funcionan, en buena parte, gracias a que el reconocimiento de los poderes deónticos, dan razones para actuar independientes del deseo. Así establece una distinción entre poder político y autoridad política. Los poderes políticos están constituidos lingüísticamente, en gran medida.

² LUCENA CID, I. V., *La Ontología Política de John Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales*, Aconcagua, Sevilla, 2009. El resumen de las ideas de Searle se toma de la parte tercera del libro citado.

El rasgo característico del Estado es para Searle, el monopolio de la violencia armada.

Para Searle la tesis principal de su libro *La construcción de la realidad social* comporta una ontología política implícitamente. ¿Cómo puede existir una realidad política en un mundo compuesto de partículas físicas?

Para Searle ciertos elementos son independientes del observador (fotosíntesis, masa, enlace químico) otros elementos dependen del observador y su existencia depende de actitudes, pensamientos e intencionalidad de los observadores (por ejemplo, propiedad, dinero, lenguaje).

La otra gran distinción de Searle consiste en la objetividad o subjetividad epistémica de aserciones. Una aserción puede determinarse independientemente de sentimientos o preferencias. Por ejemplo «Zapatero es el actual Presidente de España» es epistémicamente objetiva. Subjetiva sería Zapatero es mejor presidente que Aznar.

Otra distinción: Los dolores y el hambre son ontológicamente subjetivos porque depende de la experiencia del ser humano o animal; sin embargo las montañas o los ríos son objetivos ya que su existencia no depende de experiencias subjetivas.

Conclusión: Prácticamente toda la realidad política es relativa al observador. La subjetividad ontológica no implica la subjetividad epistémica. Puede existir un ámbito como la política o la economía dentro del cual las entidades sean ontológicamente subjetivas, aunque puedan hacerse aserciones epistémicamente objetivas. La presidencia de EEUU es un fenómeno relativo a un observador es ontológicamente subjetivo, pero que Obama sea el actual presidente de EEUU es epistémicamente objetivo.

Searle retoma a Aristóteles para recuperar la afirmación de que el hombre es un ser social y político. Al contrario que los animales el ser humano es además de social, político. ¿Qué hay que añadir a los hechos sociales para que se conviertan en políticos?

La capacidad humana para crear hechos sociales tiene base biológica compartida con otras especies. Searle denomina esta capacidad como intencionalidad colectiva. La intencionalidad colectiva es definida como un fenómeno consistente en compartir formas de intencionalidad en el marco de la cooperación humana o animal. La intencionalidad colectiva se encuentra presente en todo comportamiento cooperativo, en todo deseo o creencia compartida.

¿Cómo se pasa de los hechos brutos a los hechos sociales o institucionales? Searle entiende que el hecho social es cualquier hecho que entrañe la intencionalidad colectiva de dos o más agentes humanos o animales. Pero la simple intencionalidad colectiva está muy lejos de fenómenos sociales como el dinero, el gobierno o la propiedad. ¿Qué hay que añadir para alcanzar la realidad política humana? Searle acude a dos elementos suplementarios: la atribución de funciones y las reglas

constitutivas. La combinación de estos tres elementos fundamenta la sociedad específicamente humana.

No es la estructura física lo que permite a los billetes cumplir su función, sino la atribución de una función de estatus. Le reconocemos un determinado estatus. Para complementar esta idea Searle introduce el elemento de las reglas constitutivas. Las reglas regulativas se distinguen de las constitutivas. Las regulativas rigen formas de comportamiento existentes (por ejemplo circular por la derecha), mientras que las reglas constitutivas no sólo regulan, sino que además crean la posibilidad de nuevas formas de conducta o las definen. El elemento clave del paso de los hechos brutos (funciones físicas) a los hechos institucionales (función de estatus) reside en cómo al concederle un estatus a algo le atribuye una función basada en dicho estatus. Para Searle la propiedad humana de que permite atribuir un estatus a cosas que de por sí no tienen y a continuación conferirles asociados a ese estatus, un conjunto de funciones que sólo pueden ejercerse en virtud de la aceptación colectiva del estatus y de su función correspondiente, es la que hace posible los hechos institucionales. Merece la pena subrayar la importancia que esta parte del argumento de Searle posee en su teoría.

Las funciones de estatus van unidas a poderes positivos y negativos. Los poderes que constituyen los hechos institucionales, a diferencia de los poderes físicos, están siempre relacionados con derechos y deberes. Searle denomina estos tipos de poder como deónticos. Esta variedad de poder está sujeta al reconocimiento y la acción colectiva. Los poderes brutos son la fuerza que uno ejerce sobre otro o la alimentación eléctrica.

Para Searle el lenguaje tiene un papel fundamental. Es la institución social básica. No sólo porque es necesario para la existencia del resto de las instituciones, sino porque también los elementos lingüísticos se autoidentifican como lingüísticos. Searle estima que para que una cosa sea dinero o propiedad, matrimonio o gobierno, la gente debe tener los pensamientos que corresponden, pero para tener esos pensamientos adecuados es preciso tener los medios para pensar esos pensamientos que son de origen simbólico o lingüístico.

Según Searle la realidad política y todo poder político es fruto del reconocimiento y aceptación colectiva de las funciones de estatus, cuyos poderes deónticos constituidos simbólicamente o lingüísticamente representan razones para actuar independientemente del deseo.

Según Isabel Lucena, es muy difícil deducir una teoría política de Searle, aunque el autor anglosajón afirme que su ontología social e institucional conlleva una ontología política. Su concepción de la realidad política tiene lazos con el pensamiento político clásico, ya que entre los temas recurrentes se encuentra el poder. Su preocupación es que la filosofía política no se ha ocupado de describir el mundo real. Su tesis central es que todo poder político es cuestión de función de estatus e identifica al político y la política con la maquinaria del gobierno, junto al sistema de partidos políticos, grupos de interés. Se

identifica con la tradición filosófica que identifica el ámbito de la política con la institución del Estado.

En definitiva, Searle sostiene que en las sociedades más avanzadas el Estado es la institución por antonomasia. El Estado y su gobierno representan el sistema de estatus último. El Estado es el que detenta el monopolio de la violencia organizada. El binomio Estado violencia lo presenta como un paradoja al decir que el poder del gobierno está basado en un sistema de funciones de estatus que descansa en la aceptación colectiva. El reconocimiento y la aceptación colectiva no están fundadas, de acuerdo con Searle, sobre la violencia, aunque parece que sólo puede mantenerse en virtud de una amenaza continúa de violencia legítima.

III. ¿QUÉ REALIDAD? SEARLE Y SU ONTOLOGÍA DEL CONSUMIDOR

Isabel V. Lucena utiliza una palabra muy dura en la postrera oración de su libro. En la página 334 la autora sevillana afirma que «el optimismo searlano acerca de que el control del poder es político y no se debe al poder físico es, a nuestro juicio, infundado en muchos casos». Usar la palabra *infundado* para referirse a planteamientos de un filósofo tan admirado como Searle podría parecer a ojos de muchos osado; sin embargo, a mi juicio, se trata de una evaluación muy ajustada.

En esta parte de mi trabajo me dedicaré a desarrollar esta idea. Éste «en muchos casos» puede dar bastante juego. Y no sólo en lo que se refiere al control del poder –uno de los grandes caballos de batalla de la filosofía política de todo tiempo y lugar–, sino la propia consideración de lo que es real para Searle, debiera ser puesta en cuestión y revisada.

No deseo suplantar a Isabel Lucena y decir lo que se supone que supongo que ella afirmaría –no pretendo homenajear a una conocida película de los hermanos Marx en la que Groucho rompe un contrato en partes mientras afirma que la parte contratante de la primera parte... No. Se trata de una empresa libre sugerida por su magnífico y fundamentado libro y de la que sólo yo soy responsable.

La tesis central que desarrollaré será que la ontología política de John Searle es una ontología política del consumidor. Dicha ontología política se asienta en una visión individualista y reduccionista que ignora aportes tan fundamentales como el pensamiento complejo de Edgar Morin, la epistemología feminista o los trabajos sobre la conexión sujeto objeto de Pierre Bourdieu. Y no sólo esto. Searle con su aproximación a lo que él llama «realidad», desprecia el contexto y el valor de los procesos culturales y sus diferencias, constituyendo un mundo ideal, el del liberalismo y el capitalismo, para el que crea una realidad interpuesta con el único fin de legitimarlo.

En estos tiempos existe una idea muy extendida según la cual el ciudadano está perdiendo su lugar central en las democracias liberales. Esto implica que sea cada vez más consumidor y menos ciudadano. El ciudadano se aleja de la política. El ciudadano participa cada vez menos; es menos activo. Algunos autores desde el republicanismo cívico han considerado que los gobiernos se vuelven cada vez más elitistas y han mantenido que una democracia débil se está asentando en Occidente, en detrimento de una democracia fuerte o participativa³. Para otros, desde una perspectiva anticapitalista, el proceso en que nos encontramos de subsunción de la sociedad en el capital implica una erosión de la democracia que pasa a depender de los dictados del mercado⁴. Ejemplo de ello son las concentraciones de empresas, etc.

Ambas posturas son sólo dos ejemplos teóricos de la insatisfacción creciente por la pérdida de centralidad del ciudadano en la toma de decisiones en las sociedades y la elitización constante. Los ciudadanos ven la política cada vez más alejada de sus preocupaciones más relevantes, cuando no como algo sucio y lleno de corrupciones⁵.

Denomino a la ontología que propone Searle como ontología del consumidor por varias razones que expongo a continuación. En primer lugar porque favorece el conformismo y la adaptación al status quo. En segundo lugar porque la ontología de Searle se mueve en parámetros individualistas, etnocéntricos y patriarcales que proyectan sobre la realidad una concepción muy determinada del mundo. En tercer lugar, el pensamiento de Searle no reflexiona críticamente sobre el poder. Sabemos que la función de estatus posee una gran trascendencia en su pensamiento, pero desconocemos los procesos que originan dichas funciones y, sobre todo, las relaciones de poder y posibles relaciones de dominación en el interior de los colectivos que las reconocen. De todo ello emerge una concepción de la ciudadanía pasiva, limitada y reduccionista. Por eso estimo que se trata de una ontología del consumidor. En las siguientes líneas me ocuparé de justificar mi tesis.

La ontología política de Searle es una ontología del consumidor y no del ciudadano. El consumidor como un individuo pasivo, conformista y adaptado a los dictados de las relaciones de dominación sociales preestablecidas. Es paradójico que Searle critique a los filósofos de la política por haberse dedicado más al deber ser que a describir la realidad⁶, cuando lo que él hace es sancionar unas relaciones de domi-

³ El republicanismo cívico ha tenido un gran impulso gracias a la obra de autores como Barber (en EE.UU. y su clásico *Strong Democracy*) y Soriano, en España.

⁴ Desde una perspectiva anticapitalista se sostiene que la democracia representativa ha pasado a ser un mero instrumento del capitalismo para legitimar sus políticas y su modelo social.

⁵ Escándalos como los acaecidos en España en los últimos tiempos generan escepticismo en la opinión pública. Los políticos son una causa de preocupación en las encuestas que periódicamente publican organismos como el CIS.

⁶ LUCENA CID, I. V., *La Ontología Política de John Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales*, op. cit., p. 255.

nio instituidas, otorgándoles credenciales filosóficas. Searle fotografía una parte de la realidad y recorte de la misma lo que le interesa, ignorando conscientemente los procesos que la conforman como tal.

Esta crítica la dividiré en dos apartados. En el primero de ellos me ocuparé de las consecuencias de la lógica searliana –estática, reduccionista y simplificadora de la realidad. De su forma de concebir lo que es la realidad y las bases de la misma. En el segundo apartado, exploraré los elementos más políticos de Searle que refiere Isabel Lucena en su libro. En concreto, las cuestiones que tienen que ver con el poder y su ejercicio.

En Searle, el protagonismo de las dicotomías es esencial. Estamos ante un pensamiento dualista. Por ejemplo cuando distingue de manera muy rígida la concepción natural y la concepción institucional de la realidad, como si un abismo las separara o como si nuestros sentidos no carecieran de límites que han sido puestos en evidencia por los neurocientíficos en los últimos años. Ya decía Heráclito: «Malos testigos para los hombres son los ojos y los oídos cuando las almas son bárbaras».

Según Searle, la realidad socialmente construida presupone una realidad no socialmente construida, la realidad física o bruta. Al hacer este tipo de distinciones tan nítidas, Searle nos retrotrae a algo tan antiguo como es la lógica aristotélica y el principio del tercero excluido.

Es bien conocido que Aristóteles sustentó su lógica en tres pilares fundamentales: el principio de identidad, el principio de contradicción y el principio, antes referido, del tercero excluido. El primero de los principios afirma que cualquier concepto o realidad es idéntica a sí misma. El principio de contradicción señala que si A es verdadero, no A tiene que ser falso. El último de los principios rechaza cualquier posibilidad lógica que entre A y no A pudiera existir un tercer concepto.

Con el principio del tercero excluido se niegan territorios grises, tonalidades diferentes al negro o blanco. Se concibe la realidad a través de contrarios, en donde muy a menudo uno significa también el polo positivo y otro el negativo. Sucede algo semejante con el segundo de los principios enunciados. Si nuestra proposición es la correcta todo lo demás es falso. Hegel adaptará políticamente esta idea. En términos hegelianos, la existencia del otro no significa diferencia, empero implica la negación propia, éste es el primer paso para la guerra y la destrucción del otro.

El uso de esta lógica tiene evidentes consecuencias en el pensamiento de Searle. Después de la física cuántica o las tesis de David Bohm del orden implicado⁷, entre otros prolijos avances científicos que nos acercan una realidad muy distinta a la aristotélica, es complicado creernos la reflexión de Searle sobre una aproximación a la rea-

⁷ Vid. BOHM, D., *La totalidad y el orden implicado*, Kairós, Barcelona, 1987. Para Bohm, el mundo que percibimos es la expresión cambiante de un fondo energético implicado.

lidad, pretendidamente aséptica. Si la realidad fuera algo estático, previsible –causa efecto– y no en constante movimiento, nada habría que objetar. Pero el problema para Searle es que la realidad a la que nos enfrentamos a diario, no parece ajustarse a sus conceptos o descripciones. Dividir la realidad en compartimentos estancos no es la mejor forma de aproximarse al mundo real, donde las interconexiones entre diversos fenómenos es lo común. La visión de máquina dio paso hace tiempo, a la del organismo complejo.

Por otra parte, el tejido de lo que llamamos lo real comporta capas, agujeros, emergencias que son sublógicas, supralógicas, alógicas, extralógicas, ni se sabe⁸. La lógica que trata de asirlo matemática, simbólica o lingüísticamente no traducen el pensamiento más allá de estructuras binarias⁹. El mundo ideal searliano se justifica y sustenta en esas estructuras. Cuando se intenta justificar, como en el caso de Searle, usando una metodología lo más «científica» posible se construyen «realidades» que se superponen a las condiciones materiales y a los procesos de los que están hechas las acciones humanas, con el fin de legitimar el liberalismo y el capitalismo. Searle no es el primero, ni tampoco será el último de los filósofos que hagan este tipo de operación; ya lo practicó Rawls en su teoría de la justicia, criticada con bastante agudeza en un libro de reciente publicación¹⁰. Si la realidad no se adapta a la lógica searlina, peor para la realidad.

Searle reprocha a los filósofos políticos no haberse ocupado de la realidad y sólo del deber ser. La cuestión aquí estriba en que Searle trata de ajustar la realidad a lo que él espera que ésta sea, con el fin de justificar un conjunto de instituciones y poderes preestablecidos. Es curioso que acuse a los filósofos políticos de dedicarse al deber ser, cuando él lo que hace es confundirlo con lo que es. Pero sigamos con los razonamientos searlinaos.

Según Searle existen elementos de la realidad que son independientes del observador y otros que no. Searle sitúa en el primer bloque fenómenos naturales como la fotosíntesis, la atracción gravitatoria, la masa, etc. Otros elementos, en cambio, dependen de las actitudes, pensamientos e intencionalidad del observador. Tomando como base esta distinción, Searle distingue entre objetividad y subjetividad epistémica como propiedades de las aserciones. A su juicio una aserción puede quedar independiente del sentimiento o preferencias del observador que la hace. Considera que hay afirmaciones que son epistémicamente objetivas, por tanto. El ejemplo que se usa en el libro de la profesora Lucena es el de Zapatero es presidente de España, frente a los que sería una aserción subjetiva epistémico la afirmación de que

⁸ MORIN, E., *El método 4. Las ideas*, Cátedra, Madrid, 2009, p. 209.

⁹ SENDÓN DE LEÓN, V., *Matria. El horizonte de lo posible*, Siglo XXI, Madrid, 2006, p. XXI.

¹⁰ Me refiero al libro de Amartya Sen *La idea de justicia* (Taurus, Madrid, 2010).

Bush fue peor presidente que Obama, por ejemplo. Pero ocupémonos de la objetividad epistémico.

La cuestión aquí estriba en que no se puede divorciar el sentido del devenir de lo real y el fluir de significados. Decir Zapatero es presidente de España es atribuir a Zapatero un poder y una relevancia máxima en un Estado europeo –España– que dirige. Cuando alguien dice eso puede estar dando una información, pero también puede tener otro tipo de intencionalidad –por ejemplo, prestigiar a Zapatero y subrayar su importancia. En este caso la palabra presidente ocupa un lugar muy relevante. Puede haber observadores que atribuyan una gran importancia a ser presidente de una nación, pero puede haber otros muchos que consideren que ser presidente en un contexto actual, marcado por la influencia muy notable de poderes económicos, es un puesto cada vez menos influyente. Entonces habría que contextualizar su importancia o confluencia respecto a diversas personas (Emilio Botín, el presidente de mi comunidad de vecinos, el decano de la facultad...) La cuestión es que no se pueden separar los procesos culturales e históricos del sentido de una frase, como tan alegremente hace Searle cuando habla de objetividad epistémica. La episteme es el lugar desde donde miramos el mundo siempre desde un lugar y una visión particular¹¹. No existen las visiones puras asépticas y eso es algo que Searle debería tener en cuenta.

Esta distinción le sirve para ir un paso más allá y señalar que objetividad y subjetividad ontológica son propiedades de la realidad. Este argumento debe ser criticado desde dos perspectivas. La primera como una visión unidimensional y unívoca de «La» realidad. Searle olvida la pluralidad de realidades e interpretaciones que cabe sobre un hecho aparentemente igual. Como decía Nietzsche, no existen los hechos, sino interpretaciones, en plural, de los hechos. Pero además, cuando de nuevo pone ejemplos de lo que considera ontológicamente objetivos, como playas o montañas, que no dependen de experiencias subjetivas, según él, vuelve a reproducir el mismo error etnocentrista y excluyente. Permítanme un ejemplo. Bruce Chatwin, un antropólogo británico, escribió un libro en 1987 en que estudiaba un sistema de comunicación usado por los aborígenes australianos. Los primitivos pobladores de Australia leían el continente como una partitura musical. Toda roca, arrollo o montaña era cantada. Para los aborígenes nada existía antes de que hubiera sido cantado y podían comunicarse los unos con los otros a través de esas canciones¹².

La investigación de Chatwin es un ejemplo de dos cosas: la primera es que no deberíamos dar nada por supuesto o por sentado cuando nos referimos a un observador. El observador no es un ente abstracto que adecuamos a nuestra concepción del mundo, de la historia o de la vida. La segunda es que una misma realidad puede ser percibida de formas

¹¹ Íd., p. 15.

¹² CHATWIN, B., *Los viajes*, Península, Barcelona, 2005, pp. 230 ss.

muy distintas en el marco de un proceso de interconexión entre el observador y lo observado. Siempre habrá el que pueda decir que el pensamiento aborigen australiano está situado un escalón inferior a Searle. Probemos entonces con un occidental. En Bourdieu encontramos un pensamiento relacional y reflexivo que nos es muy útil para limitar ampliar el limitado mundo que nos brida el pensamiento searliano.

Bourdieu demuestra con su relevante trabajo sociológico la importancia de una aproximación relacional a la cuestión de la conexión sujeto-objeto, que tenga muy presente el campo de fuerzas en que el sujeto particular opera y que, por consiguiente, subraye los nexos entre los objetos y los contextos. Lo que se trataría de objetivar no es la experiencia que vive el sujeto del conocimiento, sino las condiciones sociales de posibilidad y los efectos o límites, de dicha experiencia y del acto de objetivación¹³.

Y es que, como también señaló el propio Bourdieu constantemente en su quehacer investigador, el lenguaje común encierra en su vocabulario y sintaxis una filosofía petrificada de lo social. En este mismo sentido, Morin nos muestra un sendero muy adecuado para tratar con el lenguaje. Edgar Morin afirma que el lenguaje humano es polivalente y polifuncional y que como todo pasa por él se tiende a hacer del mismo un mero instrumento de transmisión o a convertirlo en la realidad humana clave e hipostasiarlo¹⁴. Ninguna de ambas opciones es aceptable y Searle hace lo segundo.

Esta concepción de lo social es tremendamente limitada. Considero con Morin que la sociedad hace el lenguaje que hace a la sociedad. Hay que comprender la interdependencia y la relación rotativa productora entre el yo –sujeto–, el ello –máquina lingüística– y el se –el ser sociocultural¹⁵. Cuando apreciamos las condiciones en las que se produce el lenguaje y las interacciones que propicia no es muy difícil darse cuenta de que no podemos usar lógicas reduccionistas y unidimensionales para el análisis de la realidad social.

¿Podemos conocer la realidad? Habría que responder que sí, pero desde la certeza de que nuestro conocimiento será siempre parcial o mutilado y que esta operación depende de contextos y procesos que hemos de tener en cuenta. La complejidad de lo real no sólo implica que el conocimiento suponga un importante esfuerzo, sino que la propia realidad responde a un *complexus*, a una trama de co-implicaciones e interacciones que no podemos ni debemos ignorar.

La segunda parte de mi crítica se centra en el poder y el tratamiento que Searle hace de él. Lógicamente, ésta depende y se conecta con todo lo expresado con anterioridad. De alguna forma, se concretan y ejemplifican algunas de las ideas antes mencionadas y ayudan a

¹³ BOURDIEU, P., *Science de la science et reflexivité*, Raisons d’agir, Paris, 2001, p. 182.

¹⁴ MORIN, E., *El Método 4. Las Ideas*, op. cit., p. 165.

¹⁵ *Íd.*, pp. 166-167.

reflexionar con más solidez en torno a elementos fundamentales de la política.

Searle considera que la capacidad humana de crear hechos sociales se debe a la intencionalidad colectiva. Se comparten formas de intencionalidad en el marco de la cooperación humana. Para complementar la mera intencionalidad, Searle acude a la atribución de funciones y de reglas constitutivas. Vayamos por partes.

Resulta cuando menos curiosa esa «intencionalidad colectiva» generadora de hechos sociales. ¿Dónde se analizan las relaciones de poder y de dominación en el interior de esa supuesta intencionalidad colectiva? ¿Dónde están las diferencias de clase, género o etnia en esta modélica generación de instituciones? Nada de eso parece preocupar a Searle. Enfoca su razonamiento sobre las funciones de estatus y las reglas constitutivas sin aclarar la fuente dicho estatus o de las reglas. Parece todo fruto de un consenso pacífico y hasta confortable. Más bien prescinde de todo ello. ¿Y el conflicto? ¿Existe el conflicto en el interior de esa supuesta intencionalidad?

Foucault consideraba que una sociedad como la nuestra, múltiples relaciones de poder atraviesan y caracterizan el cuerpo social; tales relaciones no pueden disociarse ni establecerse ni funcionar, sin que exista una producción, acumulación y circulación de un discurso verdadero. El poder nos somete a la producción de la verdad y sólo podemos ejercer el poder por la producción de la verdad. La conexión entre verdad, poder y derecho se organiza de forma muy particular en la sociedad¹⁶. ¿Sale indemne la intencionalidad colectiva de Searle de un análisis como el que nos brinda Foucault? Todo parece indicar que no.

Puede existir una cierta intencionalidad, pero dicha intención se dirige a través de procesos donde juegan relaciones de poder, de dominio, de clase, de género o étnica. Suelen ser procesos conflictivos y hasta convulsos, donde en muchas ocasiones los mitos juegan un papel de gran relevancia. ¿Cómo calibramos la intencionalidad colectiva? ¿Cómo podemos medir la influencia de los medios de comunicación, de las élites políticas o de las corporaciones en la conformación de un tipo u otro de intencionalidad? ¿Cómo se puede manifestar esa intencionalidad? Pongamos como ejemplo la construcción europea. ¿Se puede hablar de intencionalidad colectiva en los recientes pasos dados? Los referenda del tratado constitucional para Europa ofrecieron una pobre participación y hubo incluso Estados miembros que lo rechazaron. El Tratado de Lisboa, que básicamente reproduce dicho tratado, fue rechazado la primera vez que se celebró un referéndum para aprobarlo. Se tuvo que hacer otro para conseguir el asentimiento de la población. ¿Qué razones tenía la población en Francia para rechazar el tratado constitucional? ¿Y en Irlanda? ¿Eran las mismas? Sin embargo, la construcción europea sigue su curso, o al menos una

¹⁶ FOUCAULT, M., *Hay que defender la sociedad*, Akal, Madrid, 2003, p. 30.

cierta versión de ella, con una influencia notoria en la ciudadanía, pero construida a espaldas de la misma.

Searle se ocupa del poder cuando señala que los poderes que constituyen los hechos institucionales, a diferencia de los poderes físicos, son siempre poderes deónticos, relacionados con derechos, obligaciones, compromisos, autorizaciones, exigencias o permisos. La cuestión en este punto estriba en el problema de la legitimidad y en la interacción, más que evidente, entre poderes físicos y los poderes que, según Searle, constituyen los hechos institucionales. Para Searle el poder armado del Estado depende de la aceptación de las reglas constitutivas. Aunque el Estado tenga el monopolio de la fuerza, eso no significa que el Estado se mantenga gracias a la policía o a un poder militar. Isabel Lucena cita a Oppenheim, quien pone el dedo en la llaga cuando afirma que la caracterización searlana del poder político como deóntico, no violento y altruista no es más que una idealización de las democracias liberales. En los últimos tiempos, bajo la idea de preservar la seguridad se están cometiendo ataques constantes a la privacidad de las personas. El control sobre el ciudadano es cada vez mayor. No sólo un control estatal; también un control privado propiciado por concentraciones empresariales que acumulan datos sobre los gustos, preferencias y datos personales de los ciudadanos. La fusión entre Google y Doubleclick refrendada por las instituciones comunitarias y la concentración en los medios de comunicación son buenos ejemplos de lo que decimos.

La violencia estructural es un fenómeno muy estudiado por el sociólogo David G. Gil. Desde la perspectiva de Gil, el Estado puede ejercer un tipo de violencia no explícita –referida por Oppenheim– igual o más lesiva. La violencia estructural la sitúa Gil en las desigualdades de acceso a los recursos, la insatisfacción de necesidades humanas básicas que afectan al desarrollo de la propia dignidad de los sujetos y que provocan ciclos constantes de contraviolencia y represión¹⁷

Es quizá el enfoque tridimensional del poder de Steven Lukes una de las aproximaciones más complejas y certeras al poder. Lukes pone de manifiesto con su análisis que el poder puede lograr que el individuo acate y actúe conforme a sus dictados sin percatarse siquiera de ellos. El enfoque tridimensional critica el carácter behaviorista de enfoques simplistas, como la usada por Searle, subrayando la adopción de decisiones o de no decisiones y el control del programa político. En este enfoque puede percibirse la existencia de problemas y problemas potenciales y, lo que es más preocupante, el conflicto puede ser abierto, pero también encubierto y latente.¹⁸

La importancia de la aceptación colectiva de las funciones de estatus es ejemplificada por Searle con la URSS y su caída. Para Searle el

¹⁷ GIL, D. G., «Preventing violence in a structurally violent society: Mission impossible». *American Journal of Orthopsychiatry*. Vol 66 (1), Jan 1996, 77-84.

¹⁸ Vid. LUKES, S., *El poder. Un enfoque tridimensional*, Siglo XXI, Madrid, 1985.

mantenimiento de los sistemas políticos depende de tal aceptación. Searle estima que la caída de la URSS se produjo cuando la estructura de intencionalidad colectiva dejó de ser capaz de mantener el sistema de funciones de estatus. Lo mismo sucedió a juicio de Searle, con el régimen de Sudáfrica. Para Searle las sociedades donde las funciones de estatus dejan de ser aceptadas por la sociedad, los sistemas políticos establecidos pueden sufrir un colapso.

Como poco, provoca sorpresa que Searle despache con una razón como la falta de aceptación colectiva de las funciones de estatus, procesos que han generado una muy prolija y densa bibliografía. El último libro en español, publicado hace tan sólo unos meses, por Carlos Taibo. Pongamos otro ejemplo: ¿Qué explicación daría Searle al fin del franquismo o a su continuismo durante cuarenta años? ¿Existía acaso una aceptación colectiva de estatus y apoyo o se podía deber más bien un conjunto de razones complejas (medios de comunicación, cobertura policial, altas dosis de conformismo social, miedo, mejoras económicas y sociales) los que propiciaron el mantenimiento de la dictadura franquista durante 40 años? Cuando Franco murió en la cama, ¿había una aceptación o un rechazo de las funciones de estatus? Peculiar.

En el análisis de este tipo de procesos tan sumamente complejos es necesario hacerse con herramientas que nos permitan una aproximación, lo más amplia y profunda al tema que estudiamos o pretendemos estudiar. Searle no tiene en cuenta conceptos como bloque histórico o hegemonía. Gramsci consideraba que el poder es ubicuo y se reproduce en los intersticios de la vida diaria, Gramsci señala que dicha reproducción no se da en todo lugar en la misma forma ni el mismo el mismo grado¹⁹. Para explicarlo y con el fin de trazar estrategias de cambio elabora toda una teoría cuyo núcleo es la idea de hegemonía. La idea de funciones de estatus adolece de bases sólidas que expliquen los procesos de cambio o consolidación.

Para terminar no quisiera dejar sin criticar un ejemplo que Searle utiliza para mostrarnos una actuación independiente del deseo. Se trata de la institución de la promesa. En ella una persona se obliga libremente a actuar de una determinada forma. Me causó verdadera sorpresa este ejemplo. ¿Y el juramento mafioso? ¿Se puede considerar libre? Uno se puede obligar por muchas razones; una de ellas como una medida para lograr un deseo; de hecho, la promesa puede ser parte de un intercambio. La promesa es usada por la mafia para mantener el orden y el sentido de pertenencia a un grupo. ¿Se refiere a eso Searle cuando la usa de ejemplo de una actuación libre e independiente del deseo? Cuando no se contextualiza suceden estas cosas.

¹⁹ HOLUB, R., «Antonio Gramsci. Beyond Marxism and Postmodernism», Routledge, London, 1992, p. 29. La cuestión para Gramsci no es tanto que el poder existe, sino la jerárquica estructura de las relaciones de poder. Aunque el poder es ubicuo, como diría Foucault, igualmente ubicuas son las desiguales relaciones de poder (p. 200).

De esta visión simplificadora y reduccionista se deriva una comprensión análoga de lo político. Searle identifica lo político y la política con la maquinaria del gobierno junto con el sistema de partidos, lobbies. Identifica la política con la institución del Estado. Este es un grave error. La política está presente en muchos más ámbitos que en el Estado. Si esto no fuera así, estaríamos verdaderamente perdidos. Incluso la sociedad ha construido procedimientos que han significado la apertura de espacios públicos no estatales como fue el presupuesto participativo de Porto Alegre²⁰. Finalmente, Searle establece una separación más entre poder político y económico, por los sistemas motivacionales que aparecen en cada caso. Esta visión es clásica en el pensamiento liberal y en la conformación del Estado pluralista. Sólo cabe recordar los trabajos de Ralph Miliband, que desmienten tal división.

La idea que proyecta el pensamiento político de Searle es de extremo conformismo hacia el status quo y las instituciones que lo gobiernan. Se da por sentada una aceptación colectiva, fundamentada de una forma algo peculiar y una realidad categorizada siguiendo la lógica aristotélica.

IV. CONCLUSIONES

En 2008 Sheldon Wolin publicaba un libro dedicado a explorar el concepto de totalitarismo²¹. Según Wolin la democracia puede ser dirigirse de tal manera que no muestre su eliminación. La idea que subyace en el trabajo de Wolin es que los procesos que conducen al totalitarismo pueden cambiar e invisibilizarse en las sociedades representativas, de forma que no nos percatemos que nos deslizamos hacia la destrucción de la democracia. Wolin acuña el concepto de totalitarismo inverso para referirse a toda una madeja de intereses espúmeo que están colonizando nuestros sistemas políticos.

Como he señalado en este trabajo, el enfoque de Searle sobre la sociedad y la política es incapaz de detectar los graves problemas que aquejan a nuestras sociedades. Y no sólo eso: recrea una suerte de realidad interpuesta que es incapaz de detectar cómo las relaciones de poder y de dominio se comportan en el mundo real o como las condiciones de materiales limitan o amplían las posibilidades de los sujetos.

Su visión individualista es también un grave problema que aqueja al pensamiento searlano. Desde esa perspectiva no se reconocen la rique-

²⁰ El Presupuesto Participativo de Porto Alegre fue un ejemplo de construcción de un espacio público no estatal. El sentido de ello fue crear un procedimiento propio de la ciudadanía para gestionar los recursos municipales, a causa de la desconfianza en los partidos y en las instituciones representativas.

²¹ Vid. WOLIN, S., *Democracy Incorporated: Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 34 ss.

za de las singularidades, ni la trascendencia de los procesos donde las dichas singularidades se transforman e interactúan. Cuando estas singularidades carecen de género, referencia a clase social, cultura o etnia, suelen corresponderse con el padre de familia blanco y propietario. La conclusión de ello es que una visión muy particular y limitada se convierte en lo universal; ¿no es ésta una historia muy repetida?

Por último Searle excluye las ficciones, los mitos, las emociones que conforman la naturaleza de los colectivos y de las sociedades. No parece haber lugar para ellos en una descripción «de lo que es de la realidad».

Hay muchos espacios y lugares desde donde la visión de las tesis de Searle se nos muestra, como mínimo, sorprendentes. Desde México, un país devastado por décadas de abuso de una oligarquía, cuyo control del poder económico, político, judicial y paraestatal está hundiendo las expectativas de vida de la inmensa mayoría de los ciudadanos, la intencionalidad colectiva suena a broma pesada.

BIBLIOGRAFÍA

- BOHM, D., *La totalidad y el orden implicado*, Kairós, Barcelona, 1987.
- BOURDIEU, P., *Science de la science et réflexivité*, Raisons d'agir, Paris, 2001, p. 182.
- CHATWIN, B., *Los viajes*, Península, Barcelona, 2005.
- FOUCAULT, M., *Hay que defender la sociedad*, Akal, Madrid, 2003.
- GIL, D. G., «Preventing violence in a structurally violent society: Mission impossible». *American Journal of Orthopsychiatry*. Vol 66 (1), Jan 1996, 77-84.
- HOLUB, R., *Antonio Gramsci. Beyond Marxism and Postmodernism*, Routledge, London, 1992.
- LUCENA CID, I. V., *La Ontología Política de John Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales*, Aconcagua, Sevilla, 2009.
- LUKES, S., *El poder. Un enfoque tridimensional*, Siglo XXI, Madrid, 1985.
- MORIN, E., *El Método 4. Las Ideas*, Cátedra, Madrid, 2009, p. 165.
- SENDÓN DE LEÓN, V., *Matria. El horizonte de lo posible*, Siglo XXI, Madrid, 2006.
- WOLIN, S., *Democracy Incorporated: Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

La intencionalidad colectiva y la construcción de la realidad social y política: una respuesta al Profesor Rodríguez Prieto

ISABEL V. LUCENA CID¹
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

Este artículo pretende responder a las cuestiones planteadas por el profesor Rodríguez Prieto a mi libro La ontología política de John R. Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales. Con este objeto, en primer lugar, examinaré el aparato conceptual sobre el que edifica su ontología de la realidad social y política. En segundo lugar, revisaré la estructura lógica de la intencionalidad y aceptación colectiva de las funciones de estatus y las controversias que ha suscitado esta noción.

ABSTRAC

This paper is concern with objections made by Rodríguez Prieto to the account of my book La ontología política de John R. Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales. I have two main aims in this article. First I will present the conceptual apparatus on which Searle build his onto-

¹ Profesora Contratada, Doctora, Universidad Pablo de Olavide. Visiting Fellow London School of Economics and Political Science, Centre for the Study of Global Governance.

logy of social and political reality. Second, I want to review the logical structure of collective intentionality and the controversy with this subject.

Key words: external realism, collective actions, political power, intentionality, deontic power.

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco enormemente la oportunidad que me brinda el profesor Rodríguez Prieto de poder abordar de nuevo el contenido en mi libro *La Ontología Política de John Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales* para esclarecer algunas ideas que subraya mi colega en su artículo «John Searle: ¿Una ontología política del consumidor? A Propósito de *la Ontología Política de John Searle. Un análisis desde la teoría de los hechos institucionales*», donde examina las nociones fundamentales que conforman el fundamento teórico de la visión de John Searle sobre la realidad social y política.

El profesor Rodríguez se ocupa primordialmente de dos conceptos: el realismo externo y la intencionalidad colectiva y el papel de ésta en la creación de la realidad social y política. Ciertamente estas nociones son muy controvertidas y las críticas que han suscitado no son nuevas. Durante más de una década han sido punto de mira de muchos investigadores pertenecientes al ámbito de las ciencias sociales, políticas y jurídicas. Este hecho ha generado una abundante literatura sobre el tema que no hay que despreciar porque ayudan a comprender el alcance y la potencialidad conceptual de las propuestas de John Searle. Este esfuerzo por dilucidar la oportunidad o la relevancia de estas categorías, me exige volver a redefinir el la estructura básica desarrollada en mi libro aunque solo retomaré aquello que considere necesario para responder a las cuestiones planteadas por Rodríguez Prieto.

Para tal fin, dividiré este trabajo en tres partes. En primer lugar intentaré redefinir sucintamente las bases teóricas sobre las que sustenta su visión de la realidad social y política. Posteriormente, me centrare en el grueso de la crítica realizada por el profesor Rodríguez Prieto a la noción de intencionalidad colectiva, que junto a la función de estatus y las reglas constitutivas juegan un papel esencial en la construcción social y política. En la tercera y última parte, concluiré con algunas de las aportaciones más relevantes que se han realizado a partir del estudio de las obra de John Searle, y un acercamiento más benévolo a sus postulados, intentando demostrar que el mismo Searle va en contra de su individualismo metodológico tradicional a la hora de desarrollar su teoría de la acción cooperativa o colectiva.

II. LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL

Ciertamente se podrá estar de acuerdo o no con los presupuestos teóricos de la obra de John Searle, pero el mérito de su libro *La construcción de la realidad social* radica en el interés renovado que ha suscitado sobre la ontología de la realidad social. Este hecho ha provocado que muchos filósofos y científicos sociales se hayan centrado en el análisis de la ontología de las instituciones, el papel de los actos de habla en la creación de los objetos sociales, la intencionalidad de los agentes colectivos, y la función que estos agentes asigna a las entidades no-intencionales, sometiéndolos a un escrutinio que ha derivado en una gran literatura sobre el tema.

2.1 La ontología del mundo real

Creo que la lectura que ha hecho de mi libro el profesor Rodríguez Prieto ha pasado muy por encima de algunos aspectos fundamentales. En opinión de Rodríguez Prieto, Searle «tiene una concepción de la “realidad” limitada ya que desprecia el contexto y el valor de los procesos culturales y sus diferencias, constituyendo un mundo ideal, el del liberalismo y el capitalismo, para el que crea una realidad interpuesta con el único fin de legitimarlo».

Entiendo que la visión de la realidad que explicita en la tercera parte de su libro *La construcción de la realidad social* esta despojada de elementos concretos que puedan definir una realidad específica contextualizada y definida por valores o identidades culturales. Searle realiza un análisis de los hechos sociales que desarrolla en la primera parte de su libro donde establece una distinción entre «los hechos que dependen de nosotros y aquéllos que existen independientemente de nosotros»². La tesis que defiende es que «existe una realidad totalmente independiente de nuestras representaciones»³. Su investigación ontológica sobre el modo en el que los hechos sociales existen, le lleva a definir los rasgos de la ontología general en la cual especifica cómo se relaciona la realidad social con otras cosas que existen en el mundo. Para ello, se basa en la teoría atómica de la materia y la teoría biológica evolucionaria y que expone, según sus palabras, *muy crudamente*, de la siguiente manera: «el mundo consiste exclusivamente en entidades que, por comodidad y conveniencia, aunque no sea exacto, describimos como partículas. Estas partículas existen en campos de fuerza y están organizadas en sistemas (...). Algunos de estos siste-

² SEARLE, John R., 1997, *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, p. 162 ss.

³ *Ibíd.*, p. 163.

mas están vivos (...). Tipos de sistemas vivos evolucionan a través de la selección natural y algunos de ellos han llegado a generar evolucionariamente ciertas clases de estructuras celulares –específicamente: sistemas nerviosos– capaces de causar y sostener la consciencia. La consciencia es un rasgo biológico, y por consecuencia físico, pero, evidentemente, también mental de ciertos sistemas nerviosos de nivel superior, tales como los cerebros humanos (...)»⁴. La realidad mental emerge de la realidad física. No existe dicotomía entre lo mental y lo físico. Searle sostiene que hay una sola «realidad sin costuras». Este principio refuta la afirmación del profesor Rodríguez Prieto de la supuesta dualidad conforme a la que Searle entiende la realidad y la diversifica en compartimentos estancos. No obstante, abundaré un poco más en esta posición.

2.2 El realismo externo

Se comprende ahora porqué Searle caracteriza el realismo como una «concepción según la cual las cosas tienen una manera de ser que es lógicamente independiente de todas las representaciones humanas»⁵. Antes de examinar y refutar los argumentos contra el realismo externo, Searle intenta disipar las confusiones que rodean su visión del mundo y postula que: i) el realismo no es una teoría de la verdad – no implica ninguna teoría de la correspondencia, es consistente con cualquier teoría de la verdad, porque es una ontología, no una teoría del significado verdadero; ii) el realismo no es una teoría del conocimiento –no implica un acceso epistémico de carácter especial a la realidad; iii) el realismo no es una teoría del lenguaje– no mantiene que exista un vocabulario privilegiado para describir la realidad⁶. La tesis searliana de que hay una realidad independiente de nuestras representaciones, sin embargo, no explica cómo son las cosas, sino que establece un espacio de posibilidades⁷. Será en este espacio donde se den las representaciones culturales identitarias y concretas, y estos espacios pueden ser múltiples y diversos, tanto como manifestaciones de colectivos humanos puedan existir.

Es en este punto donde Searle plantea una distinción clara entre *ontología* y *epistemología* y los vincula a los conceptos *objetividad* y *subjetividad*⁸. La ontología trata de entidades o grupos de entidades que existen. Algunas de esas entidades podrían ser montañas, rocas, perros, electrones que existen objetivamente, mientras que otras entidades, como los dolores y las cosquillas existen o manifiestan la

⁴ SEARLE, John R., 1997, *La construcción de la realidad...*, op. cit., pp. 25-26.

⁵ *Ibíd.* pp. 164-165.

⁶ *Ibíd.* pp. 162-169.

⁷ *Ibíd.*, p. 189.

⁸ *Ibíd.*, p. 27.

subjetividad. Todas son reales pero al primer grupo se las conoce públicamente (tercera persona), y el segundo grupo pertenecen al ámbito privado (primera persona). La epistemología, por su parte, no trata de entidades (ni de su existencia) sino de los predicados de juicios que hacemos de las entidades.

Como apuntaba anteriormente, contrariamente a la interpretación del profesor Rodríguez Prieto, Searle abandona la concepción dualista tradicional en relación con la mente y el cuerpo y sugiere la idea de que la «mente no es sino el conjunto de rasgos a nivel superior del cerebro, un conjunto de rasgos que son a la vez “mentales” y “físicos”»⁹. Utiliza lo «mental» así construido, para demostrar cómo la «cultura» se construye a partir de la «naturaleza». Si las montañas, las moléculas, los campos, etc., existen independientemente de nuestras representaciones, es decir, son intrínsecos a la naturaleza, no ocurre lo mismo con aquellos otros rasgos que existen en relación con la intencionalidad de los observadores, usuarios, etc.

El propósito de Searle es mostrar que la realidad social, en general, sólo se puede entender a partir de esta distinción tan obvia. De acuerdo con la visión searliana, los «fenómenos mentales son, como todos los fenómenos mentales, ontológicamente subjetivos; y los rasgos relativos al observador heredan esta subjetividad ontológica. Ahora bien, esa subjetividad ontológica no impide que los asertos acerca de rasgos relativos al observador sean epistémicamente objetivos»¹⁰.

2.3 La distinción, no división, entre hechos brutos y hechos institucionales

Al elenco de las distinciones reflejadas en el apartado anterior, incorporo en este punto una distinción fundamental. Searle mantiene que «la subjetividad ontológica de la realidad socialmente construida requiere una realidad ontológicamente objetiva a partir de la cual pueda construirse.

La primera vez que Searle hace referencia a la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales fue en sus trabajos de filosofía del lenguaje¹¹. Su pretensión ha sido, desde entonces, dar una respuesta a la cuestión de las relaciones entre «rasgos del mundo que son puros y brutos asuntos físicos y biológicos, de un lado, y aquellos rasgos del mundo que son asuntos culturales y sociales, del otro»¹². En

⁹ *Ibíd.*, p. 28.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 31.

¹¹ SEARLE, John, «What Is a Speech Act» en BLACK, Max (comp.) 1965, *Philosophy in America*, Ithaca, New York: Cornell University Press. SEARLE, John R., 1995 *The construction of Social Reality*. ANSCOMBE, G. E. M., «On brute facts, *Analysis*, 18:2, 22-25 LORINI, Giuseppe, 2000, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*. Padova: CEDAM, pp. 55-59.

¹² SEARLE, John R., 1997, *La construcción de la realidad...*, *op. cit.*, p. 45.

todas sus obras posteriores ha vuelto a retomar esta distinción entre la realidad física y la realidad social. El hecho de que el Sol esté a 150 millones de kilómetros de la Tierra pertenece a la realidad física, es un hecho bruto. Por su parte, que Zapatero sea el presidente de España es un hecho institucional. Basándose en su realismo externo, sostiene que los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana, no así los hechos institucionales que deben su existencia a las instituciones humanas especiales¹³. Estas instituciones son sistemas de reglas constitutivas, cuya formulación adopta la siguiente expresión «*X cuenta como Y en el contexto C*». Una institución esencial es el lenguaje, a través de él podemos enunciar los hechos brutos, aunque Searle reitera que estos últimos existen independientemente del lenguaje u otra institución. Para ilustrar esta tesis sostiene que «el *enunciado* de que el Sol está a 150 millones de kilómetros de la Tierra necesita una institución del lenguaje y una institución de medida de las distancias en kilómetros, pero el hecho *enunciado*, el hecho de que hay una cierta distancia entre la Tierra y el Sol, existe con independencia de cualquier institución»¹⁴. Es importante subrayar, como hemos visto al inicio de este capítulo, que en el marco de la teoría searlina de los hechos institucionales, el lenguaje no sólo tiene un uso descriptivo, sino constitutivo de la realidad.

Un aspecto controvertido de la distinción searlina entre hechos brutos e institucionales es la afirmación que hace de que la categoría de los hechos brutos es ontológicamente anterior a la categoría de los hechos institucionales. Existe, en opinión de Searle, una primacía de los primeros sobre los segundos. A este respecto afirma que «no existen hechos institucionales sin hechos brutos»¹⁵ y como ejemplo ofrece el dinero. Argumenta diciendo que el dinero tiene que existir de alguna manera física. Aunque es consciente de las transformaciones físicas que han afectado al dinero, la forma es lo de menos siempre y cuando siga funcionando como dinero. En palabras de Searle, todas las instituciones que conocemos (universidades, juegos, iglesias, estados, etc.) pueden adoptar diferentes formas, pero cada una de ellas se desarrolla sobre algún componente físico.

A la luz de estas consideraciones, Searle establece una jerarquía de los hechos brutos y de los hechos institucionales basándose en la progresión de las formas simples de realidad social hacia las más complejas manifestaciones institucionales. Consecuentemente con esta teoría, la forma más simple de manifestación social entraña formas simples de conducta colectiva. Esta conducta colectiva se encuentra en el origen de la sociedad y es biológicamente innata en la concep-

¹³ SEARLE, John R., 1999, *Actos de Habla. Ensayo de Filosofía de Lenguaje*, Madrid: Catedra., p. 59.

¹⁴ SEARLE, John R., 1997, *La construcción de la realidad...*, op. cit., p. 45.

¹⁵ SEARLE, John R., 1997, *La construcción de la realidad...*, op. cit., p. 52. LORINI, Giuseppe, 2000, *Dimensioni giuridiche delle istituzioni*, op. cit., p. 99.

ción searlina. Las formas de intencionalidad colectiva no pueden ser, en palabras de Searle, «eliminadas o reducidas a alguna otra cosa»¹⁶. La intencionalidad colectiva, como tendremos ocasión de ver más adelante, es un elemento esencial para comprender los hechos sociales y es un rasgo fácilmente observable incluso en la acción de muchos grupos de animales. Así, por ejemplo «no se necesita aparato cultural alguno, convenciones culturales o lenguaje, para que los animales se muevan juntos en una manada, o para cazar juntos. Cuando las hienas se mueven en una jauría para dar muerte a un león aislado, no hay aparato lingüístico o cultural que intervenga (...). La ventaja selectiva de la conducta cooperativa es, huelga decirlo, obvia. La adaptación inclusiva se ve incrementada por la cooperación con los miembros de la misma especie»¹⁷. Cualquier hecho social implica, por tanto, intencionalidad colectiva. Los hechos institucionales, por su parte constituyen una subclase especial de los hechos sociales y son aquellos que están intrínsecamente relacionados con las instituciones.

Para el profesor Rodríguez Prieto, «no se puede divorciar el sentido del devenir de lo real y el fluir de significados. Decir Zapatero es presidente de España es atribuir a Zapatero un poder y una relevancia máxima en un Estado europeo –España– que dirige». Y así es, es un hecho objetivo cargado de fuerza ilocucionaria e incluso perlocucionaria porque provoca en el oyente de una información de este tipo, cambios en la percepción de los hechos. Evidentemente el contexto es importante, y probablemente si yo realizo un enunciado como «Zapatero es el presidente de España» en un entorno donde no se sabe qué es ser presidente, quién es Zapatero, o dónde esta España, esta información objetiva no tendrá ningún valor. Comprender el significado de un enunciado de estas características requiere un «trasfondo», para poder acceder a sentido pleno de dicho enunciado. Sostiene Rodríguez Prieto que «la episteme es el lugar desde donde miramos el mundo siempre desde un lugar y una visión particular. No existen las visiones puras asépticas y eso es algo que Searle debería tener en cuenta». En este sentido, a pesar de que me inclino hacia la reflexión de mi colega, tengo que subrayar que hay en la teoría searlina un elemento que desarrolla muy poco y que denomina el «trasfondo local» que sería ese «locus particular» desde el que interpretamos la realidad y que es lo que le confiere a ésta su particularidad.

Searle define el concepto de trasfondo como «el conjunto de capacidades no intencionales o preintencionales que hacen posibles los estados intencionales de función»¹⁸. En su trabajo *Intentionality*, establece una importante distinción entre el *trasfondo profundo* y el *trasfondo local* como aspectos diferenciados dentro del concepto del trasfondo. El primero es algo que todos los humanos comparten. Debido

¹⁶ SEARLE, John R., 1997, *La construcción de la realidad...*, op. cit., p. 55.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibid.*, p. 141.

a sus mismas bases biológicas, todos los seres humanos poseen habilidades similares que les capacitan, por ejemplo para andar, comer, etc., sin aplicar reglas intencionalmente que les ayuden a realizar tales acciones. Pero no todos los humanos comparten, sin embargo, las mismas capacidades o habilidades o el contexto cultural que les permitan adaptarse a las fiestas de sociedad u otros acontecimientos sociales, o comprender las distintas manifestaciones culturales.

Como apunta el profesor Rodríguez Prieto, hay muchos autores que han analizado este fenómeno, opinión que Searle comparte con él. Autores como Wittgenstein, Pierre Bourdieu, Hume o Nietzsche han abordado de alguna manera este tipo de fenómeno. No obstante, Searle no se ha preocupado de demostrar las similitudes entre los postulados que defienden estos autores y su propia concepción del trasfondo. Este hecho, sin embargo, ha favorecido que otros autores hayan examinado comparativamente la noción de trasfondo y conceptos como el *habitus*¹⁹, «world-picture», «formas de vida», «life-world» o «human world», «groundrules», etc.²⁰ para ver las similitudes o discrepancias que existen entre ellas. No es lugar éste para analizar todas las aportaciones que se han hecho al respecto. Simplemente, diré que coincido con Woodruff en que a pesar de la dificultad que entraña conciliar las distintas tradiciones filosóficas (continentales y analíticas), existe en todas ellas la idea común de que nuestra concepción del mundo y la manera en que nos relacionamos con él, está sustentada por un trasfondo de ideas o «groundrules» presente en todas las culturas (background local), y en la especie humana (background profundo).

III. EL PAPEL DE LA INTENCIONALIDAD COLECTIVA EN LOS PROCESOS POLÍTICOS Y SOCIALES

¿Cuál es la naturaleza de la realidad social, institucional o política? ¿cómo son posibles los hechos institucionales? ¿cuál es la estructura de estos hechos? ¿cómo es posible que exista una realidad objetiva como el dinero, la propiedad, el matrimonio, los gobiernos, el fútbol, etc., en un mundo que consiste exclusivamente en partículas físicas en campos de fuerza organizadas, en muchos casos, en sistemas?²¹ Desde la perspectiva searliana todas estas cuestiones adquieren una dignidad ontológica. Cuanto más profundiza en el análisis de la realidad social más se reduce la distancia entre un simple estado mental

¹⁹ MARCOULATOS, Iordanis, «John Searle and Pierre Bourdieu: Divergent Perspectives on Intentionality and Social Ontology», *Human Studies*, núm. 26, pp. 67-96, 2003.

²⁰ WOODRUFF SMITH, David, «Idee di sfondo» *Paradigma*, XVII, núm. 49, 7-37, 1999.

²¹ SEARLE, John R., 1997, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 22.

subjetivo y privado y la esfera pública donde confluyen las distintas intenciones, favoreciéndose así el paso del yo –intento al nosotros– intentamos propio de la intencionalidad colectiva. Este tránsito no supone la mera suma de intenciones individuales sino la emergencia de la intencionalidad o aceptación colectiva. Junto a la intencionalidad colectiva, Searle se sirve de otros dos elementos teóricos: la asignación de función y las reglas constitutivas.

En este apartado me centrare fundamentalmente en uno de los aspectos más controvertidos y criticados por diversos autores y por el profesor Rodríguez Prieto: la intencionalidad colectiva. Antes de entrar de lleno en las consideraciones y observaciones críticas de Rodríguez, presentaré muy brevemente la base conceptual donde se sitúa la noción de la intencionalidad colectiva.

3.1 Los elementos esenciales de la ontología social e institucional

Como puse de relieve en el apartado anterior, la ontología social searlina versa sobre el modo en que los hechos sociales existen y cómo esta realidad social se relaciona o encaja con el resto de cosas en el marco de una ontología general más amplia. Partiendo de este planteamiento, Searle imagina una línea continua que va de las moléculas y las montañas a los destornilladores, palancas, y posteriormente al derecho, el dinero y a los Estados (no existe dualidad, la realidad es un continuo sin ruptura). En un extremo de esta línea afilada encontramos los objetos de las ciencias naturales, mientras que en el otro se encuentra la esfera de los hechos institucionales cuya existencia se debe fundamentalmente al acuerdo y la aceptación humana. Los hechos brutos, aquellos rasgos intrínsecos del mundo, son independientes de los observadores, mientras que por el contrario, los hechos institucionales deben su existencia a la *intencionalidad colectiva* y son, por tanto, dependientes de los seres humanos. La asignación de una función a un hecho bruto y su aceptación colectiva se representa en la fórmula «X cuenta como Y en el contexto C», que expresa la forma básica de lo que Searle denomina regla constitutiva. La fórmula en sí no tiene importancia y permite jugar con otras variables a fin de comprender mejor su significado [«X (en el contexto) C se convierte en Y» o mejor aún, «X (en el contexto) C se le atribuye (colectivamente) el estatus de Y»] o Y tiene el sentido de Y.

Sobre las base de las distinciones que he examinado: entre objetivo/subjetivo-ontológico/epistemológico, entre rasgos del mundo independientes del observador y relativos al observador y, finalmente, entre hechos brutos y hechos institucionales, Searle nos muestra el camino para entender los fundamentos de la realidad social. Teniendo en cuenta estos presupuestos ontológicos, construye un marco teórico compuesto de tres elementos esenciales o, como él mismo las denomi-

na, «las piedras angulares de la realidad social»: la asignación de función, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas.

i) *Asignación de función*. La capacidad humana de asignar función es una característica de la intencionalidad ya sea individual o colectiva. Searle sostiene que la asignación de función a objetos y fenómenos crea hechos sociales.

ii) *Intencionalidad colectiva*. La asignación de función a un objeto o fenómeno previamente existente tiene la peculiaridad de que las características físicas de ese objeto no son suficientes por sí mismas para cumplir esa función, sino que es necesaria la intencionalidad colectiva. La intencionalidad colectiva es, a juicio de Searle, esencial para comprender los hechos sociales.

iii) *Reglas constitutivas*. En uno de sus primeros artículos titulado «How to derive “Ought” from “Is”» de 1964 y su libro *Speech Acts* de 1969, Searle introduce la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Las primeras se limitan a regular comportamientos o actividades ya existentes; las segundas, en cambio, no sólo regulan, sino que «crean la posibilidad misma de ciertas actividades»²². Las reglas constitutivas a la vez que constituyen los hechos institucionales, describen su estructura lógica según la fórmula «X cuenta como Y en el contexto C».

Partiendo del ensamblaje de estas tres nociones: la imposición de función de estatus a objetos y fenómenos, la intencionalidad colectiva y la distinción entre reglas constitutivas y regulativas, Searle se embarca en la empresa de construir su teoría de la realidad institucional. Por mi parte, me voy a centrar fundamentalmente sobre el concepto de la intencionalidad colectiva que es a la que más referencia ha hecho el profesor Rodríguez Prieto en su artículo, aunque sin duda mantiene una íntima relación con las demás.

3.2 Intencionalidad colectiva y aceptación colectiva

Estoy de acuerdo con el profesor Rodríguez Prieto cuando dice que la teoría política de John Searle se asienta en una visión individualista y reduccionista. En general creo que esta apreciación es acertada. No obstante, un aspecto que han resaltado muchos autores sobre la noción searliana de la intencionalidad colectiva, es que precisamente con ella rompe con el tradicional individualismo metodológico propio del autor, algo que considera una incongruencia en su pensamiento. En mi opinión, esta ruptura con el individualismo hace que la potencialidad de esta categoría (intencionalidad colectiva) para explicar muchos de los procesos colectivos sea muy interesante. Por

²² SEARLE, John R., 1997, *La Construcción...*, *op. cit.*, p. 45. RAWLS, John, «Two concepts of Rules» *Philosophical Review*, 64, 1955. ALARCÓN, Carlos, 2001, *Causalidad y Normatividad*, Sevilla: MAD, pp. 102 ss.

ello, la he analizado y abordado desde múltiples perspectivas teóricas en mi libro.

Parece evidente que existe una conducta intencional colectiva distinta de la acción individual, hecho que Searle ilustra apelando a los equipos de fútbol, las orquestas, etc. El problema se encuentra en la segunda parte de su intuición: la idea de que la acción colectiva no es analizable en términos de acción individual y que no es reducible a un conjunto de intenciones singulares. La razón que ofrece Searle para esclarecer por qué las intenciones colectivas no pueden ser reducidas a las intenciones individuales es que el conjunto de las intenciones individuales, aun añadiéndole las creencias mutuas, no sumaría lo que denomina el «nosotros-intentamos» («we-intend»). La intencionalidad colectiva implica un sentido de acción y la voluntad de hacer algo juntos.

Por otro lado, Searle mantiene que muchos filósofos de la mente reducen el fenómeno de la intencionalidad colectiva a un conjunto de intenciones individuales vinculadas entre sí por creencias mutuas²³. La propuesta de Searle, por el contrario, considera que esta reducción no puede funcionar ya que la intencionalidad colectiva es un fenómeno primitivo e innato. Searle reconoce que esta afirmación plantea múltiples problemas, entre ellos explicar cuál es la estructura de la «we-intentions». Pero antes de dilucidar cuál es esa estructura deberá enfrentarse a una cuestión previa que muchos de sus críticos le demandan: cómo reconciliar la existencia de la intencionalidad colectiva con el postulado de que la sociedad está formada enteramente por la suma de individuos. A ello responde Searle que cualquier cosa que digamos en torno a la intencionalidad colectiva debe satisfacer las siguientes condiciones:

i) Debe ser consistente con el hecho de que la sociedad está formada por individuos. Así, dado que las sociedades están constituidas por individuos, no puede existir una mente o consciencia colectiva que esté por encima de los individuos que la componen. La consciencia y la intencionalidad están en la mente de los individuos.

ii) Debe ser consistente con el hecho de que la estructura de la intencionalidad de los individuos debe ser independiente del hecho de si los éstos tienen visiones correctas o erróneas de la realidad. Esto es extensible a la intencionalidad colectiva²⁴.

²³ SEARLE, John R., «Collective Intentions and Actions» en COHEN, P., MORGAN, J., y POLLACK, M., (eds.), 1990, *Intentions and communication*. Cambridge MA: The MIT Press, 401-415.

²⁴ SEARLE, John R., «Collective Intentions and Actions», *op. cit.*, p. 407. GINER, Salvador, «Intenciones humanas, estructuras sociales: para una lógica situacional» en CRUZ, Manuel (coord.) 1997, *Acción Humana*, Barcelona: Ariel. pp. 23-25; NOGUERA, José A., «¿Quién teme al individualismo metodológico? Un análisis de sus implicaciones para la teoría social. en *Papers*, núm. 69, 2003, p. 107. MEIJERS, Anthony,

El primer criterio de satisfacción niega que los grupos por sí mismos puedan ser agentes intencionales y apela al individualismo, con lo cual sí tenemos una incoherencia en su argumentación y ratifica la opinión del profesor Rodríguez. El segundo criterio está motivado por el atomismo. De acuerdo con esta segunda condición, toda la intencionalidad, individual o colectiva, es independiente de una interpretación verdadera de la realidad, ya que es posible partir de un error radical. Ambas condiciones presuponen que las intenciones colectivas sólo existen en los estados mentales de los individuos. La posición se arliana se entenderá mejor con la siguiente distinción:

- i) Yo intento hacer *p* (intención individual).
- ii) Yo intento que *nosotros* hagamos *p* (intención colectiva débil).
- iii) *Nosotros* intentamos hacer *p* (intención colectiva fuerte).

La primera y segunda intención son intenciones individuales, ya que ambas parten de sujetos individuales. La segunda intención, sin embargo, es una intención colectiva débil porque tiene un sujeto singular en su contenido. Sólo la tercera intención tiene un sujeto plural y, por tanto, es una intención genuinamente colectiva²⁵. Normalmente estas intenciones son *compartidas*, es decir, otras personas podrían tener *we-intentions similares*, pero para Searle esto no es una condición necesaria para que la intención colectiva exista.

El hecho de que no sea necesario *compartir* las intenciones como condición para que exista la intencionalidad colectiva, ha sido criticado, como tendremos oportunidad de ver, por Margaret Gilbert, Raimo Tuomela y Bruno Celano, entre otros autores.

3.3 La intencionalidad colectiva en el debate actual

Al igual que el Profesor Rodríguez Prieto critica la intencionalidad o aceptación colectiva como el elemento esencial para la creación-construcción y/o deconstrucción de la realidad social y política, la mayoría de los estudios actuales sobre la intencionalidad colectiva ponen de relieve la inconsistencia del principio de la intencionalidad colectiva con el individualismo metodológico que propugna Searle y la pregunta inevitable que surge es la siguiente: ¿es la noción de la intencionalidad colectiva una noción individualista?²⁶ Del mismo modo, la concepción de la intencionalidad colectiva como fenómeno

«Can Collective Intentionality be Individualized», *The American Journal for Economics and Sociology*, núm. 62, 1, 2003, pp. 123-165, p. 173.

²⁵ MEIJERS, Anthony, «Can Collective Intentionality be Individualized», *op. cit.*, p. 175.

²⁶ SANTAMBROGIO, Marco, «Linguaggio e intencionalità collettiva» en DE LUCIA, Paolo, (ed.), *Potere deontico e regole costitutive*, Macerata: Quodlibert, p. 127.

neurofisiológico primitivo, el rechazo searliano de las creencias mutuas y de la necesidad de compartir las intenciones, así como la omisión del carácter normativo de la acción colectiva, etc., son algunos de los rasgos de esta categoría fundamental de la teoría de los hechos institucionales que más han sido examinados y discutidos por un amplio espectro de autores y escuelas²⁷. En este apartado se precisarán algunas ideas relacionadas con el postulado de la intencionalidad colectiva defendida por Searle y las cuestiones y propuestas que señalan otros autores sobre esta materia.

Apoyando las observaciones que hace Rodríguez Prieto a la visión searliana, para muchos autores, como veremos, la idea de que un colectivo o grupo de personas pueda ser portador de estados mentales intencionales como las creencias, los deseos o las intenciones es filosóficamente insostenible o difícilmente demostrable. La opinión que ha prevalecido en los círculos académicos es que la intencionalidad es un rasgo de los estados mentales individuales: la intención individual es la que guía nuestras acciones cotidianas, estructura nuestros deseos de múltiples maneras y facilita la acción coordinada con aquellos que están a nuestro lado. Esta acción coordinada con los otros, o acción cooperativa, es la que ha suscitado el interés por descubrir la naturaleza de las intenciones colectivas²⁸.

En relación con la práctica común de asignar estados intencionales a los grupos, muchos autores defienden que estas atribuciones son meras ficciones. Cuando decimos que «el Banco Central Europeo *cree* que sanear la economía implica subir los tipos de interés» o que «el gobierno español *intenta* controlar la inmigración subsahariana» no significa que el Banco Central Europeo posea una *creencia* de esta índole o que el gobierno español tenga un estado intencional de este tipo, sino que utilizamos estas expresiones como un recurso metafóric-

²⁷ HORNSBY, Jennifer, 1997, «Collectives and Intentionality» en *Philosophical and Phenomenological Research*, vol. LVII, núm. 2. CORSTEN, Michael, «Between Constructivism and Realism: Searle's Theory of the construction of Social Reality» en *Philosophy of Social Science*, vol. 28 núm. 1, 1998, marzo. CELANO, Bruno, «Collective Intentionality, Self-referentiality and false beliefs. Some issues concerning Institutional facts, en *Analyse and Kritik*, núm. 21, 1999. DE LUCIA, Paolo (ed.), 2003, *Ontología Sociale. Potere Deóntico e Regole Costitutive*, Macerata: Quodlibert, con el título de «Intentionalità collettiva, false credenze. Due aspetti problematici dell'ontologia sociales di J. R. Searle». KOEPEL, David y MOSS, Laurence, (eds.), 2003. *John Searle's ideas about Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford: Blackwell Publishers. FITZPATRICK, Dan, «Searle and Collective Intentionality. The Self-Defeating Nature of Internalism with respect to Social Facts». ZAIBERT, Leo A. «Collective Intentions and Collective Intentionality». MISCEVIC, Nenad. «Explaining Collective Intentionality»; MIEJERS, Anthonie W. M., «Can Collective Intentionality be individualized?»; TOUMELA, Raimo, «Collective Acceptance, Social Institutions and Social Reality». LAGERSPETZ, Eerik, IKÁHEIMO, Heikki y KOTKAVIRTA, Jussi, 2001, *On the Nature of Social and Institutional Reality*, Jyväskylä: University Printing House.

²⁸ ARRAZOLA ITURBE, José Xavier, 1998, *Acción colectiva: bases conceptuales y lógicas*, País Vasco: Universidad del País Vasco.

co. La atribución de estados intencionales a los grupos o entidades colectivas, aunque útiles en algunos casos, es estrictamente hablando, errónea. El rechazo de una explicación metafórica sobre los estados intencionales colectivos es extensivo a la asignación de estados intencionales a los grupos en base a la existencia de una mente o conciencia colectiva portadora de esos estados. No obstante, otros autores sostienen que esas atribuciones son verdaderas, no en virtud de una mente o conciencia colectiva, sino por el hecho de que los individuos en un grupo comparten ciertos estados intencionales. Estas intenciones conjuntas se entienden en términos de *suma* de intenciones individuales para realizar cualquier acción.

Sobre la base de los argumentos expuestos en los apartados anteriores, Searle y otros autores como Bratman²⁹ niegan que las intenciones individuales por sí solas expliquen la acción colectiva, y abogan que las acciones colectivas requieren intenciones conjuntas del tipo *we-intentions*. Una excepción a este planteamiento es la que defiende, entre otros, Seumas Miller³⁰. Este autor ha argumentado que la acción colectiva o conjunta podría entenderse en términos de *finés e intereses* comunes más que en términos de intenciones. Esta posición goza de gran aceptación y es una de las más plausibles en el ámbito de ciencias económicas y sociales.

Por su parte, Anthony Quinton argumenta en su trabajo titulado «Social Objects»³¹ que las atribuciones de creencias, deseos o intenciones a los colectivos son una manera esquemática de referirse al hecho de que la mayoría de los miembros de un grupo o colectivo tienen una disposición común (o contenido intencional). Todas estas explicaciones han sido etiquetadas por Margaret Gilbert³² como reduccionistas porque intentan analizar las actitudes o disposiciones de los grupos y colectivos en términos de suma de las actitudes individuales que comparten un mismo contenido.

Michael Bratman³³, al igual que Searle, subraya la inadecuación de la explicación reduccionista de las intenciones colectivas basadas en la mera suma de las intenciones individuales. Afirma que las intenciones, individuales o colectivas, juegan un papel importante en la planificación y coordinación de las actividades humanas. Por ello, el modelo reduccionista, sea simple o complejo, no puede ser una explicación adecuada sobre la naturaleza de la intencionalidad colectiva. Bratman

²⁹ Vid. BRATMAN, Michael, 1987, *Intentions, Plans and Practical Reasons*, Cambridge, MA: Harvard University Press, y BRATMAN, Michael, «Shared Intention» en *Ethics*, núm. 104, 1979, pp. 97-113.

³⁰ MILLER, Seuma, 2001, *Social Action: A Teleological Account*, Port Chester, New York: Cambridge University Press, pp. 181 ss.

³¹ QUINTON, Anthony, «Social Objects» en *Proceeding of the Aristotelian Society*, núm. 75, pp. 67-87, 1975.

³² GILBERT, Margaret, 1989, *On Social Facts*, New York: Routledge.

³³ BRATMAN, Michael, 1999, *Faces of Intentions*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, p. 111.

proporciona una justificación de la intención colectiva en términos de intención de los participantes individuales y su interrelación y para ello utiliza el término de «intenciones compartidas». Su análisis provee una reconstrucción racional de lo que sería para dos personas intentar hacer algo conjuntamente. Siguiendo esta línea, comienza su discusión sobre la intención colectiva identificando el papel que juegan las intenciones colectivas o compartidas a la hora de ejecutar una acción conjunta. En primer lugar, sostiene que las intenciones compartidas ayudan a coordinar las acciones intencionales. En segundo lugar, mantiene que la intención compartida coordinará nuestras acciones asegurando que no existan conflictos entre nuestros planes y acciones. Por último, afirma que las intenciones compartidas actúan como telón de fondo de las negociaciones en caso de conflicto.

Tanto a Bratman como a Searle se les acusa de ignorar la dimensión normativa de la intención colectiva. Para ambos, las actitudes cognitivas y las intenciones compartidas son suficientes para explicar la acción colectiva. Aunque Bratman admite que ciertas actividades compartidas pueden implicar obligaciones, acentúa que es posible compartir la intención de actuar conjuntamente sin que medien promesas u obligaciones. No obstante, en un intento de incluir esta dimensión normativa, Bratman decide proponer una distinción débil y fuerte de las intenciones compartidas. La versión fuerte implica el acuerdo obligatorio. Esta normatividad inherente de un acuerdo obligatorio, sin embargo, se explica en términos de principios morales adicionales similares a los «principios de fidelidad» que postula Scalón³⁴.

Otro de los autores que más ha participado en el debate sobre la noción searlina de intencionalidad colectiva es Raimo Tuomela. Una de sus objeciones es que se necesita más de una clase de *we-attitude* (entre las que está la intención colectiva) para dar cuenta de la naturaleza de las instituciones sociales, entre las que incluye, por ejemplo, las creencias mutuas o el conocimiento común; el acuerdo o aceptación colectiva y las expectativas compartidas. Tuomela sostiene que Searle no distingue claramente entre los distintos tipos de intencionalidad colectiva y que se centra exclusivamente en la noción de nosotros-intentamos sin explicar el papel que ésta juega en la creación y el mantenimiento de las instituciones³⁵. En su obra *The Importance of Us. A Philosophical Study of Basic Social Norms*, como en sus anteriores trabajos sobre la teoría de la acción, Tuomela tiene como objetivo esencial encontrar un concepto de intención como herramienta explicativa de nuestras acciones conjuntas. Las intenciones no son simplemente estados mentales al igual que las creencias y deseos, sino que ellas representan compromisos para acción (*commitments to*

³⁴ SCALÓN, T., 1998, *What We Owe to Each Other*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

³⁵ TUOMELA, Raimo, 2002, *The philosophy of social practices: a collective acceptance view*, Port Chester. New York: Cambridge University Press, p. 186.

action)³⁶. La visión de Tuomela parece coincidir con la idea general de Aristóteles –subscrita por Hobbes y Hegel– de que la intención es la conclusión o el fin de un proceso de deliberación³⁷.

Al igual que muchos otros filósofos finlandeses, Tuomela sigue la estela de G. H. von Wright. Este autor analiza la naturaleza de la relación entre las intenciones y las acciones humanas en su obra *Explanation and Understanding*³⁸. Como explica González Lagier a propósito del análisis de Von Wright, «si esta relación es causal, la explicación de las acciones ha de seguir el patrón de las explicaciones causales que se realizan de los sucesos de la naturaleza; si no es causal, el modelo de explicación de las acciones ha de ser distinto. Von Wright argumenta que la relación entre acción e intención es *conceptual*, y que al igual que el modelo de explicación “nomológico-deductivo” es el más característico de las ciencias de la naturaleza, el silogismo práctico es el modelo de explicación característico de las ciencias humanas»³⁹. Las razones prácticas que conducen a las acciones intencionales individuales se podría expresar de la siguiente manera:

- i. Quiero causar P.
- ii. Creo que no puedo dar lugar a P a menos que haga Y.
- iii. Por consiguiente, hago Y.

El argumento práctico de Von Wright ha jugado un papel central en la discusión contemporánea sobre la acción. No obstante, Tuomela considera que uno de los principales defectos de este modelo es que no explica las acciones que se realizan conjunta o colectivamente. Somos conscientes de que en muchas ocasiones los individuos persiguen sus objetivos colectivamente o *en tandem*. Tuomela pretende superar esta limitación del esquema de Von Wright transformándolo para explicar la acción colectiva de la siguiente manera:

- i. Nos proponemos causar P.
- ii. Creemos que no podemos dar lugar a P a menos que hagamos Y.
- iii. Por consiguiente, hagamos Y.

³⁶ TUOMELA, Raimo, 1995, *The Importance of Us. Philosophical Study of Basic Social Norms*, Stanford: Stanford University Press, p. 53.

³⁷ Sobre este tema véase LAGERSPETZ, Eerik, «Hegel and Hobbes on Institutions and Collective Actions». En *Ratio Juris*, vol. 17 June, 2004, pp. 227-40.

³⁸ VON WRIGHT, G. H., 1971, *Explanation and understanding*, Ithaca: New York: Cornell University Press. Traducido al castellano por Luis Vega, *Explicación y comprensión*, Madrid: Alianza, 1987. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, 1995, *Acción y norma en Von Wright*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Buenas razones, malas intenciones» en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, p. 644. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, 2001, *Paradojas de la acción. Acción humana, filosofía y derecho*. San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante.

³⁹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Georg Henrik Von Wright» en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, p. 26.

Cualquier tipo de explicación de las razones prácticas de la acción colectiva está relacionada con las acciones de los miembros individuales que conforman un grupo social humano. En opinión de Tuomela, basándose en los principios del individualismo metodológico, las nociones colectivistas deben analizarse en términos de actitudes, acciones e interacciones con otros miembros dentro de los colectivos. Como vimos anteriormente, cotidianamente utilizamos expresiones que contienen referencias explícitas a entidades colectivas, actitudes y acciones, y esas expresiones no son meramente metafóricas. A primera vista, resulta natural oír que esos grupos, organizaciones e instituciones (como el estado) hacen cosas. En este orden de ideas, Lagerspetz considera que la innovación conceptual más importante de la obra de Tuomela *The Importance of Us...*, es la idea de un nivel intermedio de descripciones entre el micronivel y el macronivel. Estas descripciones del nivel medio descansan entre el micronivel, donde se incluyen las descripciones de las actitudes y acciones individuales y las de macronivel que se corresponderían con los grupos y las acciones de estos grupos.

Gilbert y Meijers sostienen que las relaciones normativas son una parte esencial de las intenciones colectivas. En este sentido, examinan la estructura normativa que envuelve las acciones cotidianas compartidas con otros, como el dar un paseo junto a otra persona⁴⁰. Desde su punto de vista, este tipo de acciones son paradigmáticas del fenómeno social. Muestran que las obligaciones representan una parte de la actividad de «pasear juntos» y no se pueden entender meramente en términos de interés personal. Implica, además, derechos. Si uno de los paseantes va demasiado deprimido, por ejemplo, los otros tienen el derecho de reprochárselo por no cumplir con sus obligaciones. Este aspecto normativo no se puede entender apelando simplemente a la intencionalidad individual suplementada con el conocimiento mutuo o común de los participantes, necesita, en palabras de Meijers y de acuerdo con Gilbert, una explicación diferente. En su trabajo «Social Rules as Plural Subject Phenomena»⁴¹, Gilbert pretende ir más allá que Herbert Hart en su explicación de las normas sociales y ofrecer una alternativa con vocación de superar los límites de la teoría hartiana, aunque permaneciendo afín a ella. Para ello, utiliza dos nociones «joint commitments» y «plural subject». Con respecto a la primera de ellas, define el «compromiso conjunto» como el compromiso de ciertas partes a hacer algo como un *cuerpo*. Con la noción de «sujeto

⁴⁰ GILBERT, Margaret, 1990, «Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon» reprinted en 1996, *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*. London: Rowman and Littlefield; MEIJERS, Anthony, «Can Collective Intentionality be Individualized?», *op. cit.*, p. 176.

⁴¹ GILBERT, Margaret, «Social Rules as Plural Subject Phenomena» en LAGERSPETZ, Eerik *et al.*, 2001, *On the Nature of Social and Institutional Reality*, *op. cit.*, pp. 39-69.

plural» se refiere a aquellos que están comprometidos en hacer algo como un todo. Su modelo explicativo es holista y lo expresa de la siguiente manera:

Existe un *regla social* si y sólo si los miembros de una población *P* conjuntamente aceptan una exigencia con la siguiente forma: los miembros de *P* harán *A* en *C*. (No es necesario conocer siempre las razones para hacer algo)⁴².

Por su parte, siguiendo esta la misma línea de investigación que Gilbert, en su artículo «Hegel and Hobbes on Institutions and Collective actions»⁴³, Lagerspetz realiza un breve análisis de la teoría de la sociedad de Hegel y Hobbes para relacionarlo posteriormente con la teoría contemporánea de las instituciones y la acción colectiva. Lagerspetz sostiene que normalmente decimos que los colectivos –él pone como ejemplo la Universidad– realizan acciones. Incluso pensamos que pueden ser responsables de la mala gestión o de los errores que comenten⁴⁴. Sin embargo, los grupos o colectivos no pueden realizar acciones básicas⁴⁵, es decir, movimientos corporales. Cualquier tipo de acción tiene como base algún movimiento corporal. La acción de tomar una decisión implica necesariamente otras acciones como por ejemplo en el caso de una votación. La acción de votar está constituida por otras acciones como levantar las manos, decir sí o no, escribir en una papeleta en blanco algo o simplemente introducirla en una urna. En última instancia, siempre encontraremos una acción básica o lo que es lo mismo, un movimiento corporal realizado por un individuo.

Tampoco resulta válida cualquier acción. Sólo las acciones de determinados miembros de la Universidad, realizadas en determinados contextos, cuentan como acciones *legítimas* de la Universidad o de sus unidades administrativas. Si un miembro vota en el Consejo de Departamento de la Facultad, ese acto, junto con los actos realizados por los demás miembros del Departamento, constituye una acción realizada por la Facultad como entidad colectiva. En cambio, si un miembro roba alguna propiedad de la Universidad no se le puede imputar ese delito a la Facultad o el Consejo del Departamento. Este hecho se debe a la existencia de reglas constitutivas y convenciones –la constitución de la Facultad y sus Departamentos– que especifican qué acciones individuales, realizadas en determinados contextos, cuentan como

⁴² GILBERT, Margaret, «Social Rules as Plural Subject Phenomena», *op. cit.*, p. 55 ss.

⁴³ LAGERSPETZ, Eerik, «Hegel and Hobbes on Institutions and Collective actions», *op. cit.*

⁴⁴ CORLET, Angelo J. «Collective Moral Responsibility» en *Journal of Social Philosophy*, vol. 32, núm., 4, Winter 2001.

⁴⁵ DANTO, Arturo C., «Basic Actions», en WHITE, A. R. 1968, (ed.) *The Philosophy of Action*, Oxford: Oxford University Press.

acciones de la Facultad. Lagerspetz resume la relación recíproca entre individuos y los actores colectivos de la siguiente manera: (i) las personas naturales (individuos) no pueden constituirse en actor colectivo a menos que existan reglas y prácticas que las constituyan, (ii) un actor colectivo no puede desear y actuar a menos que existan personas que realicen los *actos básicos* de acuerdo con las reglas y prácticas constituidas⁴⁶.

Según Tuomela, lo que hace posible las acciones colectivas, entre ellas la firma de un tratado, es la existencia de un *sistema de autoridad*⁴⁷ que, en palabras de Lagerspetz, establece una división política del trabajo dentro del colectivo. Un aspecto de especial relevancia es que los miembros deben *aceptar* este sistema de autoridad, elegir sus representantes y actuar coherentemente con las reglas establecidas por él. Esta aceptación es recíproca y está basada en las *creencias mutuas* (el conocimiento común) del grupo. La existencia de reglas que gobiernan las conductas de unos y otros es fundamental en este modelo explicativo de la intencionalidad colectiva. A juicio de Lagerspetz la posición de Tuomela no está muy alejada de las teorías contractualistas y se puede considerar que la presuposición de una autoridad está igualmente presente en Hegel y Hobbes⁴⁸.

Igualmente, existen tesis discrepantes acerca de que la *aceptación* y las *creencias* sean condiciones *sine quoniam* de la existencia de un hecho institucional. En esta línea, María Cristina Redondo argumenta que las tesis epistemológicas y ontológicas que ofrece Searle en su teoría de la realidad social e institucional, basadas en la intencionalidad colectiva, proporcionan principios fundamentales para explicar el carácter práctico del derecho y suponen a su vez un sustento de ciertas visiones del positivismo jurídico de origen hartiano sobre la aceptación de las normas sociales⁴⁹. Recordemos que Searle sostiene que el acuerdo o aceptación colectiva es fruto de la intencionalidad colectiva, es decir, «un sentido de hacer (desear, creer, etc.), algo juntos» irreducible a la intencionalidad individual. Searle considera que la idea de *hacer algo juntos* basándose en las *creencias* como defienden muchos autores, está abocada al fracaso⁵⁰.

En este mismo orden de ideas, Redondo considera esencial la necesidad de distinguir con precisión las nociones de *creencia* y *aceptación*, y para ello acude a la reconstrucción que propone Jonathan Cohen de estos conceptos. En opinión de este autor, «creer un contenido *p*, por ejemplo, “es una disposición a sentir que *p* es verdadera”. Por el contrario, aceptar el contenido de *p* es tener o adoptar una política de

⁴⁶ LAGERSPETZ, Eerik, «Hegel and Hobbes on...», *op. cit.*, p. 234.

⁴⁷ TUOMELA, Raimo, 1995, *The Importance of Us...*, *op. cit.*

⁴⁸ LAGERSPETZ, Eerik, «Hegel y Hobbes on...», *op. cit.*, p. 235.

⁴⁹ REDONDO, M.^a Cristina, «On Normativity in Legal Context» en LAGERSPETZ, Eerik, *et al.*, 2001, *On the Nature of Social and Institutional Reality*, *op. cit.*, pp. 175-192.

⁵⁰ SEARLE, John R., 1997, *La construcción*, *op. cit.*, p. 42.

tomar *p* como una premisa. Esto es, estar de acuerdo con *p*, en alguno o en todos los contextos, sobre la base de pruebas y argumentaciones. La noción de aceptación se refiere a un acto mental intencional (o a su resultado), compatible con no asentir o sentir que *p* es verdadera»⁵¹. Para Redondo esto marca una diferencia relevante entre el estado mental de la creencia y el que resulta de la aceptación. Entiende que la aceptación implica un acto interno de decisión, por tanto, es siempre voluntaria; «Acepta es algo que el agente hace y de lo cual es responsable», por el contrario, las creencias son involuntarias, ya que según Cohen no se puede decidir creer. Este hecho muestra el carácter pasivo de las creencias frente al carácter dinámico de la aceptación⁵².

En el caso de un agente colectivo como podría ser una sociedad o grupo relevante, «la aceptación de *p* implica que el agente admite *p*». Esta aceptación sería el resultado de un acto intencional del agente colectivo en el que se adquiere un compromiso respecto de un contenido significativo, aun cuando no se crea en su verdad⁵³. Esta perspectiva está en consonancia con la posición que mantiene Searle frente a la creación y mantenimiento de las instituciones sociales y es coherente con su visión de que la estructura de la intencionalidad colectiva es independiente de la interpretación correcta o errónea de la realidad, o que la existencia de los hechos institucionales es compatible con la falsa creencia⁵⁴. En relación con la aceptación colectiva de las reglas o normas sociales e institucionales, Redondo considera que delimitar con precisión el concepto de aceptación es imprescindible para responder la pregunta empírica acerca de qué tipo de actitud frente a las normas caracteriza a los participantes de un sistema jurídico en vigor.

Por su parte Ota Weinberger, con su artículo «Democracy and Theory of Institutions»⁵⁵ contribuye a la discusión sobre la intencionalidad colectiva y su relación con el debate sobre la naturaleza de la democracia. La intencionalidad colectiva, y nociones afines como la aceptación colectiva o el compromiso conjunto, están vinculadas (histórica y teóricamente) con la idea de la «voluntad general» o «voluntad de los pueblos». Weinberger defiende que la «voluntad general» debe-

⁵¹ COHEN, L. Jonathan, «Belief and Acceptance» en *Mind* núm. 98, 1989, pp. 368; y REDONDO, M.^a Cristina, 1996, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 183.

⁵² REDONDO, M.^a Cristina, 1996, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, op. cit., p. 184 ss.

⁵³ REDONDO, M.^a Cristina, 1996, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* op. cit., p. 190. RADFORD, Colin, «Belief, Acceptance and Knowledge» en *Mind*, núm. 99, 1999, p. 610.

⁵⁴ CELANO, Bruno, «Collective Intentionality, Self-referentiality and false beliefs. Some issues concerning Institutional facts», en *Analyse and Kritik*, núm. 21, 1999 e «Intentionalità collettiva, false credenze. Due aspetti problematici dell'ontologia sociale di J. R. Searle» en DE LUCIA, Paolo (ed.), 2003, *Ontología Sociale. Potere Deontico e Regole Costitutive*, Macerata: Quodlibert, pp. 71-98.

⁵⁵ WEINBERGER, Ota, «Democracy and Theory of Institutions» en LAGERSPETZ, Eerik, et al., 2001, *On the Nature of Social and Institutional Reality*, op. cit., pp. 215-231.

ría comprenderse en términos de procesos institucionales colectivamente aceptados por una comunidad. Decir que *X* representa la voluntad del pueblo es afirmar que algunos procedimientos en comunidades relevantes son generalmente aceptados como obligaciones o prohibiciones y que han concluido en la prescripción *X*. A juicio de Weinberger, no todos los procedimientos acaban en prescripciones afines con los ideales democráticos. Esta es la razón por la que encuentra la teoría de la democracia de Jürgen Habermas insatisfactoria. En su opinión, Habermas se centra en el consenso como un medio a través del cual se forma la voluntad colectiva (la intencionalidad colectiva). Pero este consenso, de acuerdo con Weinberger, no garantiza la validez moral, la verdad e incluso la justicia en los Estados democráticos de derecho. Weinberger distingue su visión de la democracia discursiva de la de Habermas enfatizando que es esencial para la vida democrática que los procesos discursivos o de deliberación se lleven a cabo en distintas esferas de la sociedad, más que en un nivel idealizado⁵⁶.

La revisión de este debate nos devuelve al planteamiento que el profesor Rodríguez Prieto desarrolla en la última parte de su trabajo. A veces es muy difícil apoyar teorías como la de la intencionalidad colectiva o la acción colectiva, con acontecimientos sociales, culturales o políticos tan complejos como la caída de la antigua URSS o el cambio político en Sudáfrica, o incluso la dictadura de Franco. La casuística nos puede llevar a hacer análisis reduccionistas, parciales o interesados de episodios históricos. Pero sin duda la aceptación colectiva de una situación determinada, aunque sea bajo la amenaza de la violencia del Estado, es la que permite que un funcione la sociedad. No obstante, el protagonismo de los colectivos en los cambios políticos es indudable. Pueden ser procesos largos e incluso concluyen de muerte natural, como dice Rodríguez Prieto refiriéndose a la dictadura española. En este caso, entiendo que el aparato represor del Estado y la aceptación de los estatus establecidos por parte de una proporción importante de la población española, propiciaron un régimen tan largo, aunque influyeron también otros factores.

IV. MAKING THE SOCIAL WORLD: UNA REVISIÓN

Con su nuevo libro, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*⁵⁷, Searle pretende responder a todas las críticas que se le ha venido haciendo a lo largo de los últimos años y muchas de ellas en la misma línea de las planteadas por el profesor Rodríguez.

⁵⁶ WEINBERGER, Ota, «Democracy and Theory of Institutions» en LAGERSPETZ, Eirik, *et al.*, 2001, *On the Nature of Social and Institutional Reality*, *op. cit.*, p. 226.

⁵⁷ SEARLE, John 2009, «Making the Social World. The Structure of Human Civilization». Oxford: Oxford University Press.

Aunque ciertamente Searle no desestima la estructura lógica aplicada al análisis de la realidad social y política contenida en su *Construcción de la realidad social*, reelabora nociones fundamentales como los hechos institucionales, las funciones de estatus y la intencionalidad colectiva. En esta obra recoge las sugerencias y aportaciones de muchos autores que han reflexionado y profundizado sobre todo en el concepto de intencionalidad colectiva.

Pero atendiendo las observaciones del Profesor Rodríguez Prieto, resumo la tesis que defiende Searle en relación al poder político antes de volver a sus objeciones: la realidad política y, por extensión, todo poder político es fruto del reconocimiento y aceptación colectiva de las funciones de estatus, cuyos poderes deónticos, constituidos simbólicamente o lingüísticamente, representan razones para actuar independientemente del deseo.

Aunque comparto muchas de las críticas que le realiza el profesor Rodríguez Prieto a la ontología política de Searle, creo que algunos aspectos de la teoría searliana aportan una perspectiva interesante que puede llevarnos a consideraciones importantes, tanto para las ciencias sociales como jurídicas. En general, considero que Searle deja muchas cuestiones sobre la realidad política simplemente enunciadas y sin responder: la legitimación del sistema político, la distinción entre poder y autoridad, la paradoja gobierno-violencia, el cambio social y político, etc. Pero sí ha esbozado algunas líneas elementales al respecto que espero estén desarrolladas en su nuevo libro. En relación con la legitimidad de la autoridad entiende que sólo la legitimidad legal-racional de un sistema político es *racionalmente* aceptable. En su opinión, Rawls es quien mejor representa esta posición teórica en la actualidad. Sobre la base de la propia tesis searliana, podemos decir que la justificación y legitimación de cualquier sistema político reside en la aceptación y el reconocimiento de las funciones de estatus establecidas por parte de los miembros que conforman la comunidad política. Aceptar y reconocer la legitimidad de la autoridad política significa aceptar el sistema de funciones de estatus que lo sustenta y con ello los poderes deónticos y, por otro lado, asumir, como *razones* independientes de nuestros deseos las directrices que emanan de las instituciones políticas: el hecho de reconocer la validez o la aceptación de una función de estatus, o de reconocer simplemente su existencia, da al agente una razón para actuar independiente del deseo.

Estoy de acuerdo con Oppenheim y Rodríguez Prieto en sus apreciaciones críticas sobre el idealismo que manifiesta Searle cuando se refiere a las democracias liberales. Para él, en la sociedades democráticas contemporáneas, el sistema de funciones de estatus que constituye el gobierno legítimo ha sido capaz de ejercitar el control a través de los poderes deónticos sobre el sistema de función de estatus que constituyen los ejércitos y las fuerzas policiales. Este optimismo searliano acerca de que el control del poder es político y no se debe al poder físico es, a nuestro juicio, infundado en muchos casos.

En la actualidad la legitimidad y el poder de las democracias estatales en la toma de decisiones que afectan a sus vidas es muy limitada. Searle basa su análisis sobre la teoría moderna del estado democrático liberal que presupone la idea de una comunidad que se gobierna directamente a sí misma y determina su futuro a través de la aceptación colectiva de sus funciones de estatus. Bien, pues esta idea está siendo cuestionada, sobretodo, por la naturaleza de las interconexiones globales y regionales y los nuevos problemas que afrontan los estados. Las comunidades nacionales no programan de manera exclusiva sus acciones, decisiones y políticas de sus gobiernos.⁵⁸ El significado de la democracia, el modelo de autonomía democrática y la soberanía del pueblo, deben ser replanteados en relación con el solapamiento de una serie de procesos y estructuras locales, regionales y mundiales que escapan al control de los gobiernos estatales particulares. Este proceso afecta al poder de la acción colectiva y las funciones de estatus que en principio se deberían mantener por aceptación pasa a aceptarse por resignación. No obstante, existe una respuesta a este nuevo escenario, son los movimientos sociales globales que a través de las nuevas redes sociales y culturales a nivel mundial son capaces de manifestar su desacuerdo y realizar acciones de protesta y reivindicación sobre los problemas que pueden afectar a toda la humanidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos, 2000, *Lecciones de Lógica Jurídica*, Sevilla: MAD.
- (1993), *Normas y paradojas*. Madrid: Tecnos.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. 1958 «On Brute facts», *Analysis*, 18:2, 22-25.
- ARRAZOLA ITURBE, José Xavier, 1998, *Acción colectiva: bases conceptuales y lógicas*, País Vasco: Universidad del País Vasco.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel Y RUIZ MANERO, Juan L., 1996, *Las Piezas del Derecho. Teorías de los enunciados jurídicos*, Madrid: Ariel Derecho.
- BOURDIEU, Pierre, 1991 *El sentido Práctico*. Madrid: Taurus.
- BRATMAN, Michael, 1987, *Intentions, Plans and Practical Reasons*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- «Shared Intention» en *Ethics*, núm. 104, 1979, pp. 97-113.
- (1999), *Faces of Intentions*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- CELANO, Bruno, 1990. *Dover essere e intenzionalità*. Torino: Ed. Giappichelli Editore .
- «Collective Intentionality, Self-referentiality and false beliefs. Some issues concerning Institutional facts, en *Analyse and Kritik*, núm. 21, 1999.

⁵⁸ HELD, David, 2007, *Modelos de Democracia*, Madrid Alianza Editorial.

- «Fatti istituzionali e fatti convenzionali» en DI FRANCESCO, M., MARCONI, D., PARRINI, P. (a cura di), 1998, *Filosofia analitica 1996-1998. Prospettive teoriche e revisioni storiografiche*, Milan: Guerini e Associati.
- COHEN, L. Jonathan. «Belief and Acceptance» en *Mind* núm. 98, 1989.
- COHEN, P, MORGAN, J., y POLLACK, M. E. (eds.), 1990, *Intentions in Communications*, Cambridge, MA: Bradford Books, MIT Press.
- COMANDUCCI, Paolo, «Kelsen vs Searle: A Tale of Two Constructivists» en *Analisi e diritto*, 1999, pp. 101-115.
- CORLETT, Angelo, J. «Collective Moral Responsibility» en *Journal of Social Philosophy*, vol. 32, núm. 4, Winter 2001.
- DANTO, Arturo C., «Basic Actions», en WHITE, A. R. 1968, (ed.), *The Philosophy of Action*, Oxford: Oxford University Press.
- DI LUCIA, Paolo (ed.), 2003, *Ontologia Sociale, Potere deontico e regole costitutive*, Macerata: Quodlibert.
- FOUCAULT, Michael, 1999, *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- GIDDENS, Anthony, 1995. *La constitución de la sociedad: las bases para la teoría de la estructuración*. Buenos Aires: Amorrortu.
- GILBERT, Margaret, «Remarks on collective belief» en SCMITT, Frederick, (ed.), 1994, *Socializing Epistemology*, Meryland: Rowman & Littlefield.
- (1989), *On Social Facts*, New York: Reutledge.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Buenas razones, malas intenciones» en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003.
- «Georg Henrik Von Wright» en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003 .
- (1995), *Acción y norma en G. H. von Wright*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- HELD, DAVID, 2007, *Modelos de Democracia*, Madrid: Alianza Editorial.
- LAGERSPETZ, Eerik, 1995, *An Essay on the Conventional Theory of Institutions*. Dtrecht, Kluwer.
- (1999), «John Searle's Social Ontology» *Analyse & Kritik*, núm. 21.
- «Hegel and Hobbes on Institutions and Collective Actions». En *Ratio Juris*, vol. 17 June, 2004, pp. 227-40.
- IKÁHEIMO, Heikki y KOTKAVIRTA, Jussi, 2001, *On the Nature of Social and Institutional Reality*, Jyväskylä: University Printing House.
- LORINI, Giuseppe, 2000, *Dimensioni Giuridiche Dell'Istituzionale*, Padova: CEDAM.
- MARCOULATOS, Iordanis, «John Searle and Pierre Bourdieu: Divergent Perspectives on Intentionality and Social Ontology», *Human Studies*, núm. 26, pp. 67-96, 2003.
- MEIJERS, Anthonie, 1994, *Speech Acts. Communications and Collective Intentionality. Beyond Searle's individualism*. Leiden: Rijksuniversiteit.
- «Can collective intentionality be individualized» *The American Journal for Economics and Sociology*, núm. 62, 1, 2003, pp. 123-165.
- NOGUERA, José A., «¿Quién teme al individualismo metodológico?» en *Papers*, núm. 69, 2003. pp. 116-177.
- OPPENHEIM, Félix E., 1987, *Conceptos políticos. Una reconstrucción*. Madrid: Tecnos.
- «Potere bruto e potere deontico» Una risposta a Searle, en DI LUCIA, Paolo, (ed.) 2003, *Ontologia Sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata: Quodlibert.

- QUINTON, Anthony, «Social objects», en *Proceeding of the Aristotelian Society*, núm. 75, 1975, pp. 67-87.
- RAWLS, John, 1972, *A theory of justice*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, traducido al castellano RAWLS, John, 1991, *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- REDONDO, M. Cristina, «Normativity in legal context. An institutional analysis» in *Analisi e Diritto*, 1999.
- SCALON, T., 1998, *What We Owe to Each Other*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- SEARLE, John, R., 1983, *Intentionality: An essay in the philosophy of mind*, N.Y., Cambridge: Cambridge University Press. Traducido al castellano por E. Ujadón Benítez. SEARLE, John, R., 1992, *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*. Madrid: Tecnos.
- «Collective intentions and actions» in COHEN, P., MORGAN, J., y POLLACK, M., (eds.), 1990, *Intentions and communication*. Cambridge MA: The MIT Press, 401-415.
- (1995), *The construction of social reality*, New York Free Press. Traducido al castellano por Antoni Doménech, SEARLE, John, R., 1997, *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- «Ontologia sociale e potere politico» en DI LUCIA, Paolo (ed.), 2003, *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*. Macerata: Quodlibet, pp. 27-44.
- (2004), *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*. Barcelona: Paidós.
- (2009), *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press.
- TUOMELA, Raimo, «Collective acceptance, social institutions and social reality». En *American Journal of Economics and Sociology*, 62:1, 2003, pp. 123-165.
- «Searle on social Institutions» en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LVII, núm. 2, Junio, 1997.
- TUOMELA, Raimo y MILLER, K., «We-Intentions» *Philosophical Studies*, vol. 53, 1988, pp. 367-389.
- TUOMELA, Raimo, 1995, *The importance of us. Philosophical study of basic social norms*, Stanford: Stanford University Press.
- «Intención conjunta y colectiva» en *Contrastes*, suplemento 6, 2001, pp. 105-150 (número monográfico titulado «Filosofía actual de la mente»).
- VROMEN, Jack y LACHMANN, Ludwig M., «Collective intentionality, evolutionary biology and social reality» en *Third Workshop in Collective Intentionality*, Rotterdam, 2002.
- WEINBERGER, Ota, «Democracy and theory of institutions» en Lagerspetz, Eerik, *et al.*, 2001, *On the nature of social and institutional reality*, Jyväskylä: University Printing House.
- WOODRUFF SMITH, David, «Idee di sfondo» *Paradigma*, XVII, núm. 49, 7-37, 1999.
- WRIGHT, G. H. von, *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- (1997), *Normas, verdad y lógica*, México: Fontamara.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BERNUZ BENEITEZ, María José (coord.): *El cine y los derechos de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 210 pp.

SAN MARTÍN SEGURA, David y SUSÍN BETRÁN, Raúl (coords.): *Derecho y política en la sociedad del riesgo. Ocho propuestas de cine*, Logroño, Universidad de La Rioja, 2009, 183 pp.

Dos libros de cine. En las últimas décadas, se han multiplicado en el ámbito académico de la filosofía jurídica de habla hispana las iniciativas relacionadas con los estudios de cine y derecho, que ya gozaban de cierta tradición en el mundo anglosajón. Buena prueba de ello puede ser el espacio que se le dedicó a la cuestión en las últimas Jornadas de la Asociación de Filosofía Jurídica, celebradas en la Universidad de La Rioja, en las que Benjamín Rivaya hizo un recorrido por las distintas iniciativas aparecidas (seminarios, publicaciones, etc.) y reflexionó públicamente sobre el cine como instrumento para la didáctica de las disciplinas filosófico-jurídicas. La publicación de los dos libros a los que vamos a hacer referencia es un paso más en esa dinámica.

Simplificando un poco las cosas, podríamos decir que para el jurista la relación entre el cine y el derecho puede ser analizada desde dos puntos de vista: la primera es aquella en la que el cine se convierte en objeto de regulación jurídica (cómo trata el derecho el fenómeno cinematográfico) mientras que la segunda es aquella en la que el derecho se convierte en objeto de reflexión cinematográfica (cómo percibe o trata el cine el fenómeno jurídico). Evidentemente, esta segunda es la cuestión que más preocupa a la reflexión sociológica y filosófico-jurídica. Pero incluso desde ese segundo punto de vista, podemos diferenciar a la vez dos formas distintas de abordar la relación entre cine y derecho; o de hacerlo, podríamos decir, con diferente intensidad. Por un lado, hay estudios cuyo objeto es precisamente analizar el reflejo y la proyección que el cine hace del derecho, toda vez que, como se sabe, las películas –como la literatura en general– no sólo son *reflejo* de la realidad, sino que contribuyen a producir o reproducir esa misma realidad. Y de ahí que si queremos conocer lo que es el derecho, debamos acudir no sólo a las fuentes de su conocimiento científico-técnico, sino también a los modos populares de conocimiento y producción jurídica. Esta idea está presente de

forma implícita y explícita en los dos volúmenes a los que nos vamos a referir. Por ejemplo, en el segundo de ellos –el coordinado por David San Martín y Raúl Susín–, se indica expresamente cómo la relación entre cine y sociedad del riesgo es susceptible de ser analizada en ese doble sentido: «Por un lado, observando cómo las dinámicas de la sociedad del riesgo son reflejadas en el cine; y por otro, cómo el cine constituye a su vez un elemento activo en el desarrollo de esas propias dinámicas. En expresiones afines a Beck, podría considerarse en qué medida el cine interviene en el metajuego de las luchas por la definición de los riesgos, en toda esa “cosmética” del riesgo» (p. 19). Y en parecido sentido, en el primer volumen –el coordinado por María José Bernuz– el cine aparece también como un eficaz mecanismo de denuncia de realidades complejas y en ocasiones profundamente injustas, como son las relacionadas con la violación de los derechos de los niños. Pero por otro lado, siguiendo con la distinción mencionada al inicio, hay otros estudios para los que la creación fílmica, más que un objeto directo de análisis y estudio, constituye más bien una excusa o pretexto para la reflexión y el debate sobre la realidad que el propio cine ilustra. En ese caso, como se dice en el libro coordinado por María José Bernuz, las películas son sobre todo «una herramienta propedéutica, educativa, de visibilización», y su discusión es en realidad «una excusa, o la razón para analizar en detalle algunas cuestiones relacionadas con los derechos de la infancia» (p. 18). O con el derecho en general. En tales casos, se trata de partir de la historia que muestra la película para trascenderla. El cine, constituye así un inagotable punto de partida para la reflexión socio-jurídica. Como dice Jorge Gracia en *El cine y los derechos de la infancia*, «el cine, al contar historias a través de imágenes, es un arte de lo concreto como casi ningún otro lo es. A pesar de ello, hay autores, hay películas, que trascienden esa inherente creación del cine para, sin renunciar a ser espejo de su época, no sólo hablar de la condición humana, sino además expresar lo inefable, lo trascendente» (p. 54).

Un libro colectivo es heterogéneo por definición. Dos, los son por duplicado. De ahí que la diversidad de los trabajos que integran los dos libros a los que nos referimos dificulta la tarea de «etiquetado», por así decirlo, que toda lectura conlleva, dada la diferencia de perspectivas y de aproximaciones de los textos que se recogen en cada una de las publicaciones. Con carácter general podríamos decir que en ambos casos se trata de estudios para los que, como acabamos de decir, el cine es un instrumento o un pretexto para la reflexión sobre el fenómeno propiamente jurídico –más que un objeto específico de estudio. Sin embargo, nos vamos a encontrar con diferencias importantes en ese sentido: hay textos más orientados al estudio y comentario desmenuzado de la película o películas que les sirven de referencia, hurgando en la narración para tratar de extraer así la esencia conceptual sobre el objeto de estudio; en otros casos la película constituye algo así como un acompañamiento que va ilustrando la reflexión sobre ese objeto; y en otros, por último, lo que se hace es, a modo de guía y sin profundizar excesivamente, una exposición sobre los recursos que el lector puede aprovechar para adentrarse en ese tema. De todas formas, los dos libros tienen una vocación claramente didáctica y divulgativa y en ambos casos se trata de estudios con un carácter interdisciplinar, en los que participan expertos de diferentes especialidades socio-jurídicas.

El primero de los dos libros –*El cine y los derechos de la infancia*, coordinado por María José Bernuz, profesora titular de filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza– es en realidad una magnífica introducción (cine-

matográfica) a los derechos de los menores, que puede perfectamente servir como base o manual para una primera aproximación a las cuestiones y tensiones fundamentales que definen el derecho de menores, del mismo modo que formar parte de la biblioteca dedicada a las películas sobre el tema a las que se hace referencia en cada uno de los capítulos. Dejando a un lado la introducción de la coordinadora, el libro está dividido en tres partes con arreglo a un criterio de carácter básicamente temático.

Siguiendo la clásica distinción de la dogmática jurídica entre parte general y parte especial, podríamos decir que la primera parte del libro —«Entre la protección y la integración»— representa la parte general del volumen. Agrupa tres estudios que hacen referencia a lo que vienen a ser las tensiones fundamentales a la hora de pensar la intervención jurídica en el caso de menores de edad. El primero de esos estudios —«Entre la protección y la integración»— lo firma David Vila Viñas y se refiere a lo que con carácter general podríamos llamar la «tensión civilizatoria»; esto es, la socialización y educación de los menores. David Vila toma como referencia la película *El pequeño salvaje*, de François Truffaut, para reflexionar sobre los mecanismos de producción del sujeto y sus retos jurídico-políticos, de los que señala tres: el problema de la tutela («¿qué legitimidad puede esgrimirse para arrancar al niño de su hábitat en orden a iniciar un proceso de civilización-educación?»), el reto de la intervención social («¿qué orientación, qué contenido, qué dispositivos compondrán ese proceso?») y el reto de las garantías. En el segundo capítulo la tensión se centra en las obligaciones familiares respecto a los menores. El capítulo es obra de Jorge Gracia Ibáñez y en él se contempla y se analiza la película *Nadie sabe*, del realizador japonés Kore-eda, como un reflejo, tanto de la situación de desamparo de los niños como de la falta de políticas sociales que den respuesta a situaciones de abandono como las que describe la película. El filme se presenta así como «una metáfora del neoliberalismo, del adelgazamiento o progresivo debilitamiento del Estado social o de bienestar. Crítica también, por lo tanto, de las instituciones que fallan al no detectar la situación de peligro en la que se encuentran Akira y sus hermanos». Por último, dentro de esta primera parte, María José Bernuz se aproxima al derecho penal de menores a través de las lentes de *Los olvidados*, de Luis Buñuel, y *Los jóvenes salvajes*, de John Frankenheimer. La tensión, en este caso, es la que se da entre el modelo tutelar o correccional de justicia de menores que se instala en la primera mitad del siglo xx y se prolonga hasta los años 80, y el modelo responsabilizador que se instaura a partir de la Convención de los Derechos de los Niños de 1989.

La segunda parte del libro se refiere a «Algunos derechos de la infancia. Su representación en la pantalla» y vendría a ser algo así como la parte especial del volumen. En ella se recogen otros tres estudios relacionados con el derecho a la educación, los derechos de los menores discapacitados y la autonomía de los menores, respectivamente. El primero de los trabajos, acerca de las representaciones cinematográficas sobre el derecho a la educación, es de Enrique Martínez-Salanova. A diferencia del resto de los capítulos del libro, en este caso el autor del estudio, a modo de guía, hace un breve recorrido y comentario sobre diez películas en las que se abordan diferentes cuestiones relacionadas con el derecho a la educación: escolarización, alfabetización, no discriminación, educación en valores, educación de las niñas, etc. El segundo capítulo versa sobre «Los derechos de los niños con discapacidad» y es obra de Ignacio Campoy Cervera, que toma como punto de partida para su análisis la película *El color del paraíso*, del director iraní Majid Majidi. La historia

que narra la película que comenta Ignacio Campoy viene a ser el reflejo de los modelos clásicos de la intervención jurídica con menores y con menores discapacitados (el modelo de prescindencia y el proteccionismo tradicional y médico, que no consideran al menor como individuo o lo entienden como un sujeto imperfecto). Frente a ellos, Campoy defiende un proteccionismo renovado en el que «el niño se concibe como una persona en una continua evolución y desarrollo de sus capacidades» y un modelo social de entender la discapacidad según el cual se busca garantizar la plena inclusión social de las personas discapacitadas. En tercer lugar, María del Carmen Barranco Avilés aborda la relación entre «autonomía, identidad y derechos del niño» a partir de la película *Billy Elliot*, del cineasta británico Stephen Daldry. La historia del niño que quiere ser bailarín sirve de modo especial para reflexionar sobre la familia como espacio de socialización de los menores y su papel en relación con los derechos de los niños.

Por último, la tercera parte del libro viene a ser un interesante epílogo –«Infancias invisibles, derechos inexistentes»– que sirve para dar cabida a un trabajo difícilmente encajable en las otras dos secciones, pero que las ilustra y complementa. Se trata del capítulo escrito por Manuel Calvo García y Teresa Picontó Novales sobre la película *Todos los niños invisibles*, y que constituye «una mirada caleidoscópica a los mundos de la infancia excluida». Como seguramente se sabrá, la película *All the Invisible Children* agrupa siete fragmentos o cortometrajes dirigidos por los cineastas Mehdi Charef, Emir Kusturica, Spike Lee, Katia Lund, Jordan & Ridley Scott, Stephano Veneruso y John Woo, en los que se narran historias sobre los niños de la guerra, la delincuencia juvenil, la pobreza y exclusión infantil, el trabajo infantil, la violencia contra los menores... Como dicen Manuel Calvo y Teresa Picontó, se trata de «un ramillete plural y diverso de historias que hacen “visibles” a niños y niñas con problemas sociales y, al hacerlo, evidencian dramáticas situaciones de sufrimiento, desconsideración de su bienestar e interés y, en definitiva, de violación de sus derechos». El recorrido por las historias del filme sirve a M. Calvo y T. Picontó como punto de partida para unas breves reflexiones sobre los derechos de la infancia en el contexto de la globalización. Viendo la película, una de sus conclusiones –extensible al resto de las páginas del libro– es que el cine, por su capacidad de comunicar con una gran efectividad emocional, puede ser un instrumento especialmente válido para visibilizar la vulneración de derechos y contribuir a la transformación de la realidad social. Pero también para ocultarla, podríamos añadir. Y por eso sigue siendo necesaria una aproximación crítica, serena y reflexiva, como la que se hace en el libro coordinado por María José Bernuz.

El segundo de los libros que recogemos en esta recensión está coordinado por David San Martín y Raúl Susín Betrán –de la Universidad de La Rioja– y lleva por título *Derecho y política en la sociedad del riesgo. Ocho propuestas de cine*. El libro tiene su origen en uno de los seminarios sobre cine y derecho que la Universidad de La Rioja viene acogiendo ininterrumpidamente desde hace seis ediciones, coordinados de modo entusiasta e incansable por Raúl Susín y David San Martín, y que han abordado diferentes temáticas como la tensión entre libertad y seguridad (1.^a edición, 2005), las miserias del mundo (2.^a edición, 2006), el papel de los abogados (4.^a edición, 2008), las fronteras del derecho (5.^a edición, 2009), o las anomalías o situaciones extrañas a la norma (6.^a edición, 2010). En este caso, el volumen al que nos referimos recoge –con el retraso lógico que conlleva el proceso editorial– las contribu-

ciones de la tercera edición de dichos seminarios, que tuvo lugar entre marzo y mayo de 2007 y se dedicó a la sociedad del riesgo.

Una de las dimensiones de la modernidad es precisamente la amenaza que surge de la propia complejidad social, como ha teorizado sobre todo el sociólogo alemán Ulrich Beck, quien ha venido a señalar el riesgo (tecnológico, económico, etc.), como un fenómeno que acompaña al propio desarrollo social. Partiendo de esa idea, el libro que coordinan D. San Martín y R. Susín ofrece una lectura cinematográfica de las tesis de Beck y de las tensiones políticas y jurídicas que se derivan de las mismas. Como dicen expresamente los propios coordinadores, «la estructura del libro trata de sistematizar el acercamiento a la obra de Beck según sus propias líneas de desarrollo –o al menos algunas de ellas». De acuerdo con eso, el libro se estructura en tres partes: una presentación de las dinámicas y elementos que conforman lo que Beck llama la sociedad del riesgo (1.^a parte) y una doble aproximación al problema de los riesgos tecnológicos (2.^a parte) y no tecnológicos (3.^a parte).

La primera parte –«Dinámicas de la modernidad reflexiva»– acoge dos estudios. El primero es un comentario de Sergio Pérez González sobre la película *Los pájaros*, de Alfred Hitchcock, tomada como una metáfora del proceso social de asunción de la realidad de aquellos problemas que son percibidos como una amenaza latente. Mientras que el segundo es un estudio algo más extenso de Raúl Susín sobre el proceso de individualización que es parte de las transformaciones vinculadas a la sociedad del riesgo. Tomando como referencia la película *Crash*, de Paul Higgis, R. Susín describe un contexto de desocialización en el que los individuos quedan atrapados en la lógica del «hágalo usted mismo», condenados a su individualización y a asumir los peligros y los fracasos derivados de un constante planificar, organizarse, improvisar, etc.

Las otras dos partes del libro, como decíamos, están dedicadas a lo que en la terminología de Beck consideraremos riesgos tecnológicos y no tecnológicos. Así, la segunda parte («Riesgos tecnológicos: el Derecho en la encrucijada») recoge tres artículos en los que se contemplan los riesgos del progreso técnico en general (David San Martín hace una reflexión crítica sobre el «derecho prometeico» de las sociedades tecnológicamente desarrolladas, tomando como referencia *La maldición de Frankenstein*, de Terence Fisher), de la energía atómica (René Javier Santamaría Arinas se vale de la película *El síndrome de China*, de James Bridges, para plantear la cuestión del debate nuclear y el papel del ordenamiento jurídico en el desarrollo de políticas nucleares) y otros riesgos ambientales (Susana Pérez Escalona hace algunos comentarios sobre riesgo y derecho de daños a propósito de la historia de *Erin Brockovich*, narrada por el cineasta Steven Soderbergh).

Por último, la tercera parte aborda los riesgos sociales no tecnológicos, derivados de forma directa de la intencionalidad de los sujetos. Esta tercera parte agrupa tres comentarios: de María José Bernuz (sobre el miedo como una técnica de gobierno y el riesgo como instrumento de cohesión social, a partir de la película *El bosque*, de M. Night Shyamalan), de Pedro M. Garcíandía (sobre la «guantanamoización» del derecho que subyace al recurso a la excepcionalidad y la negación de los derechos y garantías procesales, tomando como referencia el filme *Camino a Guantánamo*, de Michael Winterbottom y Mat Whitecross) y de Melba Luz Calle Meza y José Ignacio Lacas-

ta Zabalza (sobre las contradicciones de la llamada guerra contra el terrorismo, a propósito de la película *La batalla de Argel*, de Gillo Pontecorvo).

También en este caso podemos decir que los textos de *Derecho y política en la sociedad del riesgo* tienen una vocación crítica, didáctica y divulgativa, cuya finalidad parece estar orientada a servir de punto de partida para una aproximación a las cuestiones que son objeto de reflexión en el volumen y en la que la referencia cinematográfica sirve a modo de ejemplo para ilustrar o iluminar tales cuestiones. Como dicen los coordinadores en la introducción de ese volumen –y sus palabras servirían para presentar los dos libros que hemos recogido en este comentario– se trata de que «la claridad de la imagen cinematográfica ayude a enfocar desde ángulos certeros algunos aspectos complejos de la vida del Derecho en el presente».

Andrés GARCÍA INDA
Universidad de Zaragoza

CAMPIONE, Roger: *El nomos de la guerra. Geología de la «guerra justa»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 190 pp.

La recuperación del concepto de guerra justa es seguramente uno de los rasgos que ha marcado la forma de entender las relaciones internacionales desde finales del siglo xx. Con la publicación del *Just and Unjust Wars* (Walzer, 1977) y, particularmente, a raíz de la cobertura ideológica proporcionada a la invasión estadounidense de Irak en 2003 por juristas como John Yoo –por citar sólo un nombre– se rescata la vieja idea de que una guerra puede ser justa atendiendo a determinados criterios morales. Las teorías jurídico-políticas en ocasiones pueden tener graves consecuencias en la práctica, como cruelmente han demostrado tantas veces los acontecimientos. Basta conocer el número de víctimas civiles en la última guerra de Irak para sospechar que lo que originalmente se presenta como una guerra justa puede tener consecuencias muy lejanas a cualquier mínimo ideal de justicia. Es por ese motivo que resulta tan oportuno el libro que nos ocupa, en el cual Roger Campione se encarga de realizar un recorrido histórico por la evolución del concepto de guerra justa que va prácticamente desde los orígenes de la especie humana hasta nuestros días.

La tesis principal de la obra consistiría en la idea de que el término guerra justa, como filtro ético que pretende determinar la bondad o maldad de un conflicto armado, no constituye un criterio moral adecuado ni honesto. Como Campione argumenta, a lo largo de toda la historia de las relaciones internacionales, la apelación a la justicia de una guerra acaba sirviendo en última instancia únicamente a los intereses de quien la invoca, y no a los intereses de un supuesto ideal de justicia. En otras palabras, la doctrina de la guerra justa, al contrario de lo que sería deseable desde un punto de vista pacifista, tradicionalmente ha servido más para *legitimar* guerras que para declararlas ilegítimas; es decir, ha sido la *coartada* a la que han recurrido una y otra vez los Estados que llevaban a cabo una intervención bélica con fines más allá de los estrictamente defensivos.

El trabajo es abordado desde una perspectiva eminentemente jurídica, pero el texto se enriquece notablemente también con valiosas aportaciones del campo de la filosofía moral, así como de la antropología, la sociología, la historia, la teología, la mitología e incluso la cinematografía. El recorrido histórico, como es previsible, se basa principalmente en las doctrinas de los más influyentes iusfilósofos que han reflexionado a propósito del concepto de la guerra justa a lo largo de los tiempos. Cicerón, San Agustín, Tomás de Aquino, Vitoria, Grocio, Vattel, Kant, Schmitt o Kelsen son algunos de ellos.

La expresión ciceroniana *illa iniusta bella sunt, quae sunt sine causa suscepta*, que fue utilizada para justificar el expansionismo del imperio romano, sienta el más claro precedente en la justificación moral de la guerra. Le seguirá Agustín de Hipona, con su *sed etiam hoc genus belli sine dubitatione iustum est, quod deus imperat*, que sirvió para considerar justas todas las guerras practicadas por los cristianos. Es especialmente interesante el vínculo que Campione establece entre la doctrina hebraica de la guerra santa como aniquilación de los enemigos del pueblo de Dios y las contemporáneas apelacio-

nes a la guerra santa; resaltando el papel que la teología –o, mejor, las religiones– han jugado siempre en la justificación de las guerras.

Si, según Campione, con la doctrina agustiniana de la guerra justa se acaba justificando cualquier guerra de agresión; a finales del siglo XIII Tomás de Aquino perfeccionaría razonablemente los requisitos que debería cumplir cualquier guerra que pueda ser calificada de justa. Entre ellos se destaca la importancia del concepto de *culpa* como parámetro de individualización de la justa causa de una guerra, con la consiguiente probabilidad de que ambos contendientes encuentren razones suficientes para atribuir la culpa al otro y, por tanto, creerse con legitimación suficiente para imponer un castigo en forma de ataque bélico. Es patente la influencia del pacifismo jurídico bobbiano en el autor, que en numerosas ocasiones recurre a las conocidas reflexiones que el maestro de Turín recogidas principalmente en *Il problema della guerra e le vie della pace* (1979) y en *Il terzo assente* (1989). La doctrina de la guerra justa ha fracasado, según Bobbio, porque ni ha sido capaz e establecer un conjunto de criterios de justicia ampliamente aceptados, ni ha resuelto el importante escollo que significa el hecho de que sea la propia parte interesada quien decida sobre la justicia o injusticia de una guerra.

Los argumentos de Tomás de Aquino fueron retomados en el siglo XVI destacadamente por Francisco de Vitoria, cuya teoría sirvió para justificar la conquista de las Indias por parte de España. Campione en este punto critica las interpretaciones que han querido ver en Vitoria un pacifista, sosteniendo que sus tesis se encuentran perfectamente inscritas en el poder temporal de la Iglesia católica y en la cobertura de la práctica de la guerra contra personas *infielles*, es decir, contra los indígenas americanos. Un mérito que, sin embargo, sí que es claramente apuntado a Vitoria es el de insistir en la *proporcionalidad* de la guerra; requisito éste que –siguiendo con la reflexión que Campione toma de Bobbio– difícilmente se puede tomar en cuenta respecto de las guerras modernas, dado el inmenso desarrollo del potencial destructivo de los armamentos actuales.

Con la creación del sistema Estado-céntrico instaurado a raíz de la Paz de Westfalia de 1648 cambia la manera de contemplar las relaciones internacionales y se modifica, por tanto, la manera de considerar el fenómeno bélico. Desde entonces cualquier manifestación de violencia colectiva empleada por sujetos diferentes a los titulares del *ius belli* (esto es, los Estados), será reducida al rango de *guerra privada*, sedición o, posteriormente, terrorismo¹. Es fundamental en este aspecto la aportación teórica de Hugo Grocio, quien acentuará el carácter jurídico-formal de la guerra. Lo que importa ya no será tanto la justificación de la guerra, sino los procedimientos de la misma. Campione es capaz de explicar con toda claridad como la exaltación westfaliana de la soberanía estatal significa que la justicia o injusticia de una guerra resulte algo indiferente a efectos jurídicos. Si una guerra es practicada por el Estado siguiendo los procedimientos formales establecidos por el Derecho de Gentes, ésta debe ser considerada una guerra justa a los ojos del Derecho, por mucho que carezca de la *iusta causa* requerida tradicionalmente por la doctrina.

En esa misma línea, se incide también en la idea de la *guerre en forme* representada por Emérico de Vattel. De acuerdo con el conocido principio

¹ Vid. CAMPIONE, R., *El nomos de la guerra. Genealogía de la «guerra justa»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 122

par in parem non habet imperium, Vattel resalta que la guerra no puede ser considerada un acto de justicia desde el momento en que la soberanía de los Estados impide que éstos sean juzgados por sujetos iguales a ellos. El punto más relevante de la teoría de Vattel consiste, pues, para Campione, en el hecho de separar el *ius ad bellum* del *ius in bello*. Si la guerra es considerada como un fenómeno político inevitable, entonces lo que deberá hacerse es limitarla estableciendo procedimientos normativos que la hagan lo menos destructiva posible.

Contra ese *ius publicum europaeum* abanderado por Grocio o Vattel, el autor de la obra recensionada opone el cosmopolitismo kantiano y su objetivo de la *Paz perpetua* (1795), que confronta a su vez con la exaltación de la guerra como momento sublime de lo político que, ya en el siglo XX realiza en su obra Carl Schmitt. Es precisamente una conocida obra de este autor, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), la que da nombre a la monografía aquí analizada.

Con la consolidación del positivismo jurídico, la teoría de la guerra justa quedará sin vigor a los efectos del Derecho Internacional. No tomando en cuenta otro Derecho que el positivo, se deslindará claramente *lo legal* de *lo justo*. Para Kelsen, como explica Campione, la guerra se convertirá o bien en una sanción del ordenamiento internacional, o bien una en una violación del mismo. Cuando encontramos el término «guerra justa» en los escritos kelsenianos², por lo tanto, sólo deberemos entender guerra justa como guerra *conforme al ius*, es decir, guerra *conforme a Derecho*. La propuesta de profunda reforma del ordenamiento internacional que Kelsen propone, colocando en el centro del sistema de instituciones internacionales a un tribunal universal permanente, de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar individuos marca sin duda una senda de pacifismo jurídico –de empeño por conseguir *La paz por medio del Derecho* (Kelsen, 1944)– que seguirán y desarrollarán, entre otros, Norberto Bobbio en primer lugar y Luigi Ferrajoli posteriormente.

Buena parte de esa doctrina pacifista es recogida por Roger Campione en esta obra, que no se contenta con describir la evolución del concepto de guerra justa, sino que también realiza propuestas para superarlo. La principal solución que Campione plantea consiste en pasar del *ius post-bellum* –que sería el conjunto de normas morales que pretenderían legitimar la intervención armada– al *ius ante-bellum* –que sería el conjunto de normas e instituciones jurídicas supranacionales que permitirían prevenir el conflicto–. Lo que se defiende es el desarrollo de un sistema fuerte de instituciones internacionales, que permita hacer efectiva la prohibición de la guerra contenida en la Carta de Naciones Unidas. Tomar por fin en serio lo previsto en el artículo 47 de la Carta, que significa la creación de una fuerza de seguridad capaz

² Algunos ejemplos se encuentran en: KELSEN, H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, edición de A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989, p. 391; *The Legal Process and International Order*, ed. Constable and Co., Londres, 1935, p. 13; «La technique du droit international et l'organisation de la paix», en *Revue de Droit international et de Législation comparée*, núm. 61, 1934, pp. 5-24; recogido en KELSEN, H., *Ecrits français de droit international* (Ed. Ch. Leben), Presses Universitaires de France, Paris, 2001, pp. 251-267, p. 254; o *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, prólogo de L. Récasens Siches, trad. cast. F. Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 58 ss.

de dirigir intervenciones armadas –que no guerras– en caso de estricta necesidad y habiendo agotado todas las otras vías previstas en la carta. Se cambiaría de ese modo el primitivo castigo que supone la guerra –sea o no justa– por una intervención racional dirigida ya no por los propios Estados afectados, sino por un tercero imparcial.

En conclusión, es de agradecer el esfuerzo de síntesis que el autor ha realizado por exponer en menos de doscientas páginas el recorrido de un concepto tan complejo y poliédrico. *El nomos de la guerra* aporta luz sobre un tema que está inevitablemente vivo en los actuales debates acerca de las filosofías del Derecho Internacional. Conocer a fondo los fundamentos teóricos de la guerra justa es, pues, una tarea ineludible; y más aún para quienes entienden que ninguna guerra en ninguna circunstancia puede ser justa por representar una radical negación del Derecho y de los derechos³, porque el primer paso para negar y superar un concepto teórico es entenderlo en todas sus dimensiones y contextos.

José Antonio GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

³ Vid. FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004

HAAR, Ingo / FAHLBUSCH, Michael (Ed.): HANDBUCH DER VÖLKISCHEN WISSENSCHAFTEN. K. G. Saur Verlag, München 2008, 846 pp.

I

Problemas lingüísticos ya en alemán. Nuevamente de consuno los profesores Ingo Haar y Michael Fahlbusch¹ vuelven a desatar la más viva polémica con sus investigaciones esta vez en torno a lo que los germano hablantes de todo el mundo denominan «Völkische Wissenschaften». La polémica esta vez y como suele ser en el caso en la persona de estos pioneros investigadores no sólo se limita a los actuales confines jurídico internacionales de Alemania (entendiendo por Alemania la actual tras la Reunificación de 1989) sino de la difusa Alemania histórica a través de sus múltiples y cambiantes fronteras –las más de las veces históricamente hablando faltas de concreción jurídica documental absolutamente nítida y vinculante–, extendiéndose a todos aquellos territorios que en alguna medida vienen a ser considerados desde el punto de vista cultural como pertenecientes al «espacio cultural europeo alemán», como son parte de Suiza (sin negar en modo alguno sus particularidades históricas tan *sui generis*), Austria, Liechtenstein, parte de Bélgica y de Holanda, e incluso de la Polonia fronteriza –con toda la carga emocional que ello indefectiblemente conlleva por uno y otro lado de las fronteras–.

Y si la cuestión de los confines alemanes ya de por sí levanta ampollas en buena parte de las susodichas poblaciones, aferradas a sus propias versiones particulares de la historia a través de su propia «memoria histórica» (como así se evidencia por ejemplo en otro contexto muy similar desarrollado por su colega Ewald Grothe² al ofrecer de entrada a sus colegas alemanes, austriacos, suizos en parte, así como a los demás germano hablantes un texto pionero dedicado a completar, analizar y ofrecer todo un sentido a un conjunto de materias que ya en Alemania desde principios del s. XIX se viene dudando específicamente a la hora de atribuirles un área científico-universitaria del conocimiento dónde deberían ser subsumidas, dada la específica forma de entender la Historia –Historia e historia a la vez– en dicho país); no resulta menos polémico el dato de que ni siquiera parece haber consenso entre los propios germanófonos en torno a cómo debe entenderse el concepto de «völkisch» aplicado a «Wissenschaften» cuando se trata de entrelazarlo con el omniabarcante rótulo de la «política».

Desde el punto de vista del idioma «castellano» o «español» (ambas versiones nos parecen históricamente usuales, si bien también aquí hay quienes discrepan) nos topamos ya de entrada con el problema lingüístico de su correcta

¹ Nos referimos a su anterior trabajo: HAAR, Ingo/ FAHLBUSCH, Michael: *German Scholars and Ethnic Cleansing (1919-1945)*. Foreword by Georg G. Iggers. Edit. Berghahn Books, New York-Oxford, 2005, recensado por Emilio Mikunda Franco en AFD (2006).pp. 482-489.

² Ewald GROTHE: *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970*, (2005). Obra recensada por Emilio Mikunda Franco en AFD. (2006), pp. 475-481.

traducción tanto en España como en los países hispanohablantes existentes en el mundo, ya que si efectuamos una primera traducción «literal» del término «völkisch» o bien nos encontramos con que puede entenderse como «popular» –derivado de «Volk», pueblo–, con lo que «Völkische Wissenschaften» sería literalmente las «Ciencias populares», dato que si bien por una parte tranquilizaría quizás a muchos, en último término realmente induciría a error al no saber exactamente cuáles son tales ciencias, de modo que podría pensarse que incluso el «folclore popular» o la música –tanto culta como popular– propia del s. XIX tendría allí cabida cuando, realmente, nada está más lejos de la realidad estudiando enunciados y contenidos concretos de dichas ciencias en el manual; y, por otra, peor todavía sería el equívoco si ingenuamente consultáramos de forma fugaz y superficial algunos diccionarios al uso masivo «on line» –subsumidos en el navegador de internet de turno–, que entienden «völkisch» de entrada como sinónimo de «racista» (sic.) –apoyado ciertamente en traducciones del francés y del inglés poco cuidadosas e incluso tendenciosas que circulan por la red– con lo que elevaríamos el racismo ni más ni menos que a la altura de «Ciencia» al traducir «völkische Wissenschaften» por «ciencias racistas» (Sic.) en su sentido más radical, «Ciencias raciales» en un sentido menos agresivo, o «Ciencias de la Raza» en el más étnico, acabando de rematar el disparate y creando mayor confusión todavía si al hojear también superficialmente el «Handbuch» o «Manual» en lectura vertical hallamos referencias al «Nationalsozialismus» o «nazismo» –que las hay evidentemente en su específico contexto por doquier–, todo lo que podría inducirnos a pensar que se trata de una especie de panegírico *ex post facto* históricamente hablando del nazismo hitleriano. Todo ello podría seguir induciendo a error tanto más cuanto que el periódico nazi más conocido y de mayor difusión dimanante del órgano central del partido contenía el concepto «Volk» en su enunciado, llamado «Völkischer Beobachter» (algo así como «Atalaya del Pueblo») en un fallido intento de apropiación exclusivista del término «Volk»; ahora bien, nada más lejos de la realidad, como un atento análisis evidencia. Se trata ante todo de un extensísimo y múltiple alegato en contra de la manipulación histórica de lo que fueron las materias científicas tratadas en el manual a través de la maquinaria político-ideológica del nazismo, que las usó deformándolas y reinterpretándolas para aplicarlas a sus propios designios, como una primera nota de prensa local alemana bien indica³.

Consecuentemente deberemos intentar reproducir el sentido (la traducción *ad sensuum* latina) en vez de la traducción literal, fatalmente equívoca y tendenciosa de por sí, y tratar de buscar igualmente un término histórico similar o parecido en cuanto a su entorno filosófico se refiere, que nos dé la clave para una más correcta comprensión sin distorsiones, del elemento «Volk» (recordando que es imposible reproducir su contenido en un único concepto o término de otro idioma que no sea el alemán, como los mismos investigadores alemanes reconocen al hilo de una polémica interalemana *ad hoc*⁴). Consecuentemente en una primera aproximación lo hallaríamos quizás en el término «Volksgeist» y su filosofía, o «filosofía tradicional del pueblo», y combinarlo con lo que los franceses denominan históricamente «Sciences de

³ «Das lässt die Voraussetzungen erkennen, die eine "Völkisch" verstandene Wissenschaft für den Nationalsozialismus schuf...» Buchtipp: «Handbuch der völkischen Wissenschaften» Redaktion: Anette Weber. Die Rheinpfalz, Nr. 129. (5. Juni 2008), p. 6.

⁴ «Das Wort Völkisch nie adäquat überetzt werden kann» (p. 704) bajo «Völkische Religions-wissenschaft».

l'homme» o ciencias humanas, al par que reinterpretamos el término «Volk» (p. 704) por la versión más moderna y aséptica de «Etnias»⁵, al que añadiremos sobreentendido el de «en o de Alemania, o alemanas», resultando así que bajo «Völkische Wissenschaften» podríamos entender en castellano «Ciencias étnicas de/en Alemania». De ahí que la idea subyacente al título «*Handbuch der völkischen Wissenschaften*» pudiera aproximarse –que no traducirse, de acuerdo con el orteguiano lema «traduttore, tradittore»– a la de «*Manual de Ciencias étnicas alemanas*», un sincretismo que completa la visión de «étnicas» actual con la de «alemanas» que a su vez las reduce al ámbito histórico-geográfico de lo alemán, independientemente de sus connotaciones previas al fenómeno del nazismo, sea antes, durante o posteriormente al mismo. Todo ello plenamente conscientes de la carencia de un único término español o castellano paralelo que sin inducir a ningún tipo de error ni distorsiones pudiera reflejar el término *sui generis* alemán de la época «Volk», como tampoco parece haber consenso entre los traductores al francés de textos típicamente hitlerianos como «Mein Kampf», independientemente de la discusión sobre hasta dónde llega su autoría y hasta donde llegan posibles plagios o añadidos o dictados de terceras personas. Valga como ejemplo la cita siguiente, sin embargo, cuyo sentido no está totalmente admitido inequívocamente entre los traductores, e incluso varía de versión en versión: «*Si hoy todas las asociaciones, todos los grupos, grandes y pequeños y, a mi parecer, incluso grandes partidos, reivindican la palabra “völkisch”, es la consecuencia de la acción del partido nacional-socialista*»⁶. Otro tanto podría decirse por ejemplo al contemplar el adjetivo «völkisch» en el contexto cultural anglosajón⁷.

II

Estudios multidisciplinares y ciencias tratadas. Vistos los problemas lingüísticos intraalemanes y de traducción observamos que el manual, reunido multidisciplinariamente durante más de siete años por toda una amplia paleta de científicos expertos –ochenta y cinco en su totalidad– pretende ser un manual estándar de manejo rápido a lo largo de sus ciento cuarenta artículos alfabéticamente presentados, en los que alternan las biografías de notorios científicos con los programas de investigación llevados a cabo durante décadas así como con los estatutos de ciertas fundaciones de derecho público genuinamente alemanas, y con programas de objetivos políticos muy variados, completado todo ello con noticias de prensa y con la exposición crítica de las estructuras de determinados órganos ejecutivos y administrativos alemanes de las épocas aludidas en el texto.

Si anteriormente decíamos que el análisis de los parámetros del nazismo/nacionalsocialismo se hallan muy presentes en el texto, es no menos importante observar que el espacio temporal que el manual abarca se extiende desde la primera guerra mundial –anterior por tanto al surgimiento del nazismo– y con-

⁵ Etnia: Según el DRAE es toda comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.

⁶ (Hitler, *Mein Kampf*, p. 239 / 460.)

⁷ «*Even Toepfer's seemingly innocent farming and environmental activities had a Völkisch dimension*», citado en *The prize Nies of a Nazi Tycoon*, de M. Pinto-Duschinsky, April 2010, en <http://standpointmag.co.uk/node/2878>.

cluye a mediados de los años sesenta del siglo pasado, siendo por tanto muy posterior al desastroso final del nazismo hitleriano; sin embargo, a través del concepto «völkisch» unido al de ciencia en la biga «Völkische Wissenschaft» es donde se halla precisamente una de las claves para comprender el fenómeno del rápido calado en gran parte de la totalidad del pueblo alemán de la ideología nazi, logrado no ya *—como se suele sugerir erróneamente—* a través del mero estudio politológico de la propaganda estrictamente política del susodicho partido, sino a través de todos aquellos científicos alemanes que consciente o inconscientemente, por convencimiento o por pura necesidad de supervivencia se vendieron al sistema en su época colaborando mediante sus investigaciones en materias afines a las llamadas «Ciencias étnicas alemanas» —debidamente retocadas y reorientadas en su caso— a volcar poco a poco las conciencias individuales alemanas de los ciudadanos de a pié haciendo que paulatinamente se fueran identificando en una gran mayoría (sobre todo antes de la segunda guerra mundial y en los primeros años de éxito militar del nazismo) con los programas políticos del partido racista hitleriano nazi.⁸ Tal es así que mediante la manipulación consciente de conceptos tomados como eje de toda política y de toda explicación científica, tales como los de «comunidad del pueblo alemán» (Volksgemeinschaft) en sus dimensiones geográfica, antropológica, histórica, estadística, territorial, sociológica, religiosa, etc., se logró por parte de juristas del Tercer Reich fundamentar «científicamente» (sic) incluso la propia Dictadura, sustituyendo así el Estado de Derecho heredado de la República de Weimar por el régimen autoritario personalista hitleriano.

Y dentro del sistema administrativista ya preconizado por las «ciencias étnicas alemanas» a nivel de «estadística» se logró materializar lo que se terminó por llamar «Censo popular alemán» (Deutsche Volksliste), planeada y establecida en todo detalle esencial por los expertos en «estadística del pueblo alemán» —una de las presuntas múltiples «ciencias étnicas alemanas» de la época—, cuya repercusión ha servido hasta muy posteriormente al fin de la guerra para demostrar la pertenencia histórica y real al sistema jurídico administrativo alemán en vistas a lograr la «carta de ciudadanía alemana» un instrumento óptimo para «naturalizar» a presuntos alemanes procedentes de territorios transfronterizos del Este de Europa, en base al artículo 116 de la Constitución alemana en vigor desde 1948, demostrándose así *iuris et de iure* su pertenencia al pueblo alemán.

Lo que se ha llamado la «nazificación de las ciencias» (*Nazifizierung der Wissenschaft*) desde 1933, desde la toma del poder político por el Führer austríaco Hitler *—que sin embargo siempre se consideró alemán, renegando de sus propios orígenes territoriales históricos en pro del viejo concepto del Reich global alemán—*, corre parejo con la movilización de todos los hombres de

⁸ Vide el caso del joven historiador G. Oestreich, en mi libro: *Gerhard Oestreich als Historiker der Menschenrechte im Vergleich zu G. Radbruch ein Rechtsphilosophischer Zugang*. Mikunda Franco, E., Col./Reihe: Dokumente und Schriften der Europäischen Akademie Otzenhausen. Edit. Lit-Verlag (Verlag für wissenschaftliche Literatur) Münster-Hamburg-London. (2002). Band 103, 208 pp., ISBN- 3-8258-6409-X. Recensión a cargo de M. FAHLBUSCH, en *Neue Politische Literatur* 49 (2004), pp. 456 ss./Publicado en España como: *Los Derechos Humanos como Historiografía y Filosofía de la Experiencia Jurídica en G. Oestreich. Simetrías y Disfunciones frente A G. Radbruch*. Mikunda Franco, E., Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla. Serie Derecho. ISBN 978-84-472-0917-0, 388 pp. (2.ª edic. Revisada y ampliada 2008). Recensada la 2.ª edición por Joaquín BRAGE CAMAZANO en *AFD*, tomo XXV, 2008-2009, pp. 595-600.

ciencia en pro de objetivos muy concretos como la guerra, como el desplazamiento masivo de poblaciones e incluso con el exterminio concreto de determinadas etnias (la más conocida la hebrea, pero no la única) si bien el manual se centra en la judía por la intensidad que real y políticamente tuvo por parte de los gerifaltes del régimen quienes prepararon planes concretos de «*Juden-und Biopolitik*», cuyo colofón final no sólo tuvo una proyección puramente teórica o de cátedra a través de las Facultades de Derecho, sino toda una secuela de condenas y ejecuciones individuales y masivas por parte de un amplio espectro de la ciudadanía magistralmente analizada y estudiada al detalle en perspectiva española por el penalista sevillano Francisco Muñoz Conde⁹, completando así anticipadamente aspectos de los que el actual manual que analizamos lógicamente carece, al no quedar meridianamente subsumida la categoría del Derecho penal entre las «ciencias étnicas alemanas» que contempla.

El término «*völkisch*» aparece también el en contexto «nacionalista» de los «movimientos alemanes» de la época, como claramente deja entrever el ya existente en un conocido manual colectivo de 1996 que le precedió, denominado «Manual del movimiento “nacionalista” alemán»¹⁰ –que situaría su génesis conceptual y lingüística en 1875 propagado a los cuatro vientos especialmente a través del movimiento «pangermanista» (Alldeutscher Verband)–, manual que junto con el que recensamos será posiblemente la fuente referencial por antonomasia de cualquier investigador deseoso de acercarse a la múltiple temática *ad hoc* de la Alemania de los s. XIX y XX, al hallar elementos institucionales de forma casi exhaustiva difíciles de reunir en otras fuentes similares, si bien la riqueza y puesta al día del texto que recensamos siempre nos parecerá mucho más exhaustiva que la de este último, que insiste en que el movimiento «*völkisch*» únicamente se limitaría a resumir lo esencial de la industrialización alemana acaecida en el s. XIX prolongada al XX y que mostraría su culmen fatal en el nazismo, pese a existir múltiples variantes del mismo que habrían sido asumidas o ninguneadas por éste. En todo caso resulta meridianamente claro a lo largo de todo el manual que existió durante el Tercer Reich en Alemania un efecto feed-back de retroalimentación del sistema a tres bandas entre gran parte del pueblo alemán por una parte, los ideólogos nazis por otra y finalmente *last but not least* la de los científicos alemanes dedicados a las «*Völkische Wissenschaften*»¹¹, al intentar justificar y legitimar por una parte los presuntos territorios genuinamente alemanes en Europa –sobre todo en la Europa oriental hasta los Urales–, la ocupación parcial de los mismos por colectivos (nunca colonias) alemanes durante siglos –lo que justificaría su inserción en el Reich–, los presuntos «mapas raciales arios» germanos en los que no sólo figuran la o las razas arias sino los asimilados a las mismas (excepto en los casos de «contaminación con sangre semita en diferente grado», mostrados a través de los árboles genealógicos) todo lo cual formó precisamente el caldo de cultivo que habría justificado *in extremis* la invasión territorial por las armas –la guerra en suma–, para «recuperar» y re germanizar los territorios en cuestión, al tiempo que una

⁹ Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo / Francisco Muñoz Conde. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁰ Nos referimos al: «*Handbuch zur “Völkischen Bewegung”*», a cargo de los editores Uwe Puschner, Walter Schmitz y Justus H. Ulbricht, e.o., de 1996.

¹¹ *Die akademischen Wegbereiter Hitlers. Zur Rolle der «völkischen Wissenschaften»*, es el sugestivo título con el que el articulista Harald Loch los describe en: Die Rheinpfalz, Nr. 129. (5. Juni 2008), p. 6.

parte de los respectivos «científicos» encargados de temas censales y estadísticos y de administración territorial y poblacional, preparaban paralelamente planes detallados para «desplazar» (Umsiedlung) hacia el Este de Europa –fundamentalmente tras los Urales–, a las poblaciones no arias, mayormente eslavas y de etnias asiáticas, o sencillamente para aniquilar (Vernichtungspolitik)¹² a los colectivos más recalcitrantes a ojos del régimen, no sólo a los judíos¹³, sino a los gitanos, homosexuales, asociales y a las llamadas «subrazas» que incluían mayormente a personas procedentes de mestizajes varios.

Filológicamente emparentado con el término «Volk», «Völkisch» hallamos igualmente el término «Volkstum», que bien podría parafrasearse –que no traducirse– como «lo perteneciente al pueblo alemán» o «a la cultura tradicional alemana», dato que sagazmente fue manipulado por filólogos ideólogos nazis llegando incluso a renombrar la conocida revista decimonónica de filología alemana «Euphorion» por la de «Dichtung und Volkstum» (poesía y cultura popular alemana)¹⁴ debiendo aguardar hasta 1986 para poder recuperar su vieja denominación de origen en Alemania¹⁵.

Y junto a la filología alemana podemos también apreciar sólo ligeras alusiones a la propia Filosofía al uso de la época, al menos en la que a figuras señeras se refiere (como es el caso del controvertido Martín Heidegger, de quien unos piensan que su afiliación con el partido nazi alemán se debía a puro oportunismo político y otros a sus grandes afinidades intelectuales con el régimen hitleriano¹⁶, sorprendiéndonos en todo ante la ausencia del controvertido filósofo en el Manual recensado), constatando como en lugar de grandes figuras hallamos a filósofos menores como Christian von Ehrenfels, (p. 241), o a filósofos del Derecho como Karl Larenz (p. 343), de quien es conocida una voluminosa obra recopilatorio de trabajos de filósofos menores de la época titulada «Imperio y Derecho en la filosofía alemana» (*Reich und Recht in der deutschen Philosophie*), además de preconizar una visión desdibujada de la época respecto de Europa en su panfleto «Europa y la filosofía alemana» (*Europa und die deutsche Philosophie*), sin olvidar que anteriormente había dedicado parte de sus especulaciones al pensamiento jurídico «völkisch»¹⁷.

Incluso el constitucionalista weimariano Carl Schmitt se adhiere en un momento de su vida al pensamiento nazi, de forma muy polémica –especial-

¹² Vorwort, p. 9.

¹³ Sobre judaísmo y culpabilidad alemana, ver: Tomasz GIARO: «Vor-, Mit- und Nachdenker des Madagaskar-Plans. Der Eiertanz um Schieders Protokoll, Erdmanns Urmanuskript und einzelne Äußerungen Conzes», en: Versäumte Fragen. Deutsche Historiker im Schatten des Nationalsozialismus, hg. von RÜDIGER HOHLS u. KONRAD H. JARAUSCH unter Mitarbeit von T. Bathmann, J. Hacke, J. Schäfer und M. Steinbach-Reimann, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart-München 2000.

¹⁴ Wolfgang Adam: Dichtung und Volkstum und erneuerter Euphorion: Überlegungen zur Namensänderung und Programmatik einer germanistischen Fachzeitschrift. En: W. Barner, Ch. König (Edts.): Zeitenwechsel: Germanistische Literaturwissenschaft vor und nach 1945. Fischer, Frankfurt/Main 1996, S. 60–75

¹⁵ *Euphorion: Zeitschrift für Literaturgeschichte*. Información General; ISSN: 0014-2328. Periodicidad: Trimestral. Inicio: 1986.

¹⁶ Datos del gran léxico Ernst KLEE: *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945*. Fischer Taschenbuch Verlag, 2.ª ed., Frankfurt /M. (2005).

¹⁷ Karl LARENZ: *Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938. (Cfr. posturas críticas en: H. H. JAKOBS: *Karl Larenz und der Nationalsozialismus* - en: JZ 1993, pp. 805 ss).

mente desde la óptica de la investigación francesa—¹⁸ a través de su conocida alocución «El Führer es quien protege el Derecho» («*Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers*») ¹⁹ polémica magistralmente presentada por Pompeu Casanovas en su artículo introductorio al reciente libro de Zarka «*Batiéndose a la defensiva. A vueltas con Carl Schmitt y el nacionalsocialismo*»²⁰, y recordando además que justamente después de la adopción de las leyes de Núremberg, Schmitt escribe a renglón seguido dos artículos. El primero bajo el título «La Constitución de la libertad» que se publica en la revista alemana *Deutsche Juristen Zeitung*, el 1 de octubre de 1935, de donde entresacamos la sustanciosa cita: «*A día de hoy, el pueblo alemán ha vuelto a ser alemán, incluso en sentido jurídico. Tras las leyes del 15 de septiembre, la sangre alemana y el honor alemán vuelven a ser grandes conceptos en nuestro derecho. El Estado es, a partir de ahora, un medio al servicio de la fuerza y de la unidad "völkisch". El Reich alemán tiene un único estandarte, la bandera del movimiento nacionalsocialista; y esta bandera no está sólo compuesta de colores, sino también de un gran y auténtico símbolo: la cruz gamada como signo del juramento alemán*» (Fin de cita), y el segundo, «La legislación nacionalsocialista y la reserva del Orden público en el derecho internacional privado»²¹.

Para no olvidar la importancia que ostentan las denominadas leyes racistas de Núremberg²² conviene tener en cuenta que forman el corolario de toda una serie de medidas de tipo «völkisch» anteriores, como p. ej. la llamada «Ley de salud genético-hereditaria» de 14 de julio 1933²³ que no sólo permitía sino que incluso obligaba a la esterilización (castración) por la fuerza pública del Estado a toda persona calificada como discapacitada, disminuida, minusválida o débil de espíritu en cualquier grado, así como a los esquizofrénicos, epilépticos, ciegos, sordos, lisiados y alcoholizados. Ley en vigor desde enero de 1934, se completaba con un reglamento basado en torno a la llamada «limpieza o higiene de raza» (Rassenpflege), persiguiendo como objetivo supremo entregar al calificado «*pueblo alemán de raza*» una herencia numerosa de niños sanos y valiosos en todo tiempo y momento²⁴. En 2008 la prensa nos recuerda que como consecuencia de tales medidas, unas tres-

¹⁸ Yves-Charles ZARKA: *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nüremberg de 15 de septiembre de 1935*. Ed. Anthropos, (2007)

¹⁹ Urquelle: DJZ, Heft 15, 1-08-1934, Spalte 945/950.

²⁰ Artículo redactado para su publicación en *La Torre del Virrey*. Revista de Estudios Culturales, núm. 61, (2008): Institut de Dret i Tecnologia de la Universitat Autònoma de Barcelona (IDT), <http://idt.uab.cat>

²¹ El texto es objeto de una comunicación científica en el marco de la sesión de la *International Law Association* en Berlín el 28.11.1935. (ambos cit. en o.c. p. 5/8).

²² Vid. MIKUNDA FRANCO, Emilio: *Los Derechos Humanos como Historiografía y Filosofía de la Experiencia Jurídica en G. Oestreich. Simetrías y Disfunciones frente A G. Radbruch. Mikunda Franco, op. cit.* (2.ª edic. Revisada y ampliada 2008), pp. 279-280.

²³ *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*, vom 14. Juli 1933 erlaubte die Sterilisation von «Schwachsinnigen», Schizophrenen, Epileptikern, Blinden, Tauben, Körperbehinderten und Alkoholkranken auch gegen ihren Willen.

²⁴ Das «Erbgesundheitsgesetz» trat am 1. Januar 1934 in Kraft. In einer zusätzlichen Verordnung wurde der «Rassengedanke» bekräftigt: «Ziel der dem deutschen Volk artgemäßen Erb- und Rassenpflege ist: eine ausreichende Zahl Erbgesunder, für das deutsche Volk rassisch wertvoller, kinderreicher Familien zu allen Zeiten».

cientas cincuenta mil personas fueron esterilizadas forzosamente, muriendo sólo durante la intervención seis mil mujeres y unos seiscientos hombres, sino que incluso hoy, después de tantos años, sobreviven unas cincuenta y cinco mil personas todavía en el mundo, por extraño que parezca²⁵.

En este contexto y más allá de la pura especulación filosófica o iusfilosófica podemos aquí reenviar como complemento a las diferentes versiones que hallamos sobre «el papel de los jueces durante el Tercer Reich»²⁶, unas reflexiones ausentes por otra parte como es lógico del manual recensado, pero que deberían haber sido siquiera fugazmente al menos sugeridas siquiera como reenvío, de forma contrapuntística al manual.

Quizás todo ello ponga de manifiesto que el irracionalismo y la Ciencia por extraño que parezca suelen ir de la mano tal y como ciertos espíritus lo vienen entendiendo, por lo que no parezca se trate de un fenómeno extraño; quizás fuera esta la hipótesis que explica en último extremo porqué el nacionalismo alemán –anterior al nazismo– fuera impregnando poco a poco las grandes masas alemanas de todos sus territorios hasta desembocar en la barbarie nazi, al igual que sucediera con otros modelos de la época anterior weimariana bien diferentes como ciertas obras de Thomas Mann «Betrachtungen eines Unpolitischen» (1918) o de Wilhelm Schäfers «Dreizehn Bücher der deutschen Seele» (1922) que también habrían ejercido previamente cierta influencia masiva. Quizás la biga «nación y pueblo alemán» (Nation und Volk) sea el detonante del pensamiento etnocéntrico alemán en torno a «Völkisch», una deformación cuya asimilación costaría muy cara al propio pueblo alemán si bien del manual se desprende como corolario que realmente fue inducida en su mayor parte por historiadores, estadistas, geógrafos y etnólogos que entonces formaban lo que podría denominarse el «núcleo duro» del Tercer Reich de forma activa, apoyados incluso económicamente por aquellas instituciones que de forma profesional se encargaban de alimentar la llama de lo «völkisch» de forma sistemática y masiva, teniendo unas repercusiones que como bien muestra el propio manual a lo largo de todo su denso aparato biográfico y conceptual (pp. 791/834) alcanza hasta la frontera de 1970 como auto límite máximo de análisis.

En todo caso es evidente que el absurdo epíteto de «alemán» con el que se atildaba a la Ciencia, resultando así una «Ciencia alemana» (deutsche Wissenschaft). Apareció desde la célebre controversia en torno a «la Teoría de la Relatividad» del «judío» Einstein –surgiendo así una «física alemana» (deutsche Physik) frente los premios nobeles alemanes Philipp Leonard y Johannes Stark– (p. 340), fenómeno que se proyectó seguidamente sobre la historia, resultando una «historia alemana» (Deutsche Geschichte), y poco a poco *in crescendo* fue cayendo en el más delirante ridículo, de modo que la historia del arte llegó a ser la «historia del arte alemán» (Deutsche Kunstgeschichte)

²⁵ Nach Angaben des Bundes der «Euthanasie»-Geschädigten und Zwangssterilisierten (BEZ) sind bis 1945 aufgrund des Gesetzes rund 350.000 Sterilisationen in Deutschland vorgenommen worden. An den Eingriffen starben bis zu 6000 Frauen und 600 Männer. Heute leben laut BEZ noch rund 55 000 unmittelbar Betroffene. (Fuente: A. Weber. Die Rheinpfalz, Nr. 129. (5. Juni 2008), cit. p. 6.)

²⁶ Hubert Schorn, *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente*. Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt /M., 1959 / (Cfr. críticamente: Diether H. Hoffmann: *Der Richter im Dritten Reich. Eine Betrachtung zu dem gleichnamigen Buch des Landgerichts Präsidenten Dr. Hubert Schorn*).

emparentada artificialmente con la «raza humana alemana» (deutsche Rasse), con exclusión de cualquier otra foránea.

III

Antiguos nazis reciclados después de 1945. Una de las dimensiones más interesantes del libro, especialmente para los investigadores no alemanes, podríamos decir se refiere al rol jugado por todos aquellos intelectuales, profesores y académicos que tras finalizar la segunda guerra mundial consiguieron pasar de cualquier manera, sea a través de los filtros establecidos para la «desnazificación» alemana, sea colaborando con las nuevas autoridades militares, y poder así reinsertarse en la Alemania de la posguerra desde 1945, un fenómeno que sucedió tanto en la llamada «Alemania Democrática», de cuño procomunista, como en la «República Federal Alemana» de cuño liberal democrático. En este mismo ambiente se sitúan las instituciones y fundaciones de todo tipo, concentrándose el manual especialmente en las del llamado mundo libre, la RFA por tanto. Especialmente polémico y paradigmático por antonomasia es el caso de la Fundación Toepfer²⁷ respecto de su miembro promotor y fundador, el mecenas, Alfred Toepfer, un conocido viejo nazi a quien la Universidad de Basilea concedió el título de «Doctor honoris causa» en 1973, mostrándose en el manual y en trabajos posteriores de Fahlbusch la forma en la que colaboró activamente con el nazismo, no siendo por tanto uno más de sus meros afiliados (–la mayoría de los afiliados a instituciones nazis alegaron tras la guerra haber sido cohibidos a hacerlo incluso para no perder el empleo en su momento– sino haber tenido un «*papel primordial en muchos aspectos mercantiles relativos al aniquilamiento de poblaciones enteras a través de sus actividades con las SS hitlerianas no sólo durante la guerra sino incluso mediante una ayuda directa financiera a determinados criminales de guerra tras la misma*».²⁸ La polémica resulta tanto más comprometedor²⁹ cuanto que figuras como el –por otra parte libre de toda sospecha– egregio exCanciller Federal Helmut Schmidt, vgr., –de quien se supone desconocedor en todo momento de los compromisos históri-

²⁷ Análisis especialmente crítico en: «Zweifelhafter Umgang mit, “zweifelhafter Vergangenheit” Zum anhaltenden Streit um die Alfred Toepfer Stiftung», von Georg Kreis, Basel./Quelle des Aufsatzes: Georg Kreis, Vorgeschichte zur Gegenwart. Ausgewählte Aufsätze, Band 3, Basel: Schwabe 2005, pp. 501-523.

²⁸ M. FAHLBUSCH: Interview en: DRS 1 Regionaljournal Basel el 25.5.2010. «*Altnazi als Ehrendoktor - Geschichte holt Uni Basel ein Gerade im Jubeljahr zum 550. Geburtstag wird die Universität Basel mit Fragen zur Geschichte konfrontiert: 1973 verlieh sie dem deutschen Unternehmer und Mäzen Alfred C. Toepfer (†1993) den Ehrendoktor. Historische Forschungen zeigen aber, dass Toepfer im Dritten Reich nicht bloss Mitläufer, sondern aktiver Mittäter gewesen war. Auf neue Forschungsbeiträge, die Toepfers Hilfe an SS-Kriegsverbrecher nach dem Krieg belegen, mag die Uni aber noch nicht reagieren. Für eine kritische Aufarbeitung der Vergangenheit sei zu wenig Neues bekannt*».

²⁹ Para profundizar en la información, ver: «*Die Hausaufgaben blieben unerledigt*» Kein Ende im Streit um Alfred Toepfer: Der Historiker Michael Fahlbusch bemängelt Versäumnisse in der Aufarbeitung der Vergangenheit des Hamburger Stifters. Von der Toepfer-Stiftung fordert er eine neue Ausrichtung der Stiftungspolitik», en: TAZ, del 14.01. 2009.

cos de Toepfer con el nazismo bélico³⁰, aparecen implicados en la concesión de honores a éste por su apoyo como gran mecenas de la cultura universal –y no estrictamente de la alemana– siempre después de 1945. Incluso el propio Instituto Goethe³¹ parece estar relacionado tangencialmente desde el punto de vista de su génesis histórica por una parte con una fundación propiedad de A. Toepfer vía fundaciones (pp. 411 y 666), y por otra con el llamado Deutsches Auslands Institut DAI vía recepción a través de la Deutsche Akademie (pp. 62, 137 y 149)³².

Pero si hemos de ser equitativos en nuestros juicios, no todos resultan ser viejos mandos o antiguos intelectuales nazis «reciclados» de alguna manera tras el final de la segunda gran guerra mundial, ni habría porqué condenar a cuantos en algún momento hubieran elogiado a figuras señeras del nazismo. Sírvanos como ejemplo el del literato H. H. Ewers que consideraba al propio Goebbels un modelo alemán de «doctor en literatura» en su novela Horst-Wessel, escrita por sugerencia del propio Hitler tras haber sido admitido al partido nazi en 1931 de su mano, mientras que tras 1945 escribió invectivas y las conocidas sátiras contra el nazismo «Pescamos peces» (*Wir fangen Fische*) y «El club de las lombrices» (*Der Regenwurmclub*), tras haber ayudado a familias judías a la huida durante la persecución del régimen en los momentos más tensos de la guerra. En todo caso y dado que apenas se habla de literatura en el manual, al no haber sido investigada de forma exhaustiva como ciencia «völkisch» per se resulta muy difícil obtener una visión general de esta temática, por lo que en último extremo resulta tan difícil calificar de «reciclados» a viejos militantes nazis a través de sus tareas, trabajo y reinsertiones en la sociedad civil alemana tras la guerra, apareciendo igualmente como uno de los temas más polémicos del manual recensado. No hay que olvidar que en una de sus más zahirientes críticas Fahlbusch afirma sin ambages, que según recordaría Mommsen en 1998 durante la Conferencia anual de Historiadores Alemanes «*los peores nazis siempre habían sido los simpatizantes o colaboradores*»³³. Sin embargo la falta de análisis de los aspectos lingüísticos alemanes que ostenta el manual desdibuja algo el horizonte general de análisis de la totalidad del trabajo.

El manual podría servir de contrapunto igualmente para quienes deseen contrastar históricamente las posturas y actitudes de la historiografía de la época, especialmente la inmediatamente prebélica del «reciclado» historió-

³⁰ Herr Fahlbusch, als die Musikakademie Opus XXI kürzlich ein Förderangebot der Toepfer-Stiftung wegen der zweifelhaften Vergangenheit des Hamburger Stifters ablehnte, verwies die Stiftung auf das Ergebnis der Historiker-Kommission unter Leitung von Hans Mommsen: «*Es drängte Toepfer nie, Mitglied der NSDAP zu werden und er teilte nie die zentralen Ziele und Motive der führenden Nationalsozialisten*». (TAZ, cit.).

³¹ M. Fahlbusch: «Geschichte die nicht vergeht. Zu den Preisträgern der Goethe Stiftung 1935-1983». pp. 25-39. Halbjahresschrift für südosteuropäische Geschichte» Literatur und Politik 21. Jahrgang, Heft Nr. 1 / Frühjahr 2009, A | G | K Verlag Dinklage 2009.

³² Completar con el artículo: «*Zweifelhafter Umgang mit "zweifelhafter Vergangenheit" Zum anhaltenden Streit um die Alfred Toepfer Stiftung*», de Georg Kreis, Basilea. Fuente: Georg Kreis, Vorgeschichte zur Gegenwart. Ausgewählte Aufsätze, Band 3, Basel: Schwabe 2005, pp. 501-523.

³³ Michael Fahlbusch: «*Mommsen hob auf dem Historikertag 1998 hervor, die Mitläufer seien die schlimmeren Nazis gewesen*». Cit. en: TAZ, del 14.01. 2009.

grafo alemán G. Oestreich, especializado –como venimos diciendo desde hace años– entre otras materias en la temática del Derecho Natural y los Derechos humanos en Alemania³⁴ con la actual, –siguiendo vgr el ejemplo del historiador H. Timmermann³⁵ cuando presenta la visión reconsiderada de ambas Alemanias en la nueva Alemania reunificada, al par que interpreta de forma plural los acontecimientos de la época en la que predominaba el aludido elemento *völkisch*- (la interdisciplinaridad y contactos entre las historiografías alemana y española las expusimos ya en otro lugar)³⁶; al igual que, en otro ámbito de cosas como es el de la legitimación de las bases jurídicas de un pueblo, la «Teoría de la Constitución como Ciencia de la cultura»³⁷ del egregio profesor alemán contemporáneo P. Häberle, transmite hoy toda una nueva y pionera visión diametralmente opuesta al pensamiento jurídico nazi de la época.

IV

Contenido del manual. El manual abarca un amplísimo espectro de temas y autores, destacando a nuestro parecer los siguientes, especialmente habida cuenta de su relación con la reconstrucción histórica de las historiografías de los Derechos humanos desde las múltiples perspectivas que nos ofrece la filosofía del Derecho contemporánea. La problemática *völkisch* de los colectivos de residentes y colonos alemanes fuera de Alemania, tanto en el espacio geográfico como en el tiempo (pp. 62 ss. y, 506 ss. y 515 ss.). La temática en torno a las razas nobles y a las subrazas, entre ellas el judaísmo considerado sui generis por el nazismo (p. 276 ss. y 312), la temática entre el pueblo y el Imperio (Volk und Reich) p. 700 ss.; ahora bien, donde la relevancia podría demostrarse pionera para ver su implicación entre la Ciencia o los científicos alemanes y la guerra o el militarismo alemán en particular es en el artículo «La implicación de la guerra en las ciencias alemanas del espíritu» (Kriegseinsatz der Deutschen Geisteswissenschaften) pp. 338 ss.; su temática podría servir en su caso como complemento a las pioneras reflexiones iusfilosóficas del profesor García Amado³⁸ en su trabajo: «*Cómo se escribe*

³⁴ MIKUNDA FRANCO, E.: «La pervisión de los conceptos Derecho Natural e Historia en el nazismo prebélico de G. OESTREICH, 1933/1945: Un estudio introductorio», pp. 623-670, en: *El Pensamiento Jurídico, Pasado, Presente y Perspectiva*. Libro homenaje al prof. J.J. GIL CREMADES. 1113 pp. Editorial El Justicia de Aragón (2007).

³⁵ *Historische Erinnerung im Wandel*. H. Timmermann (Hrg) *Neuere Forschungen zur deutschen Zeitgeschichte u. DDR-Forschung Politik und Moderne Geschichte*. (2006)./ *Europas Schwierige Vergangenheit im 20. Jahrhundert*. H. Timmermann: (Hrg).-*Im Druck*-2010.

³⁶ MIKUNDA FRANCO, E.: «Deutsche Geschichte schreiben: Interdisziplinärer Wert deutscher Historiker u. Verfassungshistoriker in Spanien für die geistesgeschichtliche Forschung der Gegenwart», pp. 39-64, en: *Historische Erinnerung im Wandel*. H. Timmermann, o. cit.

³⁷ *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura* de P. HÄBERLE, (Traducción y Estudio introductorio: E. Mikunda) Edit. Tecnos. Madrid. (2001). (Recensión: a cargo de López González, J. L., en: *Rev. Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Núm. 5, diciembre 2001, (pp. 191-194).

³⁸ En F. Puy, M. C. Rovira, M. Otero (eds.), *Problemática actual de la historia de la filosofía del derecho española*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 19-44.

la historia de la filosofía del derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la filosofía del derecho bajo el franquismo». Recordemos que fin y objetivo supremo de todas las ciencias «völkisch» no era otro que el de lograr la captación y sumisión total del individuo a su imaginario «Volk», con el agravante de justificar así el aniquilamiento y destrucción de todo lo que no perteneciera al mismo, léase toda otra cultura extranjera al concepto de «deutsches Volk» (pueblo alemán) un concepto totalitario y racista por definición.

Finalmente constatamos que la generalidad de los artículos de que consta el manual, ordenados de forma alfabética en el sumario en vez de en forma temática, —que es lo que realmente se esperaría de un manual de estas características—, se hallan reticularmente imbricados, de modo que el marco referencial transmitido cumple perfectamente su función de presentar una imagen completa de lo que en cada momento se quiere transmitir al lector, de modo que su metodología resulta tan sorprendente como convincente, más allá de pequeñas discrepancias personales, lográndose el efecto mediante el recurso de ponderar el alcance y la envergadura de cada una de las aportaciones de que consta, de forma que puedan resaltarse las interrelaciones de las materias tratadas.

Un aprovechamiento óptimo del Manual recensado en España e Iberoamérica podría lograrse especialmente a nivel interdisciplinar³⁹, a través de iusfilósofos, historiadores, geógrafos, filólogos, juristas, constitucionalistas, y cualesquiera otros investigadores —preferentemente en materia de «Derechos humanos» dada su especificidad—, si trabajan sobre raíces históricas dimanantes del Tercer Reich⁴⁰, la República de Weimar (menos) y algo, muy poco, desde 1945 hasta finales de los sesenta del pasado siglo. Todos ellos podrán hacer un sustancioso uso del manual, que encarecidamente recomendamos incluso a quienes se opongan al mismo, —que siempre habrá en nuestro mundo plural— dándoles así una plataforma de base de argumentación plausible.

Emilio MIKUNDA FRANCO
Universidad de Sevilla

³⁹ Próximamente: MIKUNDA FRANCO, E./CASANOVA P./POBLET M.: «Die Aufarbeitung regionaler Ethnopolitik und Menschenrechtsverletzungen in Spanien in Analogie zum deutschen Begriff "Völkische Wissenschaften"», en: Wissenschaftliche Expertise und Politikberatung, Völkische Wissenschaften und Praxis im 20. Jahrhundert. FAHLBUSCH, M. (Hrsg.) Ferdinnd-Schoeningh-Verlag (Im Druck 2010).

⁴⁰ M. FAHLBUSCH: «Wissenschaft und Politikberatung. Zur Kontroverse über Volkstumsforschung im Dritten Reich», in: Halbjahresschrift für südosteuropäische Geschichte Literatur und Politik 20 (2008), 2, pp. 60-72.

LEMA AÑÓN, Carlos: *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Madrid, Editorial Dykinson, 2010, 296 pp.

A cualquier lector interesado en el estudio de los derechos humanos, lo mismo que a cualquier persona comprometida en su reconocimiento y adecuado ejercicio, no se le suele escapar la situación paradójica, y triste en definitiva, con la que nos vemos obligados a convivir. Así, por un lado podemos estar mínimamente satisfechos de que la preocupación por los derechos humanos haya logrado convertirse en una cuestión prioritaria y generalizada. La frecuencia con que aparecen reivindicaciones, denuncias y condenas en nombre de la defensa de la dignidad humana puede darnos la impresión de que algo hemos avanzado desde el punto de vista moral y político. Y probablemente esa sensación esté justificada y pueda ser comprobada.

Sin embargo, esa reiteración en la referencia a los derechos humanos no siempre cuenta con buenas razones que sirvan para determinar y consolidar una buena causa, puesto que en este tema, lo mismo que en otros especialmente sensibles a la condición humana, también se da un uso fraudulento, manipulador y, en definitiva, capaz de desnaturalizar y arruinar las más honestas pretensiones. Válganos un ejemplo de este fenómeno: la utilización política, es decir, la utilización por parte de los partidos políticos de pretensiones legítimas de los ciudadanos con fines electorales. Difícilmente podemos salir de este círculo vicioso creado entre, por un lado, las demandas del electorado, o de un sector de él (lo que aún es más peligroso porque entonces la ley no recoge el interés general, sino el particular) y las ofertas de los partidos políticos deseosos de llegar al poder o mantenerse en él, aunque sea con el riesgo de arruinar los fondos públicos. Creo que, con un pequeño esfuerzo, no resulta de esta utilización perniciosa e irresponsable de ese conjunto de necesidades básicas y urgentes que llamamos derechos fundamentales y sobre las que los ciudadanos y políticos deberíamos tener muy claro que se trata de un ámbito intocable que debe estar ajeno a los vaivenes políticos y a cualquier tipo de regateo. Los derechos humanos adquieren, de esta manera, un estatus o condición o condición de la máxima categoría política, objeto de política estatal o interestatal y amparado por la norma jurídica superior en jerarquía. Ese es el lugar que debe corresponder a los verdaderos derechos humanos (y con la inclusión del calificativo «verdaderos», doy por supuesto que algún derecho puede ser tomado por un derecho humano fundamental y ser solo una apariencia, aunque se trate de una exigencia humana importante).

Adelanto, al respecto, que puede darse el caso de algunas prestaciones sociales que, por razones políticas y electorales, pasan como derechos humanos fundamentales y básicos pero que no cuentan con razones morales y políticas fuertes para ser considerados como tales. Al mismo tiempo, aprovecho para señalar, si es necesario enfáticamente, que tomo el derecho a la asistencia sanitaria y a la protección de la salud como un auténtico derecho fundamental, de los más básicos. Su juridificación, además, goza de razones especialmente fuertes y no difíciles de consensuar.

Toda esta, ya larga, introducción me permite confesar que cuando me topo con un trabajo relativo a derechos de prestación, de carácter social y económico, inconscientemente me surge algún tipo de reparo, que me exige mayor esfuerzo intelectual para compensar ese inicial prejuicio. En el caso

del derecho a la salud aparecen inmediatamente estas apreciaciones expuestas anteriormente. El motivo es que se trata de un derecho que toca aspectos muy candentes de la vida humana, todo lo referente a la calidad de nuestra existencia, y que su análisis corre el riesgo de dar rienda suelta a la emotividad, ignorando o marginando aspectos imprescindibles para su eficacia y efectividad como son la existencia de recursos públicos y su justa, rápida e igualitaria distribución.

Quien haga el esfuerzo de leer este libro de Carlos Lema tomará conciencia de que las prevenciones y reparos teóricos enseguida se difuminan. Contiene un trabajo riguroso, en el que no está olvidada ninguna cuestión central y todo ello en diálogo con la bibliografía más relevante acerca del tema. Tanto los convencidos como los que dudan de la existencia, como derecho humano fundamental, del derecho a la salud sacarán provecho de él. Los primeros para reforzar teóricamente los argumentos favorables. A los segundos les servirá para poner en duda o al menos cuestionar ciertos supuestos y presupuestos. Normalmente se suele achacar a los tratadistas de los derechos económicos y sociales un excesivo optimismo y falta de realismo, pero me parece que no es el caso de los numerosos argumentos y planteamientos que el libro contiene. Sus cuatro capítulos constituyen un buen observatorio del derecho a la salud que atesoran cuestiones acerca de la historia y el concepto del derecho a la salud, un muy interesante capítulo segundo donde se conectan las teorías de la justicia contemporáneas con el fundamento del derecho a la salud, y otros dos capítulos, no menos sobresalientes, en torno a la consideración del derecho a la salud y la justicia distributiva y a cómo afectan a la realización de este derecho las condiciones sociales de la salud y, sobre todo, la desigualdad social.

Además de la agudeza de planteamiento, la buena selección de las cuestiones y la objetividad en la descripción de las teorías, se ha de destacar en este libro que su autor ha querido y ha sabido evitar la demagogia, y el recurso a tocar la fibra impresionable de este sensible problema. Lo que no obsta para que también se pueda percibir que ciertas posturas teóricas e ideológicas de entrada, tomadas y asumidas por Carlos Lema, puedan ser cuestionadas o, al menos, matizadas. Voy a poner dos ejemplos de ellas.

Carlos Lema (capítulo primero) define el derecho a la salud como un derecho justificado, universal y complejo. No creo que existan objeciones especiales a la hora de estar de acuerdo con la primera y segunda característica. Sin embargo, la condición que hace referencia a la complejidad, entendida en el sentido de que el derecho a la salud no es reductible al derecho a la asistencia sanitaria, plantea varios y heterogéneos problemas que deben ser graduados de mayor a menor importancia y no descritos como si la urgencia en la satisfacción de las necesidades individuales que el derecho ampara fuera la misma. Me parece que cuando nos referimos a derechos de prestación tan importantes es necesario, en primer lugar, asegurar de manera igualitaria un mínimo, con el fin de posibilitar la universalidad en el ejercicio del derecho, para más tarde y dependiendo de los recursos disponibles, extender y completar nuevas prestaciones o aspectos parciales de ellas. En cuanto al derecho a la salud, me parece que su significado está dado en dos contenidos esenciales, que serían el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a la protección de la salud (que incluiría también las prácticas de prevención). La complejidad a la que se refiere Carlos Lema, incluye todos los factores condicionantes de la salud y esta idea contiene demasiadas cosas como para que las decisiones y las prácticas políticas y el Derecho resulten eficaces en su actuación. Llego a entender la idea, comparto la referencia a los condicionantes, inexcusables de contar

con ellos pero me resulta una perspectiva demasiado ambiciosa y amplia para que pueda funcionar en el tipo de sociedades en que nos movemos, donde, por ejemplo, el sálvese quien pueda se pueda sustituir por la total planificación. Ni lo uno ni lo otro¹. En definitiva, el concepto de derecho a la salud utilizado por el autor resulta demasiado general.

En segundo lugar, y como posterior ejemplo, me parece insuficiente al tratamiento y la extensión que da Carlos Lema a una cuestión esencial, como es la de la idea de la responsabilidad personal o individual en la enfermedad. Tengo la impresión de que el autor del libro sobredimensiona el componente formado por los condicionantes sociales (que, por supuesto, tienen una incidencia grandísima). Me parece que el tratamiento adecuado de esta cuestión precisa distanciarse tanto del *laissez-faire*, aplicado a la conducta individual en materia de salud, como de un paternalismo planificador donde los poderes públicos, como si se tratara de una versión del Gran Hermano orwelliano, anulan toda autonomía y libertad individual. Carlos Lema podrá responder a esta cuestión, recordándome que la cuestión exige todo un libro; y yo le replicaría que se anime a escribirlo, pues, mientras tanto, se echan en falta cuestiones inexcusables en ese, por otro lado, indispensable capítulo final del libro.

Otros asuntos pertinentes son mencionados o tratados con mayor o menor extensión o en momentos oportunos de la argumentación general del libro. Tal sería el caso del peso del sector público o del sector privado a la hora de proporcionar los servicios sanitarios básicos, de si las prestaciones sanitarias deben dar prioridad a los verdaderamente más necesitados, en lugar de proceder desde una perspectiva literalmente igualitaria y universal; la asignación y distribución de los recursos imprescindibles; las formas de garantizar eficazmente su protección jurídica o si el derecho a la salud debe ser aplicado de manera igual a ciudadanos y extranjeros y migrantes en situación irregular desde el punto de vista legal. Carlos Lema, como miembro del gremio de la filosofía del Derecho y de la Política, se interesa fundamentalmente por la justificación filosófico-normativa del derecho a la salud, de ahí que por sus páginas discurren con facilidad las propuestas de Buchanan, Engelhardt, Dworkin, Rawls, Ferrajoli o Peces-Barba, pero no excluye la incursión en cuestiones de carácter fronterizo, puesto que es consciente de que esa perspectiva más global es la adecuada. Por todos estos motivos creo que el libro tanto va a servir para situarnos teóricamente ante las cuestiones que afectan al derecho a la salud como un derecho básico y fundamental, que debe ser prestado por los poderes públicos en el ámbito de la justicia distributiva, como para que abramos o mantengamos un debate riguroso sobre su necesidad e inexcusabilidad. De esta manera también podremos desenmascarar a los escépticos que presentan como lógicamente imposible aquello que les resulta no deseable políticamente, porque se opone a sus intereses (parafraseando el texto de H. Kelsen que se cita al comienzo del libro).

Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

¹ En el capítulo tercero de mi libro *Valores constitucionales y Derecho*, que lleva por título «Sobre la pertinencia y tensiones de la autonomía, la libertad y la igualdad como fundamentos de los derechos económicos y sociales», Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 49 ss., y he tratado algunas de las cuestiones teóricas que justifican esta objeción.

OTERO PARGA, Milagros: *El Sistema Nacional Mexicano de Educación Judicial*, México, Consejo de la Judicatura, Poder Judicial y Gobierno del Estado de México, 2009, 350 pp.

La monografía *El Sistema Nacional Mexicano de Educación Judicial* de Milagros Otero Parga expone en trescientas páginas el asunto que ese rótulo define de forma precisa. Articula la explicación en siete apartados. El primer apartado expone la *biografía sintética del Magistrado José Castillo Ambríz*, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México y del Consejo Nacional de la Judicatura (Conatrib), a la sazón instaurador del modelo de capacitación judicial que se estudia. El segundo apartado encuadra la *formación integral de los servidores de la Justicia*. El tercer apartado especifica la *formación teórica de los servidores de la Justicia*. El cuarto apartado diseña la *formación práctica de los servidores de la Justicia*. El quinto apartado establece la *formación ética de los servidores de la Justicia*. El sexto apartado estudia la *formación cultural de los servidores de la Justicia*. Y el séptimo apartado presenta algunas conclusiones.

El Sistema de Capacitación Judicial en México ha sido posible porque ha habido personas que lo han impulsado, y esas personas han actuado bajo la dirección política y técnica del Presidente de la Conatrib, Magistrado José Castillo Ambríz. La pequeña biografía del mismo que ofrece el primer apartado del libro es sintética y no exhaustiva, pero suficiente en orden al razonamiento que inicia. Tres razones la reclaman y justifican. Que «no hay Derecho sin Historia ni Historia sin Derecho». Que «cada persona tiene su historia particular que explica quién es y por qué motivo es así y no de otra forma diferente» y «por qué hace lo que hace, en vez de otra cosa distinta». Y que «no es posible entender la obra de un autor o un gestor sin conocer sus motivaciones y las circunstancias en que se produce».

El apartado segundo del libro establece el cuadro general de la formación integral que deben tener todos los servidores de un sistema de Administración de Justicia bien preparado para ejercer sus funciones. La idea central que guía este discurso pone de manifiesto las dificultades que hallan los integrantes del Poder Judicial para alcanzar y mantener una formación adecuada a sus responsabilidades. La autora sostiene que esas dificultades provienen más de los cambios sociales y de la constante mudanza de las normas jurídicas, que del descuido o falta de profesionalidad de los servidores judiciales; que la carencia de una formación adecuada es mala; y que debe ser corregida potenciando la cantidad y la calidad de la formación de todos los servidores de la Justicia.

El apartado tercero establece que muchos servidores de la Justicia adolecen de una ignorancia teórica que es culposa, aunque casi nunca dolosa, del Derecho que están obligados a aplicar; que esa ignorancia teórica debe ser corregida; y que hay que completar en los ámbitos propios del Poder Judicial las enseñanzas principalmente teóricas recibidas en las Escuelas o Facultades de Derecho de las Universidades. La autora resalta en este punto que las Escuelas Judiciales y las Facultades Universitarias no son competidoras, sino que se auxilian mutuamente uniendo fuerzas para lograr el mismo objetivo, que es el de la restauración de una Administración de Justi-

cia renovada que devuelva a los ciudadanos la confianza perdida en el Derecho, la Justicia y la Ley.

El apartado cuarto estudia ese mismo problema, pero en la dimensión de la formación práctica. Describe las carencias de práctica que tienen todos los servidores de la Justicia cuando comienzan a trabajar. Valora como malas esas carencias, aun cuando no sean muy grandes. Y propone formas de enseñanza práctica que ayuden a adquirir experiencia al par que se actúa profesionalmente. En el apartado se repite con frecuencia el principio «saber es saber hacer». Permítaseme reforzar tan correcta percepción recordando la máxima de Confucio que dice: «lo que se oye, se olvida; lo que se lee, se recuerda; lo que se hace, se aprende».

El apartado quinto del libro aborda las faltas de formación ética de los servidores de la Justicia; las razones que obligan a estimar inaceptable ese defecto, y las vías hacederas para superarlo. La doctora Milagros Otero encara este problema con audacia y valentía afirmando la urgencia que pide la instauración de un servicio público intachable, éticamente responsable ante la sociedad por la importante labor que realiza. «Urge, dice, que la sociedad vuelva a confiar en sus jueces y les vuelva a otorgar la *auctoritas* que en otros tiempos tuvieron y que hoy les es discutida».

El sexto apartado atiende a la parte de la formación que constituye la corona de toda formación educativa, que es la formación cultural. A juicio de Milagros Otero, también deben acreditar los servidores públicos una formación cultural digna. Porque el Derecho, la Justicia y las Leyes son productos culturales. Y porque, sólo conociendo perfectamente la cultura propia de la sociedad en la que viven y los valores que la comunidad de destino de sus decisiones aprecia como beneficiosos será posible que los jueces puedan impartir una Justicia debidamente motivada y socialmente aceptada.

El séptimo apartado del libro se reserva para las conclusiones. Siguiendo la metodología tópica se dividen éstas en descriptivas, valorativas y normativas.

Las primeras, las descriptivas constatan que el Derecho a obtener Justicia es uno de los Derechos Fundamentales del ser humano y que la falta de una formación adecuada de los servidores de la Justicia produce el indeseado efecto de su conculcación, y eso por la propia institución creada para asegurarlo y defenderlo. Constan así mismo que la falta de formación alcanza a los cuatro ámbitos básicos de ella: el teórico, el práctico, el ético y el cultural, y que esa falta de formación integral redundará en un mal desempeño de los funcionarios del Poder Judicial.

La conclusión valorativa califica este hecho como negativo por los daños que causa al Estado, al Poder Judicial, a la sociedad, a los propios servidores de la Justicia y a los justiciables en general. Y por lo mismo afirma la necesidad de tomar decisiones y arbitrar políticas y programas orientados a lograr su urgente corrección.

Y la conclusión normativa, más práctica en sí misma, propone diversas medidas dirigidas a amortiguar el defecto localizado, y en el horizonte a suprimirlo. Dichas medidas pasan por la necesidad de garantizar una capacitación suficiente, completa y permanente que es la que en la actualidad proporcionan las Escuelas Judiciales encargadas de coadyuvar, actualizar y

poner en práctica la formación universitaria previamente recibida por los servidores públicos.

Completan el *corpus* del libro que acabo de describir otras aportaciones que enumero sencillamente.

Ofrece el libro en primer lugar un prólogo firmado por el Licenciado Enrique Peña Nieto, Gobernador Constitucional del Estado de México en el cual el alto mandatario elogia y agradece la labor de la Doctora Milagros Otero Parga calificándola de «obra de gran valía porque explica la evolución de los procesos educativos y de capacitación permanente en el Poder Judicial, descubriendo múltiples aristas de la profesionalización de los servidores públicos y su efecto real en la consolidación del Estado de Derecho».

Ofrece el libro en segundo lugar una carta del Magistrado José Antonio García Caridad, en la actualidad Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. En ella García Caridad reafirma su convencimiento de la importancia que tiene la formación teórica y práctica permanente y actualizada de todos los funcionarios del Poder Judicial y por eso felicita al Magistrado Castillo Ambríz por implementarla en México, y a la autora del libro Milagros Otero por estudiarla y proponer acciones que puedan mejorarla.

Finalmente, el libro se cierra con un apéndice que lista sucesivamente los documentos manuscritos, los libros doctrinales y los textos legales utilizados.

La obra que analizo se beneficia de la profunda inmersión en la cultura y la Jurisprudencia mexicana de su autora. Milagros Otero Parga, Doctora en Derecho y Profesora Titular por la Universidad de Santiago de Compostela (España), es una profunda conocedora de México, país al que visita asiduamente y con el cual le unen profundos lazos de amistad que poco a poco se han transformado en vínculos docentes e investigadores, que la convierten en una experta conocedora de su idiosincrasia, su sistema jurídico, su cultura y sus gentes. La Doctora Otero Parga es una asidua colaboradora de las aulas jurídicas mexicanas, las cuales le han mostrado su gratitud nombrándola Profesora Visitante de la Universidad Panamericana (D. F.), de la Universidad Autónoma del Estado de México, del Instituto Tecnológico de Monterrey y de la Universidad Anahuac; y también Colaboradora de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, y Asesora Académica y *Magister Honoris Causa* de la Escuela Judicial del Estado de México.

Todo el libro, y en especial el apartado sexto, demuestran que la autora conoce a fondo las costumbres, el folclore y la literatura mexicanas, circunstancia que le permite la inmersión en su «forma de ser propia» y añade a la profundidad y utilidad de contenido del libro un buen pellizco de belleza estética.

Es mérito importante de la obra la excelente malla conceptual que le da apresto. El esquema argumental sigue un patrón tan simple como lógico y persuasivo: Primero describe el problema real que analiza; después valora pros y contras, y especialmente los aspectos perniciosos que deben ser corregidos; finalmente, aporta una o varias soluciones para corregirlos especificando las medidas a tomar y los instrumentos adecuados para llevarlas a cabo, a fin de que no se queden en simples declaraciones de buenas intenciones con poca o ninguna utilidad práctica.

Este libro aborda con seriedad, pulcritud y fundamento uno de los problemas más graves que tiene planteado en la actualidad la Administración de Justicia en México, pero que también se da en España y, en realidad, en casi

todos los países occidentales, en especial los que pertenecemos al área jurídica romano-germánica en lugar de a la anglo-sajona: el desprestigio, la pérdida de confianza, la desautorización pública. La autora aborda el problema con una visión cuidada, amena, interesante y útil que no se para en la descripción, sino que se atreve a calificar sus aspectos más delicados, y a proponer soluciones para corregirlo. Su interés excede por eso el ámbito de la Jurisprudencia mexicana y se extiende a la hispana y a toda la latinoamericana.

Francisco PUY MUÑOZ
Universidade de Santiago de Compostela

SANTOS ARNAIZ, José Antonio: *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Granada, Editorial Comares, 2008, 326 pp. + XIX.

Bajo el signo de un renovado interés por el conocimiento de los filósofos del derecho y constitucionalistas alemanes muy bien representado en la actualidad por Francisco Sosa Wagner (*Maestros alemanes de Derecho público, I y II*, Madrid, Marcial Pons, 2002 y 2004, 248 y 408 pp.), José Antonio Santos nos ofrece un estudio completo y muy sugerente sobre el iusfilósofo y penalista Arthur Kaufmann y su contexto teórico e histórico. Se trata de un estudio sobre Kaufmann que comparte su posición hermenéutica en un debate incluyente de las posiciones analíticas en torno a la interpretación y aplicación del derecho. La tradición jurídica alemana no sólo es importante, para nosotros, porque supone un ejemplo constitucional imprescindible para los países continentales europeos, al menos desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, sino también por la gran aportación realizada por la Constitución de Weimar de 1919, vigente en su contenido democrático hasta la algarada nacionalsocialista de 1933. La referencia al periodo constitucional recorrido entre 1919 y 1933 es clave para comprender un proceso de reconstrucción de la Alemania contemporánea, fallido por la dualización económica de la sociedad, repetida a comienzos del pasado siglo en toda Europa y abierta a las grandes contiendas bélicas. A tal confluencia de contradicciones sociales y económicas no pudo sobreponerse una república democrática y presidencialista empeñada en la reforma del parlamentarismo. La Constitución de Weimar contó con una base social débil dada la preponderancia de sectores conservadores y aristocráticos en la Administración y la paupérrima situación económica. Circunstancias tan fatales favorecían, lamentablemente, la fatídica esperanza de contar con un Mago que se sacara un as de la manga para salvar al país. Contar con el maestro de Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch, como Ministro de Justicia en Weimar no pudo contener la debacle. Pero la polémica, entonces iniciada, acerca de cuestiones como si esta Constitución, también ejemplar, representa dos constituciones por su división entre una parte orgánica y otra de derechos fundamentales –como querían los enemigos de la democracia liberal, como Schmitt–, el debate sobre la compatibilidad competencial entre ser miembro del gobierno y también del parlamento, y la introducción de un presidencialismo de elección popular que aportaba amplias competencias al Presidente en su equilibrio con el parlamento abrió, en su día, una discusión jurídico política de vital trascendencia en la articulación constitucional de la democracia liberal. Tras el vaciado institucional propiciado –desde la perspectiva que nos ofrece nuestro tiempo– por el *bismarckismo* y los dos guillemos en una Alemania dominada por las clases altas, este género de cuestiones forjó buena parte de los pilares institucionales a los que, luego, se añadió la jurisdicción constitucional venida del otro lado del Atlántico en el periodo de entreguerras.

Todo este periodo, marcado en Alemania como en toda Europa por la crisis del parlamentarismo y de la ley, desde finales del siglo XIX, y tan sólo remontable tras la segunda gran guerra europea, aún muchas contradicciones. Tantas que permite a autores tan conservadores como Carl Schmitt –del que también se ocupa José Antonio Santos– seguir sirviendo al debate dentro de la izquierda actual. El periodo alemán delimitado por la I y la II Guerra Mundial es tan rico que permite lecturas y sugerencias muy variadas. La

riqueza y las paradojas de los autores que componen esta generación de juristas a la que perteneció Kaufmann siguen sirviendo para discutir el papel del legislador y los jueces en los límites significativos del lenguaje. Nos siguen esclareciendo en torno a si existe un papel creativo en los jueces o una concepción semántica del lenguaje es salvaguardia estricta de esta función en el legislador. Es, precisamente, esta lectura crítica en torno a los principales problemas de la teoría del derecho la emprendida por José Antonio Santos en su magnífico libro sobre este clásico contemporáneo. Precisamente la apertura teórica de los clásicos nos incita a proseguir el diálogo sobre los problemas actuales. Quizás planteando cuestiones más que resolviéndolas y cerrándolas todas. Si volvemos al ejemplo ahora más recurrente, puede afirmarse que no cabe una sola lectura de Carl Schmitt. Su formación dentro, también, de la lectura de Marx le permitió ver la confrontación económica de grandes potencias o de ligas de naciones con pequeñas potencias nacionales como parte de una batalla política que no requiere declarar la guerra para valerse una fijación de precios en el mercado internacional y estrangular así hasta la inanición a todo país que no sea competitivo. No sobra decir convincentemente, como él, que el mercado es una manifestación de la política beligerante y la competencia una contienda con sus consiguientes bajas, en vez de instrumentos de profundización de la rentabilidad. Vale la pena acudir a fuentes alemanas tan conservadoras, como este autor tan recuperado ahora, aunque no cuenten con ser de «izquierda». Pero, además, en este periodo amplio, que obra como telón de fondo no sólo del pensamiento de la socialdemocracia de Arthur Kaufmann sino también del totalitarismo nacionalsocialista, se produjo la teoría social de Max Weber tan favorecedora de la escuela de Frankfurt como de la escuela de Friburgo, tanto de los críticos de la sociedad de consumo como del neoliberalismo que campea. Las mismas tensiones sociales que se dieron en la Alemania previa a las guerras entre elementos tradicionales y racionalistas se dan en Max Weber –impulsor del artículo 41 de la Constitución de Weimar– entre la modernización –burocracia, competencia, especialización, tecnificación...– y el consiguiente desencantamiento del mundo moderno, ya carente, irremisiblemente vacío, de la espiritualidad de las sociedades tradicionales del pasado. Las contradicciones sociales que estallan en las dos grandes guerras europeas son recogidas por la generación de Kaufmann. Una generación que tuvo que sobreponerse a la persecución nacionalsocialista y, además, comprometerse con la reconstrucción universitaria, jurídico institucional y política de Alemania tras la amarga experiencia del holocausto y del totalitarismo. Por ello, es sumamente oportuno hablar en este libro de «Arthur Kaufmann en la *encrucijada* de la filosofía jurídica alemana de la posguerra». El planteamiento de José Antonio Santos no dejará insatisfecho a aquellos lectores que prescindan consecuentemente de la visión unilateral que anula estas contradicciones en las que se dio tanto el pensamiento conservador como el socialista y el liberal en el pasado siglo.

La reconstrucción institucional de Alemania contaba además con un «a priori» que pesaba mucho en aquella generación de autores agrupados en torno al derecho público. Tenían que remontar la «fobia del Estado». La desmesura del Estado bajo el nacionalsocialismo y el estalinismo había sido tal que había que reconstruir la maquinaria estatal alemana bajo la premisa de no gobernar ni demasiado ni demasiado poco (la forma federal de Alemania como constitucionalmente intangible iba dirigida a limitar cualquier nueva tentación de Estado potencia, había que poner límites a «Alemania por encima de todo»). En la Alemania de la reconstrucción, se reusaba la programa-

ción bajo la dirección del Estado y se priorizaba una concepción no intervencionista. Quizás, por ello, sea tanto más interesante la formulación teórica de Arthur Kaufmann por haberse superpuesto a partir de concepciones socialdemócratas, emanadas de su maestro Gustav Radbruch, tanto a la barbarie nacionalsocialista como a concepciones formales del Estado de Derecho. Las visiones liberales de la época carecían de una planificación estatal, lo tenían a gala, o de unos fines de logro de la justicia social. Kaufmann, en cambio, no sólo aspiró a la aplicación de la ley sino a la realización de un contenido material de justicia.

José Antonio Santos ha reconstruido muy documentadamente el horizonte negativo del nacionalsocialismo que tuvo que remontar la generación de la posguerra. Su obra señala los daños causados por el Tercer Reich en Alemania como una herida vivida por Arthur Kaufmann en carne propia, un «fantasma que le perseguiría toda su vida». Kaufmann se encuentra entre los que tuvieron que combatir en las filas alemanas y padecieron las secuelas irremontables del combatiente, a pesar de haber tenido permanente aversión al marasmo iniciado por Adolf Hitler. José Antonio Santos plantea acertadamente si la Constitución de Weimar tuvo tan escasa base social que nació muerta. En el plano social, Arthur Kaufmann, echaba en falta en aquella Constitución un mayor énfasis en los contenidos materiales del Estado de Derecho –liberalismo, pluralismo, igualdad y tolerancia–; en el plano teórico, el positivismo jurídico representado por Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Gerhard Anschütz o Richard Thomas se vio duramente confrontado por voces valorativas superadoras como Carl Schmitt y Rudolf Smend que minaron sus fundamentos. Las mismas confrontaciones entre comunistas y socialdemócratas no ayudaban tampoco a frenar la inevitable embestida nazi que se apuntaba en el horizonte totalitario europeo. Todo apuntaba a una «república sin republicanos», en palabras de José Antonio Santos, que se saldaría con un salva patrias, supuesto liberador del complejo humillante de Alemania por haber perdido la primera gran guerra. La posición de Radbruch y Kaufmann era inequívoca. Detestaban tanto el holismo orgánico sobre el que se erigía una concepción del Estado totalitario que desdeñaba a los individuos como las llamadas atávicas a la unidad del Estado nación bajo el Führer. Pero no pudieron evitar que el derecho y la dignidad personal fueran conculcados por el poder totalitario. La exposición de Santos no deja dudas sobre el trauma de Kaufmann debido a que sus colegas filósofos del derecho alemanes siguieran la vesania nazi. Las salidas ante el nacionalsocialismo eran pocas: apoyo, exilio y conformismo disimulado. La escasa resistencia a Hitler tuvo en el profesor Radbruch a uno de sus modelos académicos, dentro de una documentada exposición de los grupos jurídicos que se posicionaron ante el nazismo. Uno de los aciertos del libro de Santos es que logra reconstruir este contexto trágico de Radbruch y Kaufmann. El libro traza de forma amena la evolución académica de ambos autores –su concatenación no ve las diferencias y desacuerdos–. La exposición conceptual rigurosa de sus doctrinas penales y iusfilosóficas no obvia la biografía intelectual contextualizadora de las ideas.

Kaufmann sitúa su concepción de la ciencia jurídica dentro de la división abierta por Max Weber entre ciencias explicativas y ciencias comprensivas. Max Weber consideraba que los fenómenos sociales no pueden explicarse mediante leyes científico naturales sino mediante un análisis cualitativo que requiere de valores explicitados para internarse metodológicamente en la comprensión de cada uno de ellos. De alguna forma, la localización metodo-

lógica de Kaufmann hecha por Santos se sitúa en esta división weberiana, trazada en debate con la sociología que le precedió, pues su concepción de la ciencia del derecho es consciente de la inconmensurabilidad e imposible dominio científico de los elementos jurídicos estudiados. La actuación judicial, la tradición mediadora, el papel de los principios respecto de las normas, ... son aspectos de mayor indeterminación que los elementos explicados por las ciencias naturales. La imposibilidad de descubrir leyes universales explicativas de los fenómenos jurídicos conduce a Kaufmann a situarse en la hermenéutica, entre la ciencia y el arte, para captar verdades particulares para cada fenómeno. El capítulo de conclusiones dedicado por Santos a la posición ecléctica de Arthur Kaufmann entre la hermenéutica y la analítica es muy esclarecedor de sus posiciones. Se trata de un aspecto que conoce también por la coedición –y en buena parte traducción– de una recopilación de trabajos *ad hoc* de Arthur Kaufmann titulada *Hermenéutica y Derecho* (Granada, Comares, 2007, 224 pp.). A partir de una completa documentación bibliográfica, Santos aborda el planteamiento del autor alemán sobre la determinación del derecho para la realidad social mediante un control intersubjetivo que aúna elementos objetivos y subjetivos. Se trata del capítulo central del libro pues se centra en los presupuestos metodológicos de Kaufmann sobre la determinación racional e irracional del derecho. El esfuerzo metodológico de la hermenéutica kaufmanniana por limitar la discrecionalidad en la determinación del derecho, queda plenamente esclarecido en este estudio de Santos en su exposición final sobre la «cuaternidad kaufmanniana» (en expresión de Robert Alexy), simultánea en la interpretación y aplicación del derecho, de deducción o subsunción, inducción o determinación del derecho mediante una solución plausible al caso, abducción o precomprensión para la deducción y la analogía para dos casos por comparación. Su estudio de la tensión sintética de hermenéutica y analítica da cuenta de las dificultades y riqueza de las aportaciones de Kaufmann entre la necesidad de prejuicios en la precomprensión intersubjetiva del sentido y la concepción semántica del lenguaje. La exposición determina qué tipo de filosofía analítica permite el sincretismo con la hermenéutica y cuál se manifiesta como irreconciliable. Y, asimismo, esclarece cuál es la posición hermenéutica de Kaufmann a partir de la filosofía de Jaspers, Jonas, Heidegger y, sobre todo, Gadamer, y su *Verdad y Método* (1960), para conseguir una conciliación metodológica con las *Investigaciones filosóficas* (1953) del segundo Wittgenstein en la formulación de una «teoría del derecho como teoría lingüística del derecho»: para Kaufmann, el derecho es tanto un instrumento coactivo como un medio de comunicación simbólica.

Para concluir en estas posiciones dentro de la filosofía jurídica, Kaufmann ha realizado un prolijo y esforzado, cuando no accidentado, itinerario por la Filosofía del Derecho y el Derecho Penal, pero también entre la carrera académica y la «vida del espíritu». José Antonio Santos reconstruye ese recorrido durante setenta y ocho años de existencia (1923-2001) entre la exposición conceptual, las influencias, los debates y la sociobiografía. Desde sus muy fructíferos años en la Universidad del Sarre en Sarrebruck en los comienzos de los años sesenta, cuando se produce un mayor acercamiento a la Filosofía del Derecho y un cierto distanciamiento del Derecho Penal, a su radicación definitiva en la Universidad de Múnich a finales de esta década y hasta su jubilación, aparece su círculo de formación, sus nombramientos y títulos honoríficos, su defensa del derecho incorrecto en los debates del momento: frente al derecho incorrecto en los conflictos estudiantiles, con el derrumbam-

miento del comunismo y el conflicto Este-Oeste, el desarrollo de la libertad y el Estado de Derecho, etc. José Antonio Santos resalta los rasgos de una tipología del investigador excepcional encarnada en Kaufmann: proximidad por los debates públicos en la política del momento, ilimitada curiosidad de la física a la informática, vocación e impulso investigador propio y colectivo, fuertes convicciones y tolerancia...

El trabajo de José Antonio Santos oscila entre las influencias recibidas por el núcleo filosófico contemporáneo y las tradiciones filosófico-jurídicas que se dan cita en la obra de Arthur Kaufmann. Gustav Radbruch aparece no sólo como quien influye en su discípulo en plena vuelta de la guerra y consiguiente confusión general sino también como quien perfila el campo de intereses y la perspectiva histórica de Arthur Kaufmann. Cuatro años de amistad (1945-1949), fatalmente interrumpida, dejó una huella indeleble. Radbruch le inculca una inquietud cultural muy variada que no se limita al derecho sino que abarca la política, el arte, la filosofía en general,... Esta visión sitúa al derecho como un fenómeno cultural y a la ciencia del derecho como una ciencia de la cultura. La experiencia más influyente de Radbruch en Kaufmann es la de la «antijuricidad legal». Una experiencia que, ante los horrores legales cometidos por el nacionalsocialismo, le puso frente a las insuficiencias de un derecho concebido como derecho válido propiciador de seguridad jurídica. Ambos autores defendieron una concepción del derecho que persigue la justicia material y que, en sentido estricto, no es ni iusnaturalista ni positivista. Más que contribuir al renacimiento del iusnaturalismo, subraya Santos, Kaufmann evitó la hipostatización legal del nazismo. Inevitablemente, no obstante, la teoría crítica de la antijuricidad legal y la apelación a la conciencia individual para determinar al derecho corrupto como extraño condujeron a un resurgimiento del derecho natural y los derechos humanos. La paradoja en las que maestro y discípulo se encontraron es postular un derecho natural de contenido mutable (el hombre como motor del engranaje jurídico-filosófico en su historicidad).

Entre los muchos clásicos que Kaufmann frecuentó –Cicerón fue el primero– está Tomás de Aquino entre los más imprescindibles para su teoría. Lo paradójico de su caso es que ni ofició como neotomista ni cultivó la concepción más frecuente de la «*philosophia perennis*». Como pone de manifiesto José Antonio Santos, Arthur Kaufmann abordó el problema de la ley y el evangelio desde una óptica secular. Se mantuvo muy crítico con el resurgir del neotomismo de la primera mitad del siglo xx, muy enfrentada con el positivismo jurídico y el neokantismo imperante. Para Arthur Kaufmann, la fundamentación jurídica es prioritaria y la religión aparece en un segundo plano pero no desliga los problemas teológicos de los filosófico-jurídicos. Creo que esta perspectiva está teniendo un resurgir contemporáneo muy vivo a partir del debate de Hans Blumenberg con Carl Schmitt sobre la secularización perfecta o imperfecta de la religión en las sociedades modernas y su consiguiente prosecución por autores como Giorgio Agamben o Roberto Espósito. Arthur Kaufmann se encuentra entre aquellos autores que rechazan la escisión entre ser y deber ser o hecho y valor (George Jellinek era en los años de su formación la figura más importante del derecho público de Heidelberg e irradió su teoría de «la fuerza normativa de lo fáctico») para buscar una realización sustantiva de la idea de justicia. Arthur Kaufmann reconoce una dialéctica, muy criticada desde la filosofía analítica, entre contenidos normativos y contenidos vitales. Su concepto sustantivo de justicia reconoce la resistencia al derecho injusto y hace valer la irreductibilidad de la concien-

cia individual para acatar o desobedecer al derecho. Pero su formulación del derecho natural es histórica y descarta la tradición iusnaturalista de un derecho absoluto en el tiempo y el espacio (también defendida por el iusnaturalismo racionalista). Lejos de considerar que el juez es apolítico, Kaufmann subrayó cómo juegan los elementos de la moralidad positiva y principios jurídicos mutables en la resolución de los casos. Su teoría jurídica recupera pautas extralegales que no son marginales o extrañas al derecho. José Antonio Santos desentraña, en este sentido, qué elementos del iusnaturalismo tomista son utilizados por Arthur Kaufmann para abordar la justicia como la correcta decisión para la situación concreta. Se trató de arribar a una ontología relacional que comprende a la persona en sus relaciones con otras y al derecho como sistema de relaciones de los seres humanos entre sí mismos. Uno de los recursos argumentativos que el autor alemán utilizó de forma prudente, a favor de la justicia y de una concepción menos rígida de la ley, es la aristotélica y ciceroniana «naturaleza de la cosa». Precisamente, la orientación directa y plenamente filosófica de José Antonio Santos, su mismo interés por la historia de la filosofía sin ambages, le permite dar cuenta de los fundamentos de un autor formado en la excelente tradición de pensamiento alemán. La exposición del libro cuenta con afirmar cuales son los materiales normativos de su concepto de justicia, sin obviar que Kaufmann opera sin una «teoría de la justicia» cerrada. Actúa más definiendo lo injusto e intolerable que definiendo lo justo. La propia dialéctica histórica del concepto de justicia de Kaufmann se asemeja más a una «teología negativa» que dice qué no es la divinidad y se reserva, hasta la prohibición (judía), su pronunciación. No obstante el análisis de todas las fuentes del concepto de justicia de Kaufmann, su derecho natural es, en todo caso, de corte neokantiano. Pero la finalidad del libro no es la propia de un estricto historiador de la Filosofía del Derecho pues ahonda perspicazmente en los problemas de la interpretación del derecho en excelentes páginas dedicadas, por ejemplo, a las posiciones de Kaufmann sobre la diferencia entre normas y principios a la vista de los planteamientos de Kelsen, Larenz, Esser y Dworkin. El autor del libro, lejos de limitarse a intentar rastrear un concepto de derecho en las tradiciones iusfilosóficas cercanas a Kaufmann, está reconstruyendo también una forma de entender la interpretación y aplicación del derecho por los tribunales constitucionales europeos. Al garantizar los derechos individuales contra mayorías políticas, mediante la aplicación de normas constitucionales y principios, los tribunales constitucionales actúan, según José Antonio Santos, como pacificadores sociales dentro de una etapa posmetafísica.

Bastaría repasar la amplia repercusión de Arthur Kaufmann entre los colegas españoles y extranjeros para cobrar conciencia de la centralidad iusfilosófica de su pensamiento. Al menos, junto a una predominante y muy fructífera filosofía analítica. Minuciosamente, José Antonio Santos ha rastreado en un documentado apéndice a su obra todas las dedicaciones amplias y decididas –así la de su director de tesis, Andrés Ollero, entre otros– o pequeñas y tangenciales que le han precedido y le han acompañado personal y bibliográficamente. Se trata de una rendición de cuentas o agradecimiento que no suele darse en otros doctores jóvenes, con frecuencia, tan pagados de sí mismos que no reconocen otro precedente que el suyo mismo, mayúsculo y único. Pero, además, a su propia generosidad se une un cierto amor por el objeto de estudio: Kaufmann y sus libros, Kaufmann y sus seguidores por todo el mundo. Una querencia imprescindible para un investigador genuino. Se trata de un amor de pertenencia a una comunidad de investigadores que le

lleva por un largo itinerario: España, Chile, Argentina, Colombia, Méjico, Japón, Taiwan, Corea, Grecia, Italia, Eslovenia, Portugal, Hungría,... Algunas de estas influencias las conoce de primera mano dados sus estudios con Ulfrid Neumann –Presidente de la Fundación Gustav Radbruch– en el Instituto de Ciencias Criminológicas y Filosofía del Derecho en la Universidad Johann Wolfgang de Fráncfort del Meno o con el profesor Shing-I Liu, muy reconocido kaufmaniano, en la Universidad Nacional de Taipei en Taiwán. Este libro es una de sus principales investigaciones. Tras este brillante libro, podemos ver cumplida la expectativa de otras excelentes aportaciones de este joven y ya maduro investigador.

Julián SAUQUILLO GONZÁLEZ
Universidad Autónoma de Madrid

SEN, Amartya: *The Idea of Justice*, London, Allen Lane, 2009, 468 pp.

I

Amartya Sen abre su último libro, *The Idea of Justice*¹, contraponiendo dos listas de nombres. De un lado, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Rawls. La alineación titular. Del otro, una especie de «lista negra», compuesta por Bentham, Mill, Condorcet, Wollstonecraft, Marx y Smith. Son la otra cara de la Ilustración, y precisamente a los que Sen pretende dar más juego. Las diferencias entre ambas listas resultan patentes, y desde luego en la primera existe una coherencia, una línea clara que subyace, de la que la segunda carece. O sea, que puestos a jugar, parece que el primer equipo es más conjuntado que el segundo. Pero eso a Sen no le importa demasiado, porque precisamente lo que viene a decir es que el juego ha cambiado, o al menos el terreno en el que se juega, que es ahora un terreno global.

The Idea of Justice habla sobre una teoría de la justicia para el mundo de la globalización, y lo hace con una propiedad que contrasta con la verborrea que suele acompañar al término. Es sabido que por todas partes se insiste hoy con incansable constancia en la etiqueta de la globalización, lo que genera desde adhesión papanata hasta un escepticismo obstinado. «¡Ah, sí, la globalización! Es una maravillosa excusa para hacer muchas cosas», dijo el Nobel de Economía Robert Solow. Pues bien, entre tanto ruido aparece otro Nobel de Economía, Amartya Sen, quien con un dominio de la cultura universal apabullante (desde la *Bhagavadgita* a Wittgenstein, en viaje de ida y vuelta) va directo a la nuez del problema sin necesidad de fuegos de artificio ni humos de colores. Su proyecto: la construcción de una teoría de la justicia global para un mundo global. Su punto de partida: la crítica de la tradición dominante, que puede identificarse *grosso modo* como la contractualista y que culmina con el objeto más inmediato de su crítica, a saber, la filosofía de John Rawls.

Creo que no es necesario decir más para comprender que el carácter de la obra es colosalmente ambicioso. Por eso mismo, porque pretende una revisión tan profunda como extensa del *statu quo* del pensamiento social, se me antoja que el libro recibirá muchas y serias críticas. Por mi parte, avanzo que esta nota la voy a escribir desde la simpatía hacia el libro de Sen, que me parece honesto, valiente y necesario. No se tratará, en este sentido, de un comentario equilibrado.

II

The Idea of Justice se construye a partir de la crítica de las teorías de la justicia dominantes en el mundo moderno, y más concretamente de la mane-

¹ Esta reseña se refiere a la edición original inglesa. Mientras estaba elaborándola, apareció la traducción española: *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010 (trad. Hernando Valencia Villa).

ra en que culminan en la obra del filósofo social contemporáneo que el autor considera más brillante: John Rawls². La crítica gira en torno a tres grandes problemas que Sen identifica en las teorías contractualistas, a las que considera trascendentalistas, institucionalistas y excluyentes.

Las teorías dominantes, incluida la de Rawls, son *trascendentalistas* porque concentran su atención en una justicia perfecta, se obstinan en el diseño de la sociedad absolutamente justa. Aun reconociendo la belleza de la utopía, Sen muestra serias dudas sobre que esa sea la mejor manera de aproximarse al problema de la justicia. Al contrario, considera que dicha aproximación conduce a una parálisis indeseable: mientras los filósofos y los intelectuales se enzarzan en discusiones seculares sobre cómo debe ser esa sociedad perfectamente justa, las injusticias suceden, aquí y ahora. Sen propone cambiar el foco: no concentrarse en alcanzar la justicia sino en combatir la injusticia. Parece un juego de palabras, pero no lo es, de lo que Sen nos persuade con optimismo al iluminar avances históricos concretos en la lucha contra la injusticia que no están comprometidos por la evidente falta de aquel acuerdo de máximos.

Las teorías dominantes son *institucionalistas* porque se concentran de manera primordial en reglas e instituciones. Es decir, entienden que la justicia equivale a un conjunto de instituciones justas, dejando relativamente de lado los comportamientos reales de las personas y las consecuencias que esas instituciones tienen en la vida de los individuos y de las sociedades. Según Sen, el sistema de «justicia como equidad» de Rawls adolece de este problema, ya que concentra su atención directa casi exclusivamente en «instituciones justas» en vez de en «sociedades justas», las cuales no sólo dependen de la efectividad institucional sino también de los comportamientos humanos (67). Las instituciones deben servir para promover la justicia, pero tratarlas como manifestaciones en sí mismas de la justicia equivale a una suerte de «fundamentalismo institucionalista» (82).

En relación con esto, Sen introduce una interesante distinción que toma de la teoría jurídica y moral india clásica, la cual contrapone los conceptos de *niti* y *nyaya*. Siempre según Sen, los dos términos quieren decir justicia en sánscrito clásico, pero con matices significativos: mientras el *niti* hace referencia a la adecuación organizacional y a la corrección formal de los comportamientos, el *nyaya* apunta hacia un «concepto comprensivo de justicia realizada», el cual no sólo tiene en cuenta las instituciones o las reglas, sino que está inevitablemente vinculado con el mundo que de hecho existe y que resulta de la aplicación de aquellas (20)³. Así, mientras que la perspectiva *niti* está centrada en instituciones y en reglas, para conocer el mundo en el que real-

² A lo largo de su libro, Sen demuestra no sólo conocimiento de la obra de Rawls sino también reconocimiento y admiración hacia la misma, así como hacia la persona de Rawls, a cuya memoria dedica la obra.

³ Aunque no coincide completamente, la distinción tiene similitudes evidentes con la que la escuela del realismo americano popularizó durante el siglo XX entre el Derecho en los libros y el Derecho en acción. ROSCOE POUND, «Law in Books and Law in Action», *American Law Review*, 44, 1910, p. 12. Esta resonancia de los realistas, que se reproduce en otros puntos del libro, no es del todo casual: en mi opinión se explica porque Sen comparte con ellos una cierta orientación pragmática.

mente vivimos (y en el que suceden las injusticias) debemos complementar aquella visión con una perspectiva *nyaya*.

Una de las razones por las que una aproximación *nyaya* es preferible a una simplemente *niti* es porque aquella deja espacio para la consideración de las consecuencias. Sin embargo, sería un error pensar que el *nyaya* implica la adhesión a una teoría puramente consecuencialista de la ética y de la justicia. La aproximación *nyaya* también tiene en cuenta los procesos, los deberes y las responsabilidades *in abstracto*, como ilustra Sen mediante el dilema de Arjuna, que utiliza en repetidas ocasiones a lo largo de su libro. Hace aquí referencia a un episodio de la *Bhagavadgita* (parte de la historia épica india *Mahbharata*), en el que el invencible guerrero Arjuna expresa sus dudas sobre emprender una batalla que causará muchas muertes y mucho dolor, en contraste con la insistencia de Krishna en que cumpla con su deber de luchar independientemente de las consecuencias. La moraleja de la historia no está en que Arjuna expresa una posición consecuencialista, en vez de deontológica, sino en que el personaje es lo suficientemente sofisticado como para adoptar rasgos de ambas, y aun de otras. Así, Arjuna ilustra al tiempo el respeto por el deber abstracto y rígido que pesa sobre él; la preocupación por el trágico resultado de sus acciones; la aún más específica preocupación por el hecho de que ese resultado trágico afectará a personas con las que le une una relación de parentesco; y la encarnación de todo lo anterior en un comportamiento que ejemplifica la valentía. Se configura de esta manera la escena como un crisol en el que se funden las teorías éticas más importantes: el deontologismo, el consecuencialismo, la ética del cuidado y la ética de la virtud. Esto tiene que ver con una característica esencial del libro de Sen: la pluralidad de razones sostenibles, sobre la que insisto más abajo.

Además de trascendentalista e institucionalista, Sen considera que la teoría de la justicia de Rawls también es *excluyente*. Con esto se refiere el autor a que dicha teoría, en coherencia con la tradición contractualista que culmina, se aproxima a la justicia en el contexto de una determinada comunidad política concebida de manera relativamente aislada. Así, el contrato social se firma entre los miembros de una comunidad, cuyos límites se definen por exclusión de otras comunidades. Según Sen, este enfoque, que se compadece bien con la posición central que el Estado-nación ocupa en el pensamiento político y social moderno, es inapropiado para una teoría de la justicia por dos razones. De un lado, porque buena parte de las injusticias que suceden en nuestro mundo tienen poco que ver con las fronteras políticas; es decir, que lo que sucede en un Estado tiene consecuencias muy directas en otros Estados. De otro lado, y más allá de consecuencias concretas, la limitación a una comunidad política es también inapropiada porque las perspectivas provenientes de otras comunidades pueden enriquecer el discurso público de aquella. Cerrarse a dichas perspectivas conduce a una situación que Sen califica de «provincianismo», que a su vez constituye uno de los obstáculos más obstinados en la lucha contra la injusticia.

La crítica del carácter excluyente es la que más directamente apunta hacia el proyecto último en el que Sen se embarca y en el que invita a sus lectores a embarcarse: la elaboración de una teoría de la justicia global que supere la limitación del paradigma nacional o estatal. A juicio de Sen, esa superación no la logra Rawls mediante su recurso a un contrato supraestatal con participación representativa de las distintas comunidades, el cual viene a justificar a nivel filosófico los esquemas tradicionales del Derecho internacional. Las exigencias de la «justicia global» difieren sustancialmente de las de la «justi-

cia internacional» (140), señala Sen, quien propone frente a la metáfora del contrato la del «espectador imparcial», inicialmente formulada por el muy malinterpretado Adam Smith⁴.

El «espectador imparcial» ofrece un punto de vista virtualmente ilimitado, que permite tomar en consideración también las voces que se pronuncian fuera de la comunidad, al tiempo que, a diferencia del contractualismo, ofrece un acomodo a perspectivas no institucionalistas y no trascendentalistas. De esta manera, representa las líneas por las que Sen propone avanzar, que no son sino el reverso de su ambiciosa crítica: perspectivas comparadas no trascendentalistas, enfoques *nyaya* no institucionalistas, e imparcialidad abierta que permita la inclusión de perspectivas extra-comunitarias para combatir el provincianismo. No se trata sólo, por lo tanto, de sustituir algunas de las tesis de las teorías contractualistas, sino de plantear algo de naturaleza distinta. La empresa de Sen es más abierta, más plural y, en cierto sentido, más elusiva que la rawlsiana. Aun adhiriéndose al proyecto ilustrado de aproximarse a la justicia desde la razón, y al democrático de plasmar la razón mediante el diálogo público, Sen concede a su libro un carácter que me atrevo a calificar de antiacadémico.

III

Conviene aclarar lo que quiero decir con la utilización de este término, «antiacadémico», que no pretende en ningún caso ser peyorativa. El libro es rico en su argumentación, riguroso en su justificación y exuberante en sus referencias. Además rinde homenaje, con resonancias Marxianas, a la trascendencia práctica y transformadora de la labor intelectual. Cuando digo, pues, que el libro es antiacadémico me refiero a otra cosa, la cual se plasma en dos de sus características principales.

Por un lado, es antiacadémico porque practica una interdisciplinariedad casi irreverente que le lleva a circular por la economía, la teoría y filosofía políticas, la ética, el Derecho y la filosofía jurídica, la historia, la antropología, y aún otros campos. Para Sen parece que no importan las fronteras entre disciplinas, ni por tanto que sean necesarios pasaportes académicos para atravesarlas. Sí hace Sen una referencia, algo de pasada, a que su verdadera profesión es la economía y que su relación con la filosofía es la de un «*love affair*», pero esta modestia no corresponde con la justificada ambición de su libro⁵. No existen en *The Idea of Justice* las clásicas distinciones disciplina-

⁴ La malinterpretación de Smith por parte de la literatura, incluida la económica, es uno de los temas recurrentes en este libro. Por un lado, Sen considera que se ha subestimado al Smith filósofo de la moral (el de *La teoría de los sentimientos morales*). Pero por otro lado, al Smith puramente economista también se le ha malinterpretado. Dentro su devastadora crítica de las teorías económicas en boga, a la que dedica todo un capítulo, Sen pone especial énfasis en la lectura errónea que se ha hecho de Smith al considerársele el padre de una asunción insostenible, a saber, que el comportamiento racional implica la persecución egoísta del interés propio.

⁵ Es oportuno destacar aquí la formación interdisciplinar de Sen. Esta formación tiene que ver no sólo con períodos de instrucción formal, sino también con el ambiente que ha rodeado siempre a Sen y con el calibre de sus relaciones. Estas incluyen desde sus familiares, que fueron académicos de variadas disciplinas, hasta sus relaciones más recientes, entre las cuales se incluyen pensadores jurídicos muy rele-

res, ya que en ningún momento se dedica el autor a establecerlas, aclararlas o destacarlas. Se aproxima así al tema de su trabajo, la justicia, con la máxima pluralidad de perspectivas que la cuestión merece.

Si *The Idea of Justice* elude el etiquetaje disciplinar, elude también el escolástico y el ideológico, y también por ello me parece adecuado calificar el libro de antiacadémico. Existe una indefinición notable en cuanto al posicionamiento de Sen en el sentido tradicional de teorías, escuelas, ideologías, etc. Pueden en ese sentido tomarse como ejemplo multitud de ambigüedades significativas en la obra. Por poner una de ellas, se encuentran en ella elementos suficientes para identificar a Sen tanto como un pensador progresista como conservador⁶. Es importante entender que estas ambigüedades, se las considere en un sentido negativo o positivo, no constituyen una característica adicional de la obra, sino un elemento central de su propuesta. Una de sus asunciones de partida, que Sen ilustra mediante la explicativa fábula de los niños y la flauta, es que es posible racionalmente sostener a la vez diferentes criterios de justicia en competencia, todos ellos imparciales y no arbitrarios⁷. A pesar del alcance de sus críticas, finalmente el autor parece tener más interés por mostrar lo que las distintas teorías de la justicia tienen en común, que por destacar sus diferencias y confrontaciones.

IV

Dentro de lo que las distintas teorías sobre la justicia comparten, Sen destaca muy especialmente ciertas presunciones antropológicas, lo cual enlaza con la importancia que el autor concede a lo largo de su obra al elemento humano. Dicha importancia se plasma, entre otras cosas, en el recurso constante a historias humanas que Sen utiliza para presentar muchas de las diversas cuestiones de las que se ocupa. Lejos de constituir un elemento decorativo, esta vertiente antropológica es central en el pensamiento de Sen, hasta el punto de que este afirma que la elaboración de una teoría de la justicia tiene mucho que ver con el tipo de seres que somos los humanos (414). Y ahí precisamente encuentra Sen un elemento común en muchas de las teorías de la justicia, a saber, una concepción del ser humano como una criatura caracteri-

vantes como Dworkin, Hart, Raz, y otros muchos que aparecen en los agradecimientos del libro.

⁶ Así, por un lado, la obra tiene una vocación claramente progresista, que se manifiesta en la identificación de Sen con la causa de los oprimidos, llamando a una urgente mejora en ámbitos como el de la desigualdad económica, la marginación de las mujeres y de otros colectivos, o el respeto por los derechos sociales. Sin embargo, y al mismo tiempo, su posicionamiento es conservador en un sentido muy clásico (quizás no sea casualidad que el libro abra con una cita de Burke), lo cual se refleja en un cierto rechazo de la utopía y de los planes diseñados para alcanzarla, en la confianza en el comportamiento espontáneo de lo que llamamos la sociedad civil, y en un respeto por las estructuras existentes que sospecha de las remodelaciones radicales.

⁷ Tres niños quieren una flauta, y el problema es a cuál de ellos se le da (13). Uno la reclama en base a que es el único que sabe tocar la flauta, otro en base a que es él quien la ha elaborado, mientras que el tercero alega que es el más pobre de los tres y no tiene ningún otro entretenimiento. Las tres posiciones (que a grandes rasgos reflejan el utilitarismo, el libertarismo y el igualitarismo económico) son razonables y se pueden ofrecer buenos argumentos en defensa de cualquiera de ellas, no obstante lo cual están en abierta competencia.

zada por su sensibilidad hacia el sufrimiento ajeno, por su voluntad de luchar contra la injusticia, y por una disposición de hacerlo mediante la discusión pública, razonando, argumentando, desacordando y concurrendo.

De hecho, el propio Sen ilustra esas cualidades humanas que considera tan centrales. Como se hace explícito en muchos pasajes del libro, el autor encuentra la motivación para emprender su colosal tarea intelectual en la percepción de la injusticia y del sufrimiento humano, que le lleva precisamente a luchar contra la injusticia comprometiéndose en un ejercicio de discusión pública que abarca virtualmente todos los campos del pensamiento social. Es más: esto está relacionado con la propia biografía de Sen, quien siendo muy joven fue golpeado de cerca por experiencias de manifiesta injusticia, como por ejemplo confrontaciones identitarias en India que condujeron a episodios de violencia sectaria, o la trágica hambruna bengalí de 1943, que acabó con la vida de entre dos y tres millones de pobres. En su autobiografía, escrita con ocasión de la concesión del premio Nobel, Sen afirma que muchas de las áreas de trabajo en las que se ha concentrado durante su vida se hallaban ya entre sus preocupaciones cuando era un estudiante universitario, y repasando los hechos principales de la vida de Sen uno encuentra una y otra vez los principales temas que son tratados en *The Idea of Justice*⁸.

Las anteriores consideraciones se relacionan con el importante papel que Sen concede a las emociones y a los sentimientos instintivos en la lucha por la justicia. Esto no le lleva a adoptar una posición emotivista o anti-racionalista. En ningún momento cuestiona Sen la primacía de la razón, y ya desde las primeras secciones deja claro que quien quiere embarcarse en la empresa de la construcción de una teoría de la justicia se debe comprometer con la racionalidad. Recuérdese que la «lista negra» con la que abría este comentario la componen autores que, a pesar de sus distintas propuestas, son todos ellos pensadores ilustrados, y Sen es explícito a la hora de defender la Ilustración frente a los que, animados por las conocidas atrocidades del siglo xx, claman el fracaso de la razón. Ello no obstante, sí es cierto que Sen sostiene una concepción amplia de razón que da juego a las emociones, y afirma que los «fríos cálculos» no constituyen necesariamente la mejor manera de aproximarse a este tipo de problemas (49). Sen concede así una entrada implícita a lo que los antropólogos llaman el «*justice motive*», pues insiste en que los instintos y la espontaneidad emocional constituyen una fuerza motivacional en la lucha contra la injusticia⁹. Con un énfasis que en ocasiones recuerda al Ihering de *La lucha por el Derecho*, Sen reconoce la importancia de la indignación y de aquello que enciende los ánimos de la humanidad sufriente (388).

V

No me he referido en este comentario a lo que Sen dice específicamente sobre el Derecho, y eso que dice bastante. Así, por ejemplo, utiliza con frecuencia ideas iusfilosóficas; ensaya una reflexión extensa sobre los derechos humanos y sus dimensiones jurídica y moral, entrando en diálogo entre otros con Raz y con Hart; y sus referencias jurídicas bajan a la práctica más con-

⁸ *The Nobel Prizes 1998*, ed. Tore Frangsmyr, Stockholm, 1999.

⁹ Sobre el «*justice motive*» ver, entre otros, Laura Nader, *The Life of the Law. Anthropological Projects*, University of California Press, Berkeley, 2002.

creta, llegando incluso a comentar alguna sentencia judicial¹⁰. Tampoco he destacado las evidentes implicaciones que su teoría tiene para la educación jurídica, sobre la que otros compañeros y yo hemos escrito en publicaciones de próxima aparición¹¹.

Es una razón deliberada la que me ha llevado a no hablar sobre todas estas cuestiones. Y es que a mi entender, centrar la atención en ellas habría sido como decir que el libro de este economista es importante para los juristas porque dice algunas cosas sobre el Derecho. Y eso sería restarle importancia. Pues el libro de este economista, que no es sólo un economista, es importante para los juristas no porque dice algunas cosas sobre el Derecho, sino porque dice muchas cosas sobre la justicia. Y si a algunos juristas este les parece un tema poco atractivo o poco relevante, para eso precisamente está la filosofía del Derecho.

César ARJONA
Universitat Ramon Llull. Barcelona

¹⁰ De particular relevancia es su referencia a la decisión *Ropper vs. Simmons*, de la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual generó una discusión sobre la consideración o no de argumentos jurídicos provenientes del extranjero (la sentencia trata sobre la aplicación de la pena de muerte en el caso de un delito cometido por un menor de edad). Se destaca la posición del juez Scalia, quien desde la minoría defendió no tomar en cuenta argumentos extranjeros, lo cual viene a reflejar un carácter excluyente y hostil al «espectador imparcial» de Smith.

¹¹ De particular relevancia es su referencia a la decisión *Ropper vs. Simmons*, de la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual generó una discusión sobre la consideración o no de argumentos jurídicos provenientes del extranjero (la sentencia trata sobre la aplicación de la pena de muerte en el caso de un delito cometido por un menor de edad). Se destaca la posición del juez Scalia, quien desde la minoría defendió no tomar en cuenta argumentos extranjeros, lo cual viene a reflejar un carácter excluyente y hostil al «espectador imparcial» de Smith.

SOLANES CORELLA, Ángeles (ed.): *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*. Colección Derechos Humanos. Vol. 18. Publicacions de la Universitat de València, València, Tirant lo Blanch. 2010. 293 pp.

La monografía *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*, editada a cargo de la profesora Solanes Corella, reúne artículos de expertos procedentes de diferentes disciplinas, que abordan distintos elementos del derecho migratorio bajo un mismo prisma; el de los derechos humanos. Nos encontramos ante un amplio y extenso análisis de la normativa de extranjería en el ordenamiento jurídico español, aunque no limitado al mismo. Fruto de la reunión de los textos presentados en unas jornadas sobre migraciones y derechos humanos, y cercano en el tiempo a la reciente modificación de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España por la Ley Orgánica 2/2009, este libro mantiene el espíritu de los autores que acostumbran a plantear una visión crítica de uno de los fenómenos tan complejos a los que el derecho trata de responder. Las migraciones y las políticas migratorias dentro y fuera de nuestras fronteras.

Los temas tratados a lo largo de sus nueve capítulos son diversos, aunque no por ello lejanos entre sí, presentados sin perder de vista el horizonte común a todos, el respeto a los derechos humanos como eje vertebrador de las críticas y las propuestas formuladas. Las aportaciones sobre las concepciones y los caracteres de la ciudadanía, que se abordan en varios de los artículos, o sobre el sentido y las lógicas en las que operan las políticas migratorias, se complementan con las evaluaciones de otras dimensiones igualmente relevantes. Entre ellas, las medidas específicas de gestión de la diversidad cultural, realidades y experiencias concretas del fenómeno migratorio, como aquellas propias de las mujeres migrantes, el tratamiento jurídico de la reagrupación familiar de los migrantes, el recurso al padrón como medio de control o la expulsión, a partir del eje mencionado desde el que se articulan propuestas regulativas, en algunos casos estratégicas, que demuestran la vigencia del debate, la discusión en este ámbito y las contribuciones aquí contenidas.

Las miradas que se reflejan en los textos identifican los cambios que se producen en las sociedades actuales, marcadas por la evolución de los flujos migratorios, en las que operan las políticas migratorias internacionales y, sobre todo, nacionales. Como advierten la mayoría de autores, en un contexto de migraciones transnacionales y con el acento puesto en la necesaria vinculación entre las sociedades de origen y recepción, las políticas nacionales se construyen desde un concepto de la ciudadanía –originario– difícilmente sostenible en las circunstancias actuales, lo que advierte de los presupuestos que anuncian una ineficacia para la gestión de las sociedades complejas, en tanto que plurales, con sujetos en continuo período de transformación. Si a esto añadimos la lógica utilitarista y securitaria que afecta a la consideración de los propios migrantes, extendida a las políticas migratorias, se identifica fácilmente la naturaleza y el sentido que se otorga a determinados elementos por parte de los poderes públicos para afianzar su consideración sesgada e interesada de las inmigraciones. Ello repercute en la (débil e infructuosa) gestión de la diversidad, y también en la utilización de discursos que no son conscientes de las consecuencias, inmediatas o no, de políticas aceleradas que se legitiman en el mismo sentido en el que se reproducen. Lo acertado e

innovador para la discusión teórica (que no es poco) que desprende esta obra es señalar los obstáculos y las insuficiencias de un régimen debilitado por las concepciones (empobrecidas) del fenómeno migratorio y alejadas de la óptica de los derechos humanos, que se propone aquí como sustentadora de la regulación jurídica.

Por lo que refiere a los análisis de las políticas, medidas y propuestas de ciudadanía –o «ciudadanización», como acertadamente señala De Lucas, en el artículo titulado «Algunos riesgos de las propuestas de “ciudadanización” de los inmigrantes»– se incluyen en esta obra tres trabajos distintos en su contenido, y no menos en sus formas. La ciudadanía, entendida originariamente como vínculo de los sujetos con el Estado-nación, es una categoría que no puede sostenerse, al menos por lo que refiere a su dimensión jurídico-abstracta, según De Lucas, como fundamento último del reconocimiento de un estatuto jurídico pleno. El profesor De Lucas retoma algunas cuestiones anunciadas en trabajos anteriores, y que fundan la revisión crítica a la que somete la normativa de extranjería desde la igualdad de derechos, para desvelar la insuficiencia de algunas propuestas (y las formas en las que se presentan) dirigidas a «ciudadanizar» a los inmigrantes. Su acertado encaje de sus propuestas regulatorias tratan de superar los riesgos y retos que existen en materia de participación política de los migrantes. De hecho, advierte de las implicaciones jurídicas, políticas y sociales de las medidas que se plantean desde los poderes públicos y de sus propuestas, yendo más allá de la evaluación de la oportunidad de las mismas.

Su tesis principal, radicada, insisto, en la «igualdad desde la diversidad», implica la superación de las llamadas «fronteras internas de la democracia». Es necesario, por tanto, advertir que las nociones de ciudadanía, y también de derechos, que inicialmente conforman nuestros ordenamientos, deben ser superadas para poder redefinir los caracteres de pluralidad e inclusividad, que deben regir en las democracias actuales. Por ello, es necesario entender que no es posible extender la calidad de ciudadano a los inmigrantes sólo a través del sufragio activo. Medida que, por otra parte, se subordina a criterios ajenos a la experiencia migratoria de los sujetos que lo disfrutarían, como ocurre en el caso de restringirlo a los nacionales de países con los que el Estado español firma convenios de reciprocidad. Y es que la propia noción de ciudadanía debe ser evaluada, dado que no se trata de una categoría obsoleta, sino que necesita de una revisión para poder concebir los derechos políticos que de ella derivan, apunta De Lucas, como auténticos, en tanto que ese fue su sentido originario, instrumentos para la inclusión. Y es que no se trata de una mera cuestión teórica relativa a sujetos inmigrantes (dimensión externa), sino que afecta a miembros de la propia comunidad mediante procesos de exclusión de los grupos a los que se adscriben. Esta es otra cuestión que se retoma en esta obra a la luz de las experiencias migratorias de las mujeres migrantes, como referiremos más adelante.

Respecto de la redefinición de los límites externos de la ciudadanía, límites que afectan a la capacidad de integrar los derechos políticos de los inmigrantes en tanto que agentes que participan en igualdad en el debate público, De Lucas advierte de la consecuente exigencia de dotar de contenido material el sentido de la participación política para lograr la igualdad de derechos. Por ello, atribuye el significado que entiende debe tener este «nuevo modelo de ciudadanía», relativo a la lucha contra las relaciones de poder, que son aquellas que impregnan las relaciones entre grupos, y que en pos de la igualdad (en cuyo contenido se incluye la isocracia) deben garantizar el efectivo

cumplimiento de los derechos de participación política. Así, la participación va más allá del sufragio activo y se extiende a la participación, entendida como intervención efectiva en la vida pública, y que es una exigencia derivada de la integración social que debe operar en el sentido bidireccional, en continuidad con anteriores trabajos del mismo autor.

A esta interesante reflexión, le sigue una aportación de García Roca sobre los tres escenarios en los que intervienen los inmigrantes como agentes sociales en las sociedades de recepción, y que en relación con una dimensión –jurídica, social y cultural–, se supedita el significado general del vínculo social. De aquí el título de «Ciudadanía, vecindad y hospitalidad». Esta percepción dinámica de la comunidad social presupone la interacción continua no entre migrantes y nacionales, sino entre los ciudadanos, los vecinos y los huéspedes, categorías que se crean en función del factor que origina la comunidad política, civil y cívica. Un texto repleto de citas literarias y con imágenes cinematográficas que insisten en recordar la inestabilidad de las identidades individuales (conformadas desde tantas posiciones como dimensiones sociales nos construyen) y las interacciones que surgen a diario entre los miembros de la comunidad política, sin poder distinguir claramente entre unos y otros, especialmente por la irrelevancia de las condiciones de inmigrantes/nacionales. Se abordan los elementos que conforman cada una de las dimensiones enunciadas a partir de la interacción, necesaria en nuestras sociedades, entre todos los miembros de las comunidades.

El itinerario seguido por García Roca pretende (de)mostrar que existen elementos en cada uno de los factores, constituyentes de una determinada comunidad, que debilitan una distinción clara entre nacionales e inmigrantes. Si bien es cierto que tradicionalmente se han configurado las comunidades a través de una delimitación de sus límites y/o fronteras, la lectura de los elementos que las caracterizan (de ahí que sea necesario abordar aspectos esenciales relativos a la constitución de una comunidad política, por ejemplo) se ha modificado por la influencia del fenómeno migratorio. El análisis llevado a cabo sobre la ciudadanía, como dimensión jurídica, que constituye la comunidad política se complementa con una visión de la vecindad como comunidad social y las responsabilidades para con los otros, o, siguiendo a García Roca, entre todos para posibilitar el reconocimiento mutuo. Se trata de la inclusión de una visión holística de la inmigración en la que se introducen ciertos elementos que, sin alejarse del discurso eminentemente jurídico, sobre todo cuando se trata el significado de la ciudadanía, identifican la continua interacción de los miembros de una comunidad social, cuyas relaciones consolidan la posición de los migrantes como agentes activos.

Una tercera aportación (no en el orden del libro) sobre la ciudadanía es la de Mora Castro, con el título de «Inmigración, participación e integración ciudadana: hacia una nueva configuración de la ciudadanía». Con una visión más sociológica, se analiza en esta ocasión los discursos sobre la identidad nacional y cultural de las sociedades de recepción y su influencia en las políticas migratorias, así como la persistencia de imágenes y prejuicios sociales que se construyen bajo criterios como el de preferencia nacional. Las claves de esta mirada radican en la constatación de la pérdida de la capacidad regulatoria y explicativa del concepto de ciudadanía ante los retos planteados por las sociedades diversas y plurales actuales. En este sentido, se recogen en el texto los principales argumentos de los que se hace uso en el discurso político, analizando como el principio de preferencia nacional se traduce en ciertos prejuicios que se diluyen en las sociedades receptoras de inmigrantes.

Esta visión reduccionista del fenómeno migratorio, que posibilita la articulación de políticas (criminalizadoras del inmigrante) ancladas en la concepción tradicional de la ciudadanía, es incompatible con la integración, y exige una revisión de la ciudadanía, idea de la que parten los autores anteriores. Como consecuencia de ello, Mora Castro incluye algunas propuestas de redefinición que se han aportado desde distintas posiciones teóricas para así alcanzar una participación igualitaria de los inmigrantes (a través de una ciudadanía inclusiva), especialmente a partir de las acciones y los discursos que la sociedad civil y los movimientos sociales articulan bajo la proclama de los derechos humanos. Lo cual, debe añadirse, tiene como corolario la redefinición de la ciudadanía, esta vez sí, inclusiva y que garantiza la integración.

Frente a los discursos y las políticas migratorias restrictivas de derechos, y esta es una característica común a los textos contenidos en esta obra, el paradigma de los derechos humanos (y sus garantías) se refuerza a través de las implicaciones sociales, es decir, más allá de lo jurídico, que las políticas migratorias deberían contener si se legitiman en discursos inclusivos que reforzarían, como señalaba De Lucas, la democracia (de nuevo) inclusiva y plural. Prueba de ello son los resultados óptimos de la adopción de una medida específica articulada desde este presupuesto como es el acomodo razonable que opera en Canadá; en un contexto de identidades lingüísticas y nacionales plurales. El artículo de Ruiz Vieyetz, «Acomodo razonable y diversidad cultural: valoración y crítica», explica esta medida como una política concreta de gestión del pluralismo cultural, de la diversidad, en definitiva, de las sociedades actuales. A diferencia de otras posiciones discursivas en las que se abogan por estatutos jurídicos distintos para migrantes, este tipo de medidas, que podríamos calificar como estratégicas, al menos en la posición del profesor Ruiz, son generales (lo que no quiebra el principio de igualdad) si no se articulan para una comunidad social determinada o un supuesto concreto, y refuerzan las respuestas jurídicas propuestas.

La argumentación contenida en este trabajo refuerza la aplicación del principio de igualdad. En este sentido, el acomodo puede entenderse como una medida que tiende a garantizarlo, a la vez que se justifica en él. Es oportuno y adecuado traer a colación el acomodo razonable en el debate sobre las migraciones, dado que se trata de un instrumento jurídico de gestión de la diversidad en las sociedades plurales. El estudio comparado de Ruiz Vieyetz parte de la configuración que se ha dado a dichas medidas en un contexto social determinado como es la sociedad canadiense con unas comunidades lingüísticas y nacionales diferenciadas. De hecho, el planteamiento del acomodo razonable como una medida susceptible de ser aplicable a sociedades multiculturales tiene cabida, como se advierte en el texto, en este marco si se conciben como medidas generales que derivan del principio de igualdad en derechos, si se conciben como instrumentos dirigidos a la garantía de los derechos de las minorías. Este concepto exige la superación de un concepto rígido de igualdad, en el sentido de equiparación formal, y la asimilación como finalidad de las políticas migratorias.

El acomodo razonable tiene un origen jurisprudencial. Fue creada por los tribunales canadienses, y su contenido esencial es excepcionar la aplicación de una norma general, o la aplicación diferenciada según la situación social de los sujetos a quienes va dirigida, en relación con el ejercicio de un derecho determinado, y con la finalidad de evitar o poner fin a la discriminación. Esta figura se justifica en una concepción de la igualdad por diferenciación, pensada especialmente para aquellos supuestos de discriminación indirecta. Esto

es, en aquellos casos en los que la aplicación de una norma general, y neutra, ocasiona, sin embargo, discriminación. Estas medidas se asemejan a las acciones positivas o discriminación inversa, que tanto debate –en ocasiones, innecesario debido principalmente a la confusión en la finalidad y el principio de igualdad sobre el que se sustentan– han generado. Es por ello que Ruiz Vieitez señala su similitud con las medidas específicas dirigidas hacia la consecución de la igualdad (de oportunidades) de determinados grupos raciales y colectivos de mujeres. Sin embargo, respecto del acomodo razonable, cabe señalar que se trata de medidas que pueden excepcionar la aplicación de una norma general, lo que las diferencia de las acciones positivas, al permitir la aplicación diferenciada en función de la situación social de sus destinatarios. La línea fina que las separa viene referida al procedimiento o aplicación y la operatividad de una y otra.

La realidad canadiense, y la evolución habida en su ordenamiento respecto de distintas dimensiones como la situación de las comunidades lingüísticas y nacionales, es analizada de forma completa en el trabajo referido. Con el propósito de evaluar la aplicabilidad de estas medidas para la gestión de la diversidad y pluralidad propias de las sociedades multiculturales en nuestro contexto político, jurídico y social, especialmente en relación con las minorías, se señalan las disonancias entre un ordenamiento como el canadiense y las tendencias menos aperturistas (en este sentido) del ordenamiento europeo, caracterizado por la frecuente aplicación y ampliación de la apreciación nacional, las restricciones respecto del contenido de la discriminación indirecta para determinados colectivos y, por supuesto, las tendencias contrarias a una gestión de la multiculturalidad que garantice la diversidad y la pluralidad. Este obstáculo no impide al profesor Ruiz ofrecer argumentos fuertes, en tanto que la experiencia canadiense muestra la virtualidad de estas medidas, para reconducir la legitimidad y operatividad de las mismas en nuestros ordenamientos. Y es que el principio de igualdad, en sus distintas versiones, exige su promoción y aplicación en este sentido.

Otro de los aspectos que se han abordado en esta obra en relación con el principio de igualdad de determinadas situaciones específicas, es el análisis de las experiencias migratorias de las mujeres. La profesora Añón Roig examina con detalle el tratamiento jurídico y la situación social de las mujeres migrantes en el trabajo que lleva por título «El acceso de las mujeres inmigrantes a los derechos humanos: la igualdad inacabada». El género y la condición de migrantes supone una adición de variables sociales cuya combinación ha sido obviada por el derecho. Aunque se trate de un fenómeno que añade una mayor complejidad a la por sí compleja gestión de la diversidad, en este trabajo se detectan los elementos cruciales que justifican la necesidad de respuestas jurídicas ante una situación malentendida, cuando no olvidada en los estudios sobre migraciones hasta recientemente. La principal aportación de Añón Roig radica en la identificación de los caracteres de la situación de discriminación/subordinación que afecta a la identidad concreta surgida del cruce entre género y condición de inmigrante/extranjera, y las consecuencias (en todos los niveles) que dicha situación ocasiona en las experiencias migratorias de las mujeres. Este análisis se completa, *a fortiori*, con una propuesta firme que concilie sus experiencias con los derechos humanos, punto de partida y de llegada.

Las perspectivas desde las que se han abordado las experiencias migratorias de las mujeres, desde la invisibilización, explicada fundamentalmente a través de la imagen de las *tied-women*, en la que su movilidad era dependien-

te de la del varón al que acompañaban, hasta su consideración como medidas de empoderamiento, obvian el carácter estructural de la discriminación del que sí puede depender la toma de decisiones individuales. Junto a esta advertencia debe tenerse en cuenta la influencia del derecho migratorio, mediante las leyes de extranjería como principal ítem, en la configuración de sus identidades. En este sentido, no sólo se tiene en cuenta cómo estas experiencias fueron en un principio excluidas del propio ordenamiento, sino que se añade un ulterior efecto del mantenimiento de una lógica alejada de la igualdad en derechos que afecta especialmente a las mujeres migrantes. Porque la persistencia de un derecho androcéntrico no ha dado cobertura jurídica a las formas y los modos en los que se produce la experiencia migratoria por parte de las mujeres (que no sería distinta si se hubiesen incorporado en la configuración inicial), y del mismo modo se ha producido una canalización de la invisibilidad hacia una posición de discriminación específica en las sociedades de recepción.

El análisis de Añón Roig acerca de esta situación parte de esta noción, a partir de la identificación del carácter acumulativo de categorías de discriminación, no en sentido cuantitativo sino en lo que respecta a la existencia de una situación social específica. Como consecuencia de ello, las mujeres inmigrantes (al menos en nuestro país) ocupan aquellas posiciones laborales de trabajo doméstico, tareas de cuidado o de servicios sexuales. Es decir, esta asignación de espacios laborales provoca la persistencia de una situación de discriminación/subordinación que al mantenerse impide el acceso de las propias mujeres a los mecanismos de reconocimiento de derechos. Y es que en el modelo actual, los derechos se supeditan a una determinada posición laboral que garantiza la estabilidad y se entiende como un indicador de integración. La identificación de las dimensiones que afectan la situación, social y jurídica, de las mujeres migrantes, así como de las consecuencias que la propia ley produce en sus vidas pone de manifiesto el carácter inconcluso de un proceso que reta al derecho migratorio y al derecho en general. De ahí la necesidad de articular este tipo de análisis cuando se evalúan las políticas migratorias y la vigencia de esta problemática.

A partir de este texto, se contienen en el libro los trabajos relativos a algunas medidas concretas propias del derecho migratorio, necesarias para advertir de la lógica de «estado de sitio» –en una expresión que De Lucas explica en trabajos anteriores– que, al contrario, debe ser superado desde posiciones que parten de la igualdad en derechos, en definitiva, del Estado de derecho. La profesora Solanes Corella analiza detalladamente las implicaciones del uso del padrón. Concebido hasta ahora como un mecanismo jurídico de reconocimiento de derechos, la tendencia actual de la normativa de extranjería lo transforma en una herramienta de control de determinados inmigrantes. Se ha producido, advierte, un cambio en el uso y en la concepción de esta figura. Se ha extendido la lógica del «estado de sitio» a algunas medidas concretas que habían logrado escapar de ella. El uso del padrón como mecanismo de identificación de los inmigrantes en situación administrativa irregular, así como algunas medidas contrarias al ordenamiento que tanto predicamento tienen en algunas poblaciones españolas, y la consecuente negación del acceso a determinados derechos, suponen un ejemplo claro de la criminalización de la irregularidad que parece inspirar las políticas migratorias españolas y

algunos discursos que calan en las poblaciones autóctonas de los países de acogida.

Este efecto «contaminante», en palabras de la propia autora, ha alcanzado al padrón por las modificaciones establecidas respecto de esta figura en la última versión de la ley de extranjería. Los argumentos ofrecidos, de nuevo acompañados de propuestas normativas articuladas desde la óptica de los derechos, aportan al debate teórico fuertes razones jurídicas que demuestran la dirección a la que vira el legislador español en este ámbito. La previsión de nuevas medidas sancionadoras, con una ambigüedad manifiesta, acompañada de la atribución de una capacidad sancionadora a los entes locales, refuerza esta visión de las políticas migratorias como instrumentos de control. La flexibilidad manifiesta en la consideración de las figuras jurídicas se ejemplifica con este cambio producido respecto del padrón, a pesar de la consolidación del sentido de esta figura en la legislación general y el que venía siendo el procedimiento común de inscripción en el mismo. Pero todo ello produce, además, que la lógica del control de la migración, aunque sea irregular, se traslade al ámbito municipal, allí donde la integración puede ser más eficaz, donde, de hecho, es cotidiana (como acertadamente se advierte continuamente en las páginas de este libro) o, al menos, donde las medidas que la pretenden cobran un mayor sentido.

Las restricciones, y contradicciones, de la normativa de extranjería se retoma en los capítulos siguientes. El texto de Delgado Godoy, sobre «La utilidad de la expulsión en la política española de inmigración», aporta un detallado análisis de las medidas de repatriación, y la expulsión en concreto, como un mecanismo de control y prevención, en cuyo sentido subyace la criminalización de la inmigración. Esta figura se utiliza con la finalidad de disuadir a futuros flujos migratorios, de la que se desprende la firma de convenios de repatriación y el fortalecimiento del Frontex. El presupuesto del control de la (in)migración, y de la creación de medidas de carácter sancionador frente a la irregularidad, se rodea de cierta penumbra por lo que se refiere a las dificultades de fiscalización de este régimen sancionador específico, lo que lleva a plantearse cuestiones nada menores relativas a la protección de los derechos humanos de los expulsados. Es en este escenario donde la sociedad civil se convierte en garante de los mismos y en un mecanismo de supervisión capaz de contener las voluntades de los Estados.

El carácter excepcional de este tipo de instrumentos jurídicos, dada su naturaleza, se ha superado con creces, convirtiéndose en un elemento central (por la frecuencia y la preeminencia que se le otorga) de la política migratoria, lo que se explica en la lógica de control que subyace al actual régimen. Sin embargo, y esto se desprende de los datos que bien utiliza Delgado, no se trata de una medida de gestión de los flujos que pueda considerarse eficaz, en ninguno de sus pretendidos sentidos, ni opera en un sector poblacional de la comunidad migrante suficientemente importante. Esto se explicaría, en parte, y queda bien reflejado en el texto comentado, por la disonancia entre la voluntad y las percepciones de los Estados con la real funcionalidad de la misma.

Los dos últimos textos abordan desde un posicionamiento diverso una dimensión muy relevante del fenómeno migratorio, la reagrupación familiar. Los textos de Bedoya y La Spina identifican las principales cuestiones que cabe destacar al respecto en la evolución legislativa habida en este régimen. El primero de los textos, «La reagrupación familiar y la familia de los extranjeros», de Helena Bedoya, recoge un compendio acerca del disperso entra-

mado normativo que se aplica a esta figura en la que no sólo opera el derecho de extranjería, sino también el derecho de familia y todos aquellos ámbitos relacionados con la unidad familiar. La dificultad del análisis teórico y jurídico de esta figura, bien llevada en ambos textos, radica en la necesidad de conjugar los modelos de familia actuales en un régimen que tiende a las definiciones restrictivas, como ocurre en este caso. Porque de ello va a depender no sólo el alcance de las medidas de reagrupación, sino cómo se concibe el derecho a la reagrupación, y cómo es capaz de conciliarse éste con el derecho a la intimidad. Ello, concluye Bedoya, acentúa la existencia de una doble regulación, dado que no coincide el contenido de los regímenes especial (extranjería) y general (la regulación del Código civil y, más grave, la del texto constitucional), respecto de la familia y la reagrupación familiar. Creando un estatuto diferenciado que trata de evitarse para perpetuar la existencia de dobles regímenes.

El trabajo de La Spina sobre las «Implicaciones jurídicas de la lógica restrictiva de la inmigración familiar», va más allá del derecho positivo y las medidas vigentes para advertir de dichas implicaciones y por ello se acomete un profundo análisis de esta figura como una vía de acceso regular para los inmigrantes y un indicador de integración social. Como bien señala La Spina, la consideración de la reagrupación familiar no es una cuestión pacífica y, por tanto, es necesario advertir la concepción desde la que se toma como objeto de análisis. En este caso, es concebida como un privilegio del inmigrante trabajador, a modo de recompensa por la adecuación de su conducta a las expectativas del propio ordenamiento, y no como un derecho; lo que la aleja del paradigma de los derechos humanos. La autora recurre a la jurisprudencia constitucional para retomar algunas cuestiones fundamentales, como el concepto de familia y los procesos de reagrupación, en relación con quienes son los sujetos que se pueden reagrupar, cómo se concibe la familia y la prueba del parentesco, y sin perder de vista qué implica este elemento esencial de la normativa de extranjería, a pesar de no haber sido concebida como una cuestión de derechos por parte del legislador.

En definitiva, y según se ha relatado, no estamos ante un estudio más en materia de migraciones, sino ante una aportación calmada, reflexiva y crítica sobre el marco jurídico de la normativa de extranjería, en un momento decisivo por la reciente modificación de la ley. En un proceso de convergencia europea, iniciado hace ya mucho tiempo, cuando parece que el legislador español acerca sus posiciones a las del legislador europeo, quien fortalece los muros de la Europa inaccesible, se formula una propuesta basada en la igualdad en derechos que recupera la lógica del estado de derecho. Una propuesta sustentada en los derechos afecta positivamente, como bien se señala en estas páginas, a diversos elementos del derecho migratorio y exige una respuesta acorde a la naturaleza y la complejidad del fenómeno que regula. Aquí radican la relevancia de las contribuciones de esta obra y su habitual revisión de los términos del debate desde una mirada necesaria.

Víctor Manuel MERINO I SANCHO
Universitat Rovira i Virgili. Tarragona

VÁZQUEZ, Rodolfo, RUIZ MIGUEL, Alfonso y VILAJOSANA RUBIO, José María: *Democracia, religión y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, 229 pp.

Las publicaciones de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo de Madrid se han consolidado, en poco tiempo, como un modo novedoso e interesante de aproximación a los problemas jurídicos. Las ponencias y contraponencias permiten una exposición dialógica de un tema, un debate rico y fecundo en el que los autores tercián en las polémicas más recientes, repensándolas una vez más. En algunos debates se busca la interdisciplinariedad, y en otros se pretende una profundización por parte de los especialistas.

El libro que aquí se reseña se corresponde con el segundo caso. El diálogo se produce entre tres reputados filósofos del derecho, cuyos campos de especialización son, quizás, algo más distantes que su enfoque metodológico. Todos ellos tratan los temas de una forma analítica, sentando las bases de la discusión a través de un esfuerzo en la definición y en la clasificación.

El ponente principal es Rodolfo Vázquez, Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México, Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y Profesor en esta última institución, en la que imparte actualmente las materias de Teoría del Derecho, Metodología Jurídica y Filosofía del Derecho. Sus dos contraponentes son Alfonso Ruiz Miguel, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y Josep María Vilajosana, Catedrático de la misma disciplina en la Universitat Pompeu Fabra.

El profesor Vázquez ha tenido siempre dos líneas de trabajo paralelas: por un lado, la teoría y la metodología jurídica y, por otro, la filosofía política, en el marco de los debates contemporáneos. En la primera, entre otras obras, ha publicado recientemente *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006 o *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2008, mientras que en la segunda ha publicado numerosos trabajos sobre bioética, política... referentes a temas tan polémicos como puedan ser el de la educación jurídica y jurisdiccional, la teoría de la democracia, el aborto o la laicidad.

Precisamente, en 2007, Vázquez compiló una obra titulada *Laicidad. Una asignatura pendiente*, Coyoacán, México. En el debate con Alfonso Ruiz Miguel se visita de nuevo este tema, mientras que en segunda ponencia, contestada por Josep M. Vilajosana, retoma la discusión sobre la función y los límites del Tribunal Constitucional, tema ya tratado por el profesor Vázquez, cuyos precedentes pueden encontrarse, entre algunos otros, en trabajos recientes como *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Porrúa, México, 2008, (compilado con Fernando Serrano Migallón) o *El Estado de Derecho. Dilemas para América Latina*, Palestra, Lima, 2009 (compilado por Miguel Carbonell).

El título de la obra (deliberadamente o no) prelude el alcance y el énfasis del libro. «Democracia» y «Constitución» son las dos palabras, los dos conceptos, que merecen escribirse con mayúscula, mientras que «religión» permanece en medio, frágil y en minúsculas. Desde luego, para juristas y para filósofos del derecho, acostumbrados a trabajar con grandes vocablos y rótulos, la religión es algo menos familiar y, tal vez por ello, aparece escrita así.

La primera ponencia del profesor Vázquez es particularmente brillante e incisiva, y vendría a resumir, en pocas palabras, la estupefacción del hombre

tardomoderno (no diré postmoderno) al ver que la religión (pese a estar en minúsculas) no se ha evaporado de la escena social, como sí han hecho, en cambio, tantas otras instituciones. El Estado, la Razón y el Derecho (todos en mayúsculas), que en teoría deben fundamentar la convivencia social, tienen que afrontar todavía un difícil debate acerca de la religión en el seno de las sociedades democráticas.

De hecho, la ponencia de Vázquez, denunciando la realidad mexicana, llega a un discurso abstracto sobre la laicidad que, en buena parte, podría ser compartido por la intelectualidad bienpensante. La conclusión a la que llega, en nuestra *koiné* del siglo XXI, refrenda todos los grandes tópicos. «Esta línea de argumentación –escribe Vázquez– reivindica la confianza en la razón y su capacidad argumentativa, y se compromete con la defensa coercitiva de los derechos humanos y el reconocimiento de la evidencia empírica proporcionada por la ciencia, proponiéndolos como los mejores candidatos a constituirse en *razones impersonalmente estimativas*» (pp. 45-46).

Alfonso Ruiz Miguel, que ha escrito mucho sobre el papel de la religión en las sociedades democráticas, matiza, en su elaborada y sutil contraponencia, un poco más la situación clara y estereotipada que presenta Vázquez. El tema de la religión en las sociedades democráticas no se resuelve –para el profesor español– sólo mediante la confianza en la Democracia, en el Estado, en la razón y en la ciencia... sino que presenta la religión de una forma un poco más poliédrica, al tiempo que se muestra tajante con respecto a las relaciones entre el Estado y la religión. Una cosa es la religión en abstracto (vista política y no fenomenológicamente) y otra, la religión en el seno de una sociedad democrática.

Con todo, hay que decir que Ruiz Miguel y Vázquez coinciden en el fondo del asunto, tal y como confiesa el primero (p. 49), por lo que el debate es una cuestión de matices, interpretando a Habermas, Rawls o Dworkin. Cuando se discute sobre neutralidad, imparcialidad y otros temas afines, tanto uno como otro muestran algunas interesantes sutilezas, pero que en muchos casos se deben más a la hermenéutica de las Constituciones mexicana y española, respectivamente, que a un desacuerdo profundo en estos temas.

No hay, por lo tanto, un debate entre dos posturas diferentes, ya que las posiciones de ambos contertulios están mucho más cercanas que, por ejemplo, las de Ruiz Miguel y la de Navarro Valls (con ponencias recogidas en *Laicismo y Constitución*, el número 3 de la Colección de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, reseñada por un servidor en el *Anuario* de 2010, y que generó asimismo un pequeño debate recogido en dicho volumen).

En la segunda ponencia, el profesor Vázquez vuelve a elaborar otro cuadro estereotipado de las relaciones entre la justicia constitucional y la democracia. Una de las virtudes del profesor del ITAM es saber resumir en pocas páginas lo que piensan muchos juristas. Su opinión en esta cuestión es, por lo tanto, nuevamente una suerte de *koiné* de la mentalidad de muchos especialistas.

Dice con claridad en su ponencia: «Quiero [...] argumentar: 1. a favor de la independencia judicial externa, pero sobre todo, interna, como condición necesaria, aunque no suficiente para el ejercicio de la actividad judicial, y 2. asumiendo con seriedad la dificultad contramayoritaria, argumentar a favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero de nueva cuenta no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Este

último entendido bajo una condición sustantivista «débil» de la democracia» (p. 99).

Vázquez reconduce el debate entre los defensores de una democracia procedimental (Bobbio, Bovero...) y los que propugnan una democracia sustantiva (Garzón, Ferrajoli, Courtis o Carbonell) a la dicotomía (pp. 122-123) entre la democracia sustantiva débil –garantizando derechos civiles y políticos– o fuerte –incluyendo también los derechos sociales–. Vázquez aboga por el primer modelo, porque permite que el pueblo –siempre a través de sus representantes– tenga más margen de decisión en cuestiones fundamentales. De esta manera, puede conseguirse un equilibrio entre el órgano mayoritario y el contramayoritario, sin que existan injerencias de uno sobre el otro.

La contraponencia de Josep María Vilajosana, al igual que la de Ruiz Miguel, no muestra ningún desacuerdo importante con la ponencia de Vázquez. Mientras el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid había preferido reconstruir y matizar las tesis de la ponencia principal, Vilajosana ofrece su propia comprensión (o, mejor dicho, el marco de la comprensión) del problema, por lo que el debate se da en términos más tangenciales.

El profesor catalán, en vez de buscar un debate frontal, se decanta por un estudio sobre las condiciones de posibilidad de la jurisdicción en el marco democrático. Con ello, Vilajosana se orienta hacia una serie de consideraciones metodológicas que abarcan el largo trecho entre la posibilidad y lo deseable. Con ello, el autor intenta dar «un paso atrás» (p. 144) para preguntarse acerca de la viabilidad de todas las sendas que se abren en el debate tan acertadamente resumido por Vázquez.

Vilajosana prefiere situarse en un plano epistemológico y, como Kant, examinar las condiciones de posibilidad de la justicia constitucional en el marco democrático. Siguiendo también a Kant, constata las diferencias entre conocimiento y decisión, subrayando los problemas de una democracia meramente deliberativa. Vilajosana se preocupa (al igual que hace en su reciente obra *El derecho en acción*, Marcial Pons, Madrid, 2010) de considerar una ontología previa a toda doctrina jurídica. Sin embargo, es consciente de que el «paso atrás» no exime de la decisión final, ya que la mera deliberación no basta para actuar.

Las últimas páginas de la ordenada y juiciosa ponencia de Vilajosana se deslizan hacia el realismo jurídico e institucional. Con ello, el autor muestra el *décalage* entre las condiciones ideales y las condiciones reales, efectivas e incluso potenciales de cada una de las instituciones. Al final, Vilajosana parece alinearse a favor del elemento contramayoritario a fin de que los Tribunales y, en particular, el Constitucional, pueden esgrimir razones en el foro político-jurídico.

En definitiva, un libro interesante, de lectura amena e instructiva. Las ponencias pueden considerarse «magistrales» en el mejor sentido de la expresión, ya que las ideas que se recogen no sólo albergan el testimonio de Rodolfo Vázquez, sino también un arquetipo de pensamiento jurídico-político. Las contraponencias no discuten el fondo de la cuestión, ya que los autores están sustancialmente de acuerdo con el ponente. Se trata más bien de repensar con rigor algunas cuestiones, expuestas con mesura, agudeza y buen tino.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universitat Illes Balears

VERGARA, Óscar (ed.): *Teorías del sistema jurídico*, Granada, Comares, 2009, 325 pp.

El profesor Pedro Serna Bermúdez ha impulsado una línea de investigación sobre el pensamiento jurídico contemporáneo, continuando un esfuerzo iniciado bajo la guía del profesor Javier Hervada. A lo largo de más de cuatro décadas, el grupo de investigación ha ofrecido a la comunidad académica varias monografías sobre los principales autores y temas jurídicos de nuestro tiempo: Bentham, Pound, Olivecrona, Kelsen, Hart, Bobbio, Villey, Perelman, Finnis; la fundamentación de los derechos humanos, el positivismo jurídico bajo sus «proteicos ropajes» (que me perdone Hart por robarle esta expresión), el debate en torno al derecho natural... En este marco se sitúan los trabajos más recientes sobre el positivismo jurídico analítico, como los de José Antonio Seoane y Pedro Rivas sobre Joseph Raz (*El último eslabón del positivismo jurídico*, Comares, Granada, 2005), los de Juan Bautista Etcheverry (v.gr., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, UNAM, México, 2006) y los recogidos en el presente volumen, editado por Óscar Vergara.

Teorías del sistema jurídico es una obra colectiva de cinco capítulos sobre algunos de los principales autores analíticos que han escrito acerca de los sistemas jurídicos. El editor es autor de la Introducción, el Epílogo y los capítulos sobre las teorías del sistema jurídico de Hans Kelsen (c. II) y de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (c. V). Luis Cruz, uno de los máximos expertos mundiales en la teoría jurídica de Jeremy Bentham, se ocupa de reconstruir el pensamiento benthamiano (c. I), mientras que Pedro Rivas y José Antonio Seoane exponen a Hart y Raz respectivamente (caps. III y IV). No se trata de una mera yuxtaposición de ensayos, sino de una coordinada exposición según un esquema común basado en el planteamiento de los problemas sobre el sistema jurídico que propusiera hace treinta años Joseph Raz.

El interés por el estudio del sistema jurídico en cuanto tal emerge, en la época contemporánea, a partir de la observación de Bentham de que para comprender qué sea una ley es necesario comprender y describir todo el sistema. Aunque Bentham no haya desarrollado la cuestión con el detalle posterior de autores como Kelsen o Raz, está claro que tanto él como su discípulo John Austin elaboraron teorías del sistema jurídico en su conjunto (pp. 1-3). El libro que comentamos presenta a cada autor resistemizado siguiendo las cuatro cuestiones que Joseph Raz estima centrales para explicar los sistemas jurídicos: su existencia, identidad, estructura y contenido. No pretendo yo hacer un resumen de lo que ya es un resumen, sino solamente reseñar la obra y dar una opinión conclusiva sobre su valor para los diversos tipos de lectores.

Luis Cruz expone la teoría de Bentham en el marco de su crítica del *common law* y de su propuesta de un cuerpo completo de leyes (el *Pannomion*), cuyo carácter claro y sistemático serviría para asegurar las expectativas de los súbditos y, así, la mayor felicidad para el mayor número. Cruz destaca, contra lo que suele creerse respecto de Bentham –en parte quizás por el intento positivista posterior de separar la crítica de la descripción–, que el sistema del derecho será a la vez expositivo y censorio (p. 9). La ciencia expositiva provee los conceptos, principios, estructura, etc., que la ciencia censoria necesita para construir un código racional y completo de leyes (p. 15). Bentham es el gran defensor analítico de la concepción de la ley como *mandato de la voluntad soberana* (pp. 16-19). El poder soberano se basa en la utilidad

de la obediencia, pero la fuerza de la ley depende de que vaya acompañada de la sanción (pp. 20-29). Cruz muestra como Bentham recoge la distinción entre un aspecto directivo y uno sancionatorio en toda ley, donde las sanciones pueden ser premios o castigos, aunque los castigos son tan esenciales que, sin ellos, se privaría a las leyes de su sentido (p. 30). El carácter esencial de la sanción lleva a concluir que toda ley completa tiene una parte civil y otra penal, complementada por las leyes procesales, pues toda ley completa o considerada como objeto ideal consta de una parte que manda o prohíbe y de otra que castiga, complementada por una ley que indica quién debe aplicar la sanción (pp. 33-34). En un sistema de leyes como el que Bentham soñaba, debe impedirse que las interpretaciones de los jueces se añadan al cuerpo del derecho (p. 40). Tras trazar las coordenadas fundamentales de la visión benthamiana del derecho, Cruz intenta aplicar el esquema raziano al pensamiento de Bentham: el sistema jurídico existe si hay un hábito general de obediencia; su identidad está determinada por el origen de los mandatos en un único soberano; su estructura está dada por diversos tipos de normas, que Cruz analiza con detalle; y, finalmente, existe un contenido debido de todo sistema, aquel que exija la utilidad, pero no se dice que de hecho los sistemas se adapten a ese contenido (y la crítica del *common law* parece sugerir lo contrario). Termina el autor señalando las finalidades del derecho: otorgar seguridad a los súbditos, para que conduzcan sus intereses particulares de manera que se favorezca la utilidad general. El capítulo de Luis Cruz no aporta una crítica de Bentham, pero su sola lectura, a la luz de los desarrollos posteriores, permite captar las dificultades inherentes al intento de sistematizar el derecho de una manera totalmente ajena al derecho positivo vigente, que era el del *common law*. Por otra parte, la presentación permite advertir también la superioridad de Bentham respecto de todos los otros autores estudiados en este libro. Mientras éstos parecen jugar al análisis avalorativo del derecho y a la separación pseudocientífica entre la ciencia jurídica y las valoraciones, aquél pone de manifiesto la unidad necesaria entre descripción y valoración en la ciencia del derecho, y, sobre todo, la subordinación de la ciencia jurídica descriptiva (el expositor) a la ciencia jurídica crítica (el censor).

Oscar Vergara expone el pensamiento de Hans Kelsen sobre el sistema jurídico: la existencia del sistema como efecto de su eficacia, y las relaciones entre validez y eficacia tanto de las normas como del sistema; la identidad del sistema jurídico por la unidad de todas las normas válidas que se fundan en una misma norma fundamental (quizás lo más interesante es el reconocimiento tardío, por Kelsen, de que la norma fundamental es una ficción: pp. 72-78); la estructura del sistema como una construcción escalonada, donde todas las normas crean y aplican derecho (excepto la primera constitución); el contenido del sistema como totalmente abierto –puede ser cualquiera–, y, en fin, las relaciones entre derecho y Estado, y el derecho internacional. El detalle con que trata cada uno de los subtemas es encomiable, pero especialmente lo es su comparación entre las diversas etapas del pensamiento kelseniano. Es difícil encontrar un autor contemporáneo que haya destruido su propio sistema inicial con el rigor con que Kelsen lo hiciera a partir de 1962. Así resulta imposible atribuir a Kelsen –como era costumbre en los años de su primer impacto sobre los juristas– un gran rigor metodológico, una asombrosa coherencia con sus puntos de partida, etc. La verdad es que sus puntos de partida no le permiten afirmar ni siquiera lo más básico: que el derecho es norma. Con tanta «coherencia» puede afirmarse que no hay contradicciones entre normas, como que en realidad sí las hay; que las normas

superiores establecen los criterios de validez de las inferiores, como que, en realidad, solamente establecen una alternativa para el órgano inferior entre crear una norma conforme a esos criterios (que será válida) y crear una norma contra esos criterios (que también será válida, pero anulable... ¡pero las normas válidas dictadas conforme a la norma superior también son anulables!); que cabe deducir una norma indirectamente (de la proposición descriptiva de la norma general «Todos los homicidas deben ser encarcelados» y de la proposición descriptiva del caso «Pedro ha cometido homicidio» se deduce que «Pedro debe ser encarcelado»), como que, en realidad, es imposible deducir una norma (porque toda norma es creada por un acto de voluntad, no de conocimiento, de manera que en el caso concreto la norma «Pedro debe ser encarcelado» no existe mientras el juez no dicta la sentencia). Y así sucesivamente. En mi opinión, la lectura de este capítulo es de lo más instructiva para lectores que pudieran haber estado embelezados alguna vez con un pensamiento jurídico tan lábil como el de Hans Kelsen, cuya subsistencia hasta hoy no cabe atribuir más que a motivos ideológicos.

Pedro Rivas intenta extraer del pensamiento hartiano las respuestas que él habría dado a los problemas que Raz plantea sobre el sistema jurídico. Así, la existencia del sistema jurídico depende de que sea generalmente aceptado desde el punto de vista interno al menos por los funcionarios, quienes comparten reglas comunes de identificación de las normas del sistema; la identidad del sistema depende de las reglas de reconocimiento, que no son ni válidas de inválidas (Rivas muestra la diferencia entre Hart y Kelsen respecto de la norma básica, a la vez que critica las ambigüedades de Hart en este tema); la estructura viene dada por la peculiar unión de reglas secundarias (especialmente las de reconocimiento, cambio y judicación) y reglas primarias del sistema; finalmente, el contenido, que en principio puede ser cualquiera, exige al menos algunas normas necesarias para la supervivencia (como el control de la violencia), aunque, precisamente porque el sistema puede tener cualquier contenido, las normas o principios morales pueden formar parte del derecho en la medida en que los incorpore una regla de reconocimiento. Rivas muestra las incoherencias internas del pensamiento de Hart, como, por ejemplo, su fluctuación entre normativismo y realismo jurídico, o entre admitir que la moral puede formar parte del derecho en su regla de reconocimiento o tratarse solamente de un caso de discrecionalidad de los tribunales, según la tesis de Joseph Raz (p. 149).

José Antonio Seoane se ocupa de la teoría del sistema jurídico de Joseph Raz. De alguna manera, éste es el capítulo en torno al que pivota el libro, porque los autores han adoptado el esquema raziano para abordar el tema. No es de extrañar, pues, que Seoane ofrezca uno de los capítulos más detallados. Raz también adhiere, en lo fundamental, a un test semikelseniano de eficacia para determinar la existencia de un sistema jurídico; pero añade, para los casos en que más de un sistema supere el test de eficacia en un mismo lugar, el test de exclusión, que determina como sistema existente «el mejor» de los eficaces. Seoane ofrece una crítica de este segundo test, aunque quizás lo más problemático no se enfatiza lo suficiente, y es que introduce en el momento más básico de la determinación del objeto de estudio de la ciencia positiva del derecho un juicio de valor (sobre lo «mejor», pero recordemos que todo el sentido de la tesis de las fuentes es que no es necesario recurrir a consideraciones de valor para identificar el derecho). En cuanto a la identidad, Raz rechaza el criterio de origen, para basar la identificación en la actividad de los órganos primarios aplicadores, que son los que reconocen auto-

ritativamente las normas. Seoane también analiza la compleja teoría de Raz sobre la estructura del sistema, y su relativa indiferencia respecto del contenido. Finalmente, la crítica de Seoane se extiende adecuadamente a los diversos aspectos de la teoría, algunos muy llamativos como el test de exclusión, que exige identificar un sistema como el mejor; o la paradoja que significa basar la identidad del sistema en el reconocimiento autoritativo de las normas por los tribunales, para luego sostener que algunas normas reconocidas y aplicadas por los tribunales no pertenecen al sistema (como las normas del derecho extranjero aplicadas en aplicación de una norma interna sobre conflicto de leyes o derecho internacional privado); etc. En general, las críticas de Seoane me parecen fundadas. Sin embargo, del carácter excluyente de las razones legales para la acción deduce Seoane que Raz sostiene una tesis de obediencia absoluta al derecho válido (positivismo ideológico), lo cual le parece criticable. La verdad es que este aspecto de la teoría jurídica de Raz da esa impresión al leerse separado de sus tesis éticas, expuestas en otros trabajos, donde expresamente niega el deber moral general de obedecer el derecho, y afirma enfáticamente el deber de desobedecer el derecho injusto. Por eso, en mi opinión la crítica correcta contra Raz no es exactamente la que propone Seoane, sino una quizás más destructiva: que Raz propone tesis jurídicas y morales incoherentes entre sí, o una teoría descriptiva del derecho que es contraria a su propia teoría de la judicación.

Dejando de lado la complejidad de los detalles, que el lector puede disfrutar por su cuenta, a la altura del capítulo IV va emergiendo una imagen patética del desarrollo de la teoría analítica del sistema jurídico. Habida cuenta de que se están exponiendo las principales posiciones de los autores más lúcidos de esa tradición intelectual (Bentham, Kelsen, Hart, Raz), es realmente sorprendente que ellos no puedan estar de acuerdo ni siquiera en puntos elementales sobre la existencia de un sistema jurídico (por cierto, aquí sobresale el idiosincrático rechazo, por parte de Joseph Raz, de un criterio puro y simple de eficacia). Por eso, el capítulo V, dedicado a los profesores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin y a su famosa obra *Normative Systems* (1971), es reconfortante. Aquí queda claro que los sistemas jurídicos no existen fuera de la mente sistematizadora de un jurista (solamente existen antes las normas jurídicas, pero no el sistema: pp. 238-239). La identificación del sistema, a su vez, depende de los criterios de legalidad (*i.e.*, promulgación por la autoridad) y deducibilidad (*i.e.*, la proposición no corresponde a una norma promulgada, pero se deduce de las que sí corresponden), más algunas normas independientes que cumplen funciones análogas a la norma básica de Kelsen. Complejidades y problemas análogos surgen en relación con la estructura y el contenido de los sistemas. Óscar Vergara trata con detalle el tema de las lagunas y el de la ciencia jurídica, especialmente iluminador. En efecto, a estas alturas sucede que Alchourrón y Bulygin terminan por admitir que, en su concepción de la ciencia, se combinan factores racionales e intuitivos, creadores. Aquí se recuerda una distinción que ha hecho fortuna en la teoría contemporánea del derecho: entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. El primero es creador e intuitivo, para arribar a los resultados; el segundo, es lógico, y permite demostrar la validez o invalidez de las conclusiones. Se nota la presencia de la filosofía de la ciencia de Reichenbach (p. 288) y de algunos autores cercanos al neopositivismo del Círculo de Viena, como Carnap. Quizás por eso todo nos suena tan antiguo e insostenible. En particular, en el campo del derecho, como he afirmado en otro lugar (Cristóbal Orrego, «Supuestos conflictos de derechos humanos y la especifi-

cación de la acción moral», *Revista Chilena de Derecho*, 37, 2, 2010), la distinción entre un contexto de descubrimiento libre, no racional e intuitivo, y un contexto de justificación normado, racional y lógico, es no solamente irracional, sino absolutamente inaceptable desde el punto de vista de la ética jurídica. Equivale a legitimar una combinación entre arbitrariedad e hipocresía, porque se arriba a la solución del caso de manera irracional –es decir, arbitraria, por mera intuición–, pero luego se la presenta con argumentos que pretenden justificarla racionalmente, enmascarando lo que verdaderamente mueve al jurista a arribar a esa solución. En todo caso, al menos estos autores ofrecen una visión más realista de lo que está sucediendo en los ámbitos donde influye la teoría analítica de tradición positivista (cualquiera sea el significado de esta palabra en la actualidad).

Finalmente, Óscar Vergara ofrece, en el Epílogo, una recapitulación y una crítica. La crítica muestra que fenómenos como la supraestatalidad normativa, la infraestatalidad normativa, la hipertrofia legislativa y otros, parecen dejar obsoletos los intentos de explicar los sistemas jurídicos anclados en la visión estatalista decimonónica. En realidad, la simple enumeración de los problemas aparentemente insolubles de las teorías de los sistemas jurídicos parece mostrar que es adecuada la disyuntiva propuesta por Moreso y Navarro (p. 307): abandonar la teoría del sistema jurídico o resolver sus problemas oscuros. Algunos autores persisten heroicamente en el intento de estudiar y resolver los problemas. El libro que comentamos puede servir como buena introducción para quienes abriguen alguna esperanza de obtener frutos de semejantes temas (*v.gr.*, de saber si realmente hay lagunas o no en el derecho).

Yo personalmente he llegado a la conclusión de que, mediante este tipo de análisis aparentemente sofisticados, algunos juristas revisten sus visiones de fondo sobre el derecho y, en definitiva, sobre lo justo, de una apariencia rigurosa y científica, cuando lo que realmente hay es pura ideología. En consecuencia, los análisis aparentemente puros sirven para desviar la atención de los problemas realmente importantes que enfrentan los juristas actualmente. Mi consejo para los lectores, entonces, es: si son especialistas en estas materias, lean este libro, que les será de utilidad; si se inician en estos temas, he aquí una buena introducción. Mas, si están en otra situación vital, o si, mejor aún, deliberan acerca de lo que realmente vale la pena leer para comprender el derecho tal como es –es decir, como una realidad que sirve al ser humano o que lo daña–, y no el derecho tal como los autores analíticos piensan que debería ser (como Bentham, que negaba el carácter jurídico del único derecho existente a su alrededor, el *common law*), entonces les sugiero ampliar la mirada y dirigirse a otros autores, clásicos y contemporáneos. Quizás el servicio más importante que nos han prestado Óscar Vergara, Luis Cruz, José Antonio Seoane y Pedro Rivas, al exponer de corrido y sin respirar las complicadas construcciones desde Bentham a Bulygin, todas incompatibles entre sí y de muy escasa relevancia filosófica y humana, ha sido precisamente confirmarnos en la decepcionada percepción de este sector de la teoría del derecho. Les debemos, pues, nuestro sincero reconocimiento.

Cristóbal ORREGO
Universidad de los Andes

ZAPATERO, Virgilio, y GARRIDO, M.^a Isabel (eds): *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Madrid, Universidad de Alcalá-Cátedra Democracia y Derechos Humanos, 2010, 344 pp.

El libro cuenta con una variedad de artículos, cuya autoría corresponde a destacados catedráticos de universidades españolas que se han ocupado en los últimos tiempos de diferentes cuestiones relativas al tema de los derechos sociales. Los artículos aparecen agrupados en tres grandes bloques: I. *Los derechos sociales y sus vertientes histórica y actual*. II. *Problemas teóricos de los derechos sociales*. Y, III. *Cuestiones relativas a la práctica de los derechos sociales*.

Si bien es cierto, los diferentes artículos han sido elaborados desde perspectivas metodológicas diversas y obedecen a distintos propósitos teóricos, el libro –considerado en su conjunto– constituye un importante aporte que apunta hacia el pleno reconocimiento y efectividad de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales. Ello incluye el estudio de estrategias encaminadas a su exigibilidad judicial en el ámbito del Derecho interno y del Derecho internacional y, en general, elementos importantes en la desmitificación de los rasgos atribuidos tradicionalmente a estos derechos y que los han mantenido en una especie de minusvalía en relación con los clásicos derechos liberales. De esta manera, a lo largo del libro se puede observar la intención de parte de los autores de mostrar cómo las supuestas diferencias jurídicas esenciales entre derechos sociales, y derechos civiles y políticos, no son tales, sino que la estructura de todos estos derechos más bien puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado.

En el primero de los bloques, dedicado a la cuestión histórica, el profesor Peces-Barba realiza un interesante recuento de los orígenes de los derechos sociales. Para el autor, estos derechos hunden sus raíces principalmente en el movimiento obrero del siglo XIX, siendo el escenario intelectual de fondo el socialismo reformista. Así, autores del socialismo democrático decimonónico, protagonistas, además, de la lucha por el derecho de asociación y el sufragio universal, como Saint Simon, Fourier u Owen habrían tenido gran influencia en la aparición de los derechos sociales. Menciona como importantes inspiradores a autores como Lasalle, Bernstein y los fabianos, quienes rechazaron la idea de la propiedad como derecho natural de los propietarios, expresando que toda propiedad que no provenga del trabajo será ilegítima y todo trabajo que no conduzca a la propiedad opresivo. Para Bernstein, por ejemplo, este tipo de derechos se erigen en medios para alcanzar la autonomía moral, o dicho en otras palabras, aquellos que dotan a los seres humanos de las condiciones necesarias para optar libremente por sus planes de vida propios. De esta manera, suponen la generalización de la libertad, a través de la incorporación de la igualdad, que permite a todos participar en la democracia social y disfrutar de los derechos civiles y políticos, con sus necesidades básicas satisfechas. Así mismo, destaca la idea ya presente en Blanc, según la cual el Estado resulta imprescindible para el reconocimiento y la garantía de los derechos sociales, como el único posibilitador de la mejora de la situa-

ción de los trabajadores, lo que viene a configurar posteriormente el llamado Estado social.

En lo relativo a los orígenes de la positivización de los derechos sociales, retoma al profesor francés Mirkiné Guetzevitch, quien sitúa los primeros antecedentes en las Declaraciones de 1789 y 1793 en las que fueron incorporadas obligaciones positivas del Estado en relación con la instrucción pública y la asistencia social, así como en la Constitución de 1848 que dio un paso más y consagró el derecho al trabajo. Pero considera, con él, que serán las Constituciones de posguerra de 1914, las que generalizarán esas tendencias sociales, como concretización del ideal de asegurar la independencia social del individuo, no ya sólo la jurídica.

Finalmente, el profesor Peces-Barba hace referencia al que, a su juicio, es probablemente el teórico con más influencia en las ideas que sustentan a los derechos sociales y quien definió con más claridad el concepto de Estado social. Destaca así, la idea de Heller, según la cual la democracia sólo es posible dentro de una situación de homogeneidad social que sólo se vería materializada dentro del marco del Estado social de Derecho, único capaz de integrar a través de los derechos económicos, sociales y culturales el Estado liberal y la homogeneidad social.

El profesor Pérez Luño, por su parte, luego de hacer unas interesantes precisiones sobre el significado y alcance de los derechos sociales y las cuestiones relativas a su carácter de categoría normativa, concluye que, a pesar de las particularidades que los diferencian de los derechos tradicionales de libertad, no es posible establecer una fractura tajante entre ellos. Y, para demostrar su hipótesis, lleva a cabo un análisis de la estructura de estos derechos desde la perspectiva de su fundamentación, formulación, y mecanismos de protección judicial. La conclusión a la que llega el autor consiste en que los derechos sociales serían una evolución de los derechos y libertades a través de diferentes generaciones, como quiera que «no constituyen un núcleo permanente, inalterable, completo y cerrado de derechos», sino que las libertades individuales surgidas y protegidas en el Estado liberal de Derecho se vieron prolongadas y completadas por los derechos sociales, propios del Estado social de Derecho. Así, para el autor, la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales postula una concepción generacional de los derechos y libertades, propugnando por reemplazar como marco de estudio de los derechos humanos el paradigma estático, por un nuevo paradigma dinámico.

Aclara el profesor Pérez Luño, no obstante, que las generaciones de derechos humanos así entendidas no configuran un proceso cronológico y lineal, sino que en el curso de su trayectoria se producen avances, retrocesos y contradicciones que hacen de éste un proceso dialéctico. Para él, una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, asumir el catálogo de derechos y libertades como un conjunto en constante cambio y que nunca será una obra cerrada, sino siempre abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos.

Para concluir el primero de los bloques temáticos del libro, el profesor mexicano José Luis Soberanes, elabora un completo recuento de la historia constitucional de los derechos sociales en su país, cuyo hito fundamental es la Constitución que surge después de la Revolución mexicana de 1917, en la cual se consagraron una serie de derechos para los menos privilegiados, como los trabajadores asalariados y los pueblos indígenas, dando comienzo a la etapa del denominado *constitucionalismo social* mediante el cual se procuró corregir las desigualdades presentes en la sociedad. Destaca así el autor que

se trata de la primera Constitución social del mundo y que fue promulgada con anterioridad a cualquier tratado o declaración internacional de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, en un primer momento la Constitución incluyó el derecho a la educación y el derecho al trabajo y a la previsión social, habiendo sido incorporados con posterioridad al PIDESC los derechos a la seguridad familiar, a la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado, a la vivienda y a la cultura.

Para abrir el bloque de *problemas teóricos de los derechos sociales*, el profesor Martínez de Pisón elabora un interesante ensayo en el que procura deconstruir las tradicionales características atribuidas a los derechos sociales. Así, el autor busca mostrar que los derechos sociales: (i) no son derechos de igualdad, sino que su fundamento estaría en lo que la teoría de los derechos ha dado en llamar *libertad real* a partir del concepto de necesidad que aporta un ingrediente material al clásico concepto de libertad; (ii) no se trata de derechos de prestación, sino que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales generan obligaciones positivas y negativas para el Estado, lo cual hace que la contraposición relevante se dé entre derechos socializados y derechos privatizados, o sea, entre derechos generalizables y privilegios excluyentes; (iii) deben ser asumidos como verdaderos derechos con vinculatoriedad normativa, en tanto pretenden satisfacer necesidades básicas, de lo cual depende que el individuo tenga *capacidad* entendida como «la libertad para llevar la propia vida», pues estas dos nociones configuran buenas razones para justificar el reconocimiento de estos derechos; (iv) la dificultad para su realización no radica de manera exclusiva en la ausencia de garantías o inexistencia de procedimientos para su reclamación, pues la práctica judicial a nivel internacional y en muchos casos a nivel doméstico, ha demostrado que es posible su protección haciendo uso de los mecanismos existentes para la tutela de los derechos civiles y políticos; considera, además, de vital importancia para la teoría del Derecho y la dogmática constitucional el diseño de garantías específicas a favor de estos derechos. Concluye su ensayo afirmando que no son de recibo los argumentos de tipo económico directamente ligados al fenómeno de la globalización y las políticas neoliberales como pretextos para continuar postergando la urgente tarea de realización de los derechos sociales.

El ensayo del profesor Martínez Roldán parte de la tesis según la cual los derechos económicos, sociales y culturales en tanto que «exigencias de la dignidad humana y de la más elemental justicia social», son auténticos derechos humanos si bien no puede decirse que sean derechos constitucionales por no estar debidamente protegidos y no poder ser exigibles ante instancias judiciales. No obstante después de un largo análisis de las características de los derechos humanos y los derechos constitucionales, el autor llega a la conclusión de que los primeros son auténticos derechos subjetivos, aun cuando sean derechos subjetivos morales y no jurídico-positivos. Lo son, a su juicio, «en cuanto exigencias o facultades derivadas de esa norma que interpreta desde un razonamiento moral esas carencias o necesidades». Señala que el menor reconocimiento jurídico positivo de los derechos sociales no justifica en absoluto que estos sean relegados a un lugar subordinado dentro de los derechos humanos. Y añade que tales exigencias de la justicia requieren de forma urgente de un reconocimiento y de una garantía jurídico-positiva que los convierta en verdaderos derechos constitucionales, que los haga exigibles

y realizables al mismo nivel de los demás derechos constitucionales (o los derechos humanos consagrados en el PIDCP).

En su artículo, el profesor Ansuátegui Roig expone de manera clara los que, en su opinión, constituyen en la actualidad los principales problemas en torno a los derechos sociales. El primero de ellos es el relativo a la cuestión cronológica. Para Ansuátegui hacer alusión a las generaciones de derechos tiene utilidad únicamente en la medida en que funciona como una herramienta para explicar las condiciones, rasgos y circunstancias de la evolución histórica de los derechos, pero presenta problemas cuando se pretende que opere como único criterio de análisis de la evolución histórica de los derechos en tanto de allí intentan derivarse diferencias claras y explícitas entre categorías de derechos que pueden generar confusiones y prejuicios sobre la naturaleza de los mismos. Así, los problemas concretos que giran en torno a la teoría de las generaciones de derechos, son los siguientes para el autor: (i) no es verdad que los derechos civiles y políticos tengan una precedencia histórica indubitada respecto de los derechos sociales, pues la aparición de los distintos tipos de derechos no es lineal y sucesiva, sino que es el resultado de procesos históricos complejos; y (ii) esta teoría conlleva una justificación implícita de la prioridad, no sólo temporal, sino lo que es más importante, estructural, moral y política de unos derechos respecto de otros. En punto de esta teoría que desemboca en la atribución de prioridad a los derechos civiles y políticos frente a los derechos sociales, el autor concluye que desde un punto de vista lógico sería posible hablar de la prioridad de los derechos sociales sobre los derechos de libertad, pues las necesidades que tienden a ser satisfechas por los derechos sociales son aquellas que deben estar cubiertas necesariamente para que un ser humano se encuentre en condiciones de ejercitar sus libertades.

El segundo problema que destaca el autor, es aquel relativo a la estructura de los derechos sociales. Aquí, pone en cuestión la distinción que se suele hacer entre derechos autonomía y derechos de prestación, como quiera que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, exigen prestaciones de parte del Estado.

Por último, se refiere al problema económico y señala que la distinción entre derechos caros (derechos sociales) y derechos baratos o no onerosos (derechos civiles y políticos) es errada, pues todos los derechos implican gastos presupuestarios, como quiera que su realización supone un entramado institucional y organizativo. En este punto toma como referencia la tesis de Holmes y Sunstein, según la cual todos los derechos son positivos, desde el mismo momento en que exigen mecanismos de protección, pues todos, en una u otra medida, exigen respuestas afirmativas, y no meramente negativas, de parte del Estado. De lo anterior concluye que el argumento del carácter oneroso de los derechos sociales para justificar su falta de realización y tutela judicial es una excusa sin fundamento que obedece a un razonamiento en el que se da prevalencia a unos derechos sobre otros. Así, la dependencia presupuestaria es una circunstancia que habría que tener en cuenta a la hora de afrontar los problemas de distribución en contextos de escasez moderada, pero no puede ser una excusa para no satisfacer derechos. Como corolario de su ensayo, el profesor Ansuátegui se pregunta hasta qué punto es útil seguir hablando de derechos sociales, en consideración a que las diferencias con otros derechos no son tan relevantes y a que la mayoría de las veces que se utiliza este adjetivo es para resaltar sus falencias frente a los *auténticos* dere-

chos. Por ello plantea que quizás lo más adecuado sería empezar a hablar simplemente de derechos fundamentales.

En el último bloque temático del libro, encontramos el artículo del profesor Javier de Lucas. Se trata de un interesante ensayo en el que el autor indaga sobre la cuestión de la universalidad de los derechos en relación con los inmigrantes, considerados como diferentes o *desiguales* frente a la población mayoritaria. Se centra en su artículo en el problema del reconocimiento de los derechos culturales de estas poblaciones minoritarias. Así, él considera que el reto más importante que afrontan hoy en día los derechos humanos es el de la profundización en el diálogo intercultural para fortalecer su pretensión de universalidad, pues «la prueba o el test de universalidad es su transculturalidad, y eso exige escuchar, dar voz a las pretensiones y visiones del mundo de otras tradiciones culturales, pero no para admitirlas sin más, sino para examinar si hay algo que debemos cambiar o añadir».

Pone el acento en la importancia del derecho a la propia identidad cultural, al propio patrimonio y herencias culturales, diferenciándolo del derecho al acceso y participación en la cultura como bien primario, en el sentido del acceso, participación y disfrute de la cultura. En el primero de los casos, indica, lo importante es reconocer la diferencia, mientras que en el segundo de ellos, lo objetivo es que todos sean iguales. Pues bien, para el autor, los grupos vulnerables, como el de los inmigrantes, suele tener dificultades en el acceso, participación y disfrute de la cultura, pero lo que es aún más grave son los obstáculos en el reconocimiento y garantía del derecho de los inmigrantes a la propia identidad cultural y a las manifestaciones de ese derecho (derecho al etnodesarrollo, a la autonomía y al pluralismo), tanto en su dimensión individual, como colectiva.

De esta falta de reconocimiento deriva el que, a juicio del autor, es el problema más significativo en la Unión Europea y España en relación con los inmigrantes, cual es el de su estatus jurídico y político como manifestación de un problema de inclusión principalmente a nivel político, en cuyo caso el test de inclusión no lo constituirían tanto los derechos sociales, sino los derechos políticos, o de participación política. Pero para hablar de una inclusión integral –sostiene el profesor De Lucas– el test debe estar conformado tanto por los derechos políticos, como por los derechos económicos, sociales y culturales, de los cuales los inmigrantes están lejos de disfrutar en igualdad de condiciones con el resto de la población. Lo anterior, en gran medida, porque son discriminados culturalmente, pues el etnocentrismo que impera en Europa ha llevado a considerar que las diferencias culturales son un peligro para la universalidad de los derechos humanos, lo cual, conjugado con el desmonte del Estado de bienestar en el contexto de la globalización, lleva a la falta de reconocimiento, protección y garantía de los derechos económicos sociales y culturales principalmente de los inmigrantes, víctimas de una discriminación real por ser diferentes.

El último de los artículos del libro es el que presenta el profesor Calvo García. Éste gira en torno a la reflexión sobre el papel de un sistema de indicadores y metas o elementos de referencia en la supervisión y control –tanto judicial como no judicial– de la efectividad y eficacia de los derechos sociales. El autor señala que es indispensable superar las diferencias tradicionalmente trazadas entre unos y otros derechos y resaltar sus correlaciones en cuanto a la estructura de las obligaciones a que dan lugar y las garantías que

aseguran su efectividad, con el fin de asegurar su plena exigibilidad y su reconocimiento como derechos fundamentales.

Después de reseñar los avances que se han dado en el ámbito del Derecho Internacional en materia de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales al considerarse que el incumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y satisfacción de alguno de estos derechos conlleva una violación del mismo, el autor señala que estos avances se han visto complementados con la defensa de estrategias cada vez más amplias y efectivas en torno a la exigibilidad de los derechos sociales y, en particular, sobre la judicialización del control sobre la efectividad de este tipo de derechos. En esta materia destaca la importancia de la Observación General núm. 9 del PIDESC que señaló la necesidad de establecer recursos judiciales para la reclamación ante violaciones de estos derechos.

En relación con su propuesta metodológica, mantiene que el sistema de metas o elementos de referencia e indicadores que propone, sería de gran utilidad en la determinación de violaciones por el incumplimiento de obligaciones. Así, el sistema debe: (i) estar orientado a medir y valorar si se cumplen los contenidos mínimos de las obligaciones y si se producen las violaciones fijadas como tales por los organismos competentes en la protección de estos derechos; (ii) servir para evidenciar otro tipo de violaciones como las generadas por situaciones de discriminación o marginación en el disfrute de los derechos sociales; y (iii) permitir detectar situaciones de riesgo e identificar grupos vulnerables por violaciones de derechos sociales.

El autor señala que, adicional a esta función de monitorización por parte de los órganos encargados de controlar el cumplimiento de los Tratados, los particulares y las víctimas también se pueden ver beneficiados de este sistema de indicadores, ya que el mismo puede suministrar datos que apoyen sus reclamaciones y denuncias tanto en el ámbito doméstico, como en el ámbito internacional en virtud del mecanismo de denuncias que introduce el Protocolo Facultativo al PIDESC.

Como se ve, el libro es un interesante y completo compendio de artículos de la mayor actualidad en el tema de los derechos sociales y aborda algunos de los principales problemas que, desde las perspectivas teórica y práctica, deben ser afrontados hoy por hoy por juristas y académicos.

Andrea NÚÑEZ URIBE

IV

NOTICIAS

Crónica del I Congreso Internacional Filosofía y Derecho: Neutralidad y Teoría del Derecho

Si por «crónica» entendemos una narración de los hechos observando el orden de los tiempos, parece una condición necesaria comenzar ésta con una breve referencia sobre cómo se ideó el evento a relatar.

Hace siete años iniciamos con mucha ilusión un proyecto editorial con grandes pretensiones de calidad y modestas expectativas de difusión: se trataba de poner en marcha una colección de libros en el ámbito de la filosofía del derecho, acogiendo tanto traducciones que pusieran al alcance del lector de lengua española importantes libros de otras culturas jurídicas, como monografías originales. Siete años después, los resultados parecen haber desbordado todas las previsiones en cuanto al impacto de la Colección «Filosofía y Derecho» de la Editorial Marcial Pons, aportado un granito de arena al debate iusfilosófico.

Hoy, la colección cuenta con más de cuarenta volúmenes publicados y 14 en preparación. Por ello, la editorial Marcial Pons, la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona y los grupos de investigación de filosofía del derecho de esa misma Universidad y de la Universidad Pompeu Fabra (a los que pertenecen los directores de la colección, Jordi Ferrer y José Juan Moreso), organizamos un congreso internacional conmemorativo de los primeros 50 volúmenes de la colección, que tuvo lugar los días 20, 21 y 22 de mayo de 2010 en la ciudad de Girona (España).

El congreso se planteó desde el inicio como un encuentro entre autores y lectores de nuestros libros. Gracias a la buena acogida de esta propuesta, resultó un punto de reunión para más de 300 especialistas e interesados en la filosofía jurídica, en general y, en particular, en el eje temático vertebrador de las ponencias presentadas, esto es, «Neutralidad y Teoría del Derecho».

Lo ponentes del congreso fueron 12 de los autores de la colección, que plantearon, desde sus diversas concepciones, las posibilidades de abordar una teoría del derecho valorativamente neutral. Es éste uno de los presupuestos del denominado positivismo metodológico y ha sido uno de los aspectos más a menudo tratados y discutidos, directa o indirectamente, en los libros de la colección.

La dinámica del evento se desarrolló en seis sesiones, de mañana y tarde, durante tres días. Los diversos ponentes presentaron un texto inédito en un tiempo aproximado de 45 minutos, para después someterlo a debate con el

público asistente durante una hora. Cada sesión contó con la presentación y debate de dos ponencias, coordinadas también por filósofos del derecho de gran prestigio internacional.

El primer día, jueves 20 de mayo, se inició con la bienvenida a todos los ponentes y asistentes al evento y a la ciudad. Participaron en ella la Alcaldesa de la ciudad de Girona, Sra. Anna Pagans, el Sr. Enrique Pascual, en representación de la editorial Marcial Pons, el Dr. Xavier Arbós, entonces Decano de la facultad de derecho de la Universidad de Girona, y el Dr. Jordi Ferrer Beltrán, presidente del comité organizador del congreso.

Posteriormente, se inició la primera sesión de trabajo con la participación del Dr. Juan Carlos Bayón de la Universidad Autónoma de Madrid, quién presentó la ponencia titulada «*The Province of Jurisprudence Underdetermined*», bajo la coordinación de la Dra. Margaret Martin, de la University of Ontario (Canadá). La segunda ponencia de esa sesión fue «*Necessity, Importance, and the Nature of Law*» a cargo del Dr. Frederick Schauer de la University of Virginia (Estados Unidos) y siendo coordinada por el Dr. Francisco Laporta de la Universidad Autónoma de Madrid (España).

La primera sesión de tarde inició con la ponencia «*Alexy Between Positivism and non-Positivism*» presentada por el Dr. Eugenio Bulygin de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), bajo la coordinación del Dr. Eerik Lagerspetz, de la University of Turku (Finlandia). Y, cerrando el primer día de trabajo intervino el Dr. Robert Alexy, de la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, presentando la ponencia «*Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin*», con la coordinación del Dr. Carlos Bernal Pulido, de la Macquarie University (Australia).

El segundo día, viernes 21 de mayo, inició la primera sesión el Dr. Jules Coleman (Yale University) con la ponencia «*The Architecture of Jurisprudence: Part I*». El coordinador de ésta mesa fue el Dr. Michel Troper (Université Paris X Nanterre, Francia). Posteriormente, el Dr. Jorge L. Rodríguez, de la Universidad de Mar de Plata (Argentina), presentó su ponencia «*Norms, Truth and Legal Statements*», cuya coordinación corrió a cargo del Dr. Christian Dahlman, de la Lund University, (Suecia).

La sesión de la tarde dio comienzo con la presentación del paper «*Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations, and Powers*» del Dr. Ricardo Guastini (Università degli studi di Genova, Italia), con la coordinación del Dr. Juan Ruíz Manero (Universidad de Alicante, España). Terminó esta sesión el Dr. Brian Leiter, de la University of Chicago (Estados Unidos), con el trabajo «*The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism*», y la coordinación de la Dra. Verónica Rodríguez Blanco, de la University of Birmingham (Reino Unido).

El último día, sábado 22 de mayo, se abrió con la ponencia del Dr. Bruno Celano, de la Università degli studi di Palermo (Italia), «*Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*», cuya mesa estuvo coordinada por la Dra. Julie Dickson (Oxford University, Reino Unido). En la segunda parte de la sesión, el Dr. Scott J. Shapiro (Yale University) presentó «*What is law (and why should we care)?*», correspondiendo la coordinación de mesa al Dr. Ricardo Caracciolo de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Finalmente, la última sesión fue iniciada por el Dr. Wilfrid J. Waluchow, de la McMaster University (Canadá), con el trabajo titulado «*On the Neutrality of Charter Reasoning*». Coordinó el debate el Dr. Juan Vega Gómez, de la Universidad Nacional Autónoma de México (México). Y, cerró el programa académico del evento el Dr. Brian Bix, de la University of Minnesota (Esta-

dos Unidos), con el trabajo «*Ideals, Practices, and Concepts in Legal Theory*», cuya presentación estuvo coordinada el Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr., de la Universidade de São Paulo (Brasil).

Y, como último acto del evento, se llevó a cabo la clausura del congreso, en la que participaron la Rectora de la Universidad de Girona, Dra. Anna Maria Geli y el Rector de la Universidad Pompeu Fabra, Dr. Josep Joan Moreso.

En el marco del evento se entregó también el «1.º Premio de la Colección *Filosofía y Derecho* de la editorial Marcial Pons para jóvenes investigadores». Los galardonados fueron Dan Priel, de la University of Warwick (Reino Unido) y Kevin Walton, de la University of Sidney (Australia), por sus trabajos: «*The scientific model of jurisprudence*» y «*Jurisprudential methodology: is pure interpretation possible*», respectivamente. Estos serán publicados muy próximamente, junto con todas las ponencias presentadas, en un volumen conmemorativo del congreso en la colección *Filosofía y Derecho* de la editorial Marcial Pons.

Por lo que respecta a los asistentes, se contó con investigadores, jueces, magistrados y abogados de Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Holanda, Inglaterra, México, Panamá, Perú, Portugal, República Dominicana, Suecia, Uruguay, Venezuela, Rumania, entre otros. Así, consideramos razonablemente satisfecho otro de los grandes objetivos que se planteó la organización del congreso: ofrecer un espacio académico que sirviera de encuentro a las distintas tradiciones iusfilosóficas, aunando ponentes y participantes, especialmente, de países anglosajones y de tradición romano-germánica con el objeto de discutir un tema de mutuo interés.

María del Carmen VÁZQUEZ ROJAS
Universitat de Girona

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 de diez 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 deben ser inéditos y serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*». 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 de evaluadores externos. 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 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 admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.

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*.

