

**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 de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID. Tel.: 902 365 303. Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXVIII
2012

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2012

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

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

ISSN: 0518-0872
NIPO (BOE): 007-12-058-4
NIPO (M.º de Justicia): 051-12-008-X
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN DEL ANUARIO 2012

El volumen XXVIII (Nueva Época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* que se publica en el año 2012 lleva por rúbrica de su primera sección «Las claves de la Filosofía del Derecho del siglo XXI», tema propuesto como objeto de debate en las Jornadas de la Sociedad española de filosofía jurídica y política que se desarrollaron en la Universidad de Jaén en abril de 2011. El origen de los artículos que componen este espacio de la revista se encuentra en los textos presentados como ponencias entonces y son el resultado de la reflexión y la discusión académica mantenida en el curso de esta reunión científica de nuestra disciplina. Las XXIII Jornadas han revisado en sus sesiones tres núcleos temáticos sobre aspectos vinculados principalmente a las teorías de la justicia, a la teoría del derecho y a la teoría de la argumentación jurídica. En este volumen se incluyen los artículos de M.^a Carmen Barranco y Cristina García Pascual que abordan cuestiones relativas a la teoría de la justicia, junto a las aportaciones de Jesús Ignacio Martínez y Manuel Calvo García que versan sobre las transformaciones jurídicas y su impacto en la teoría del derecho. Finalmente, las contribuciones de Victoria Iturralde y José Juan Moreso sobre el razonamiento jurídico cierran esta sección monográfica del Anuario.

La sección segunda, *Estudios de Teoría y Filosofía del Derecho* está integrada por ocho trabajos que forman parte del amplio abanico de cuestiones que pueden ser objeto de análisis en esta área de conocimiento. Se recogen trabajos sobre argumentación jurídica como son los textos de Pablo Raúl Bonorino, Sonia Rodríguez Boente y Rosa María Ricoy; sobre derechos fundamentales y estado social, los artículos de Noelia Igareda y Rafael Rodríguez Prieto; sobre teoría de la justicia Silvina Ribotta y le sigue el texto de Leonor Suárez Llanos sobre aspectos vinculados a la ética y el derecho. El *Anuario* recepciona, en esta sección, contribuciones que provienen de enfoques y perspectivas distintas porque su objeto es procurar contribuir o facilitar un

diálogo abierto y enriquecedor entre quiénes integran este ámbito académico.

Por su parte, bajo el rótulo de crítica bibliográfica se ofrece un conjunto de reflexiones sobre libros dedicados a materias filosófico-jurídicas o afines. El *Anuario* pretende así facilitar la difusión de obras de reciente publicación, vinculadas a este amplio ámbito de investigación, con el deseo de que se pueda ir consolidando como espacio donde buscar referencias de publicaciones de relevancia. El consejo de edición anima así a contribuir a esta tarea divulgativa.

El *Anuario*, dada su periodicidad anual da cuenta también de acontecimientos que han tenido lugar a lo largo del 2011 como han sido las Jornadas que la Sociedad española de filosofía jurídica celebró en la Universidad de Jaén a las que ya se ha hecho referencia. También en este apartado de nuestra publicación es precisa la colaboración de todos para lograr una amplia difusión de las actividades que se vienen desarrollando sobre filosofía jurídica y política. Asimismo, este número de la revista deja constancia, en su nota necrológica, de la trayectoria del profesor Ernesto Martínez Díaz de Guereñu.

Finalmente, quiero transmitir una invitación entusiasta a participar en la revista en cualquiera y en todas sus secciones, para hacer de ella un foro de debate académico, comprometido con las cuestiones más incisivas en los amplios márgenes de la filosofía del derecho y hacerlo de forma rigurosa, crítica y suficientemente fundada. Frente a opciones más generalistas, la nuestra es una revista especializada y como revista académica puede ser un foro privilegiado de debate público capaz de incidir en cuestiones centrales con repercusión en distintas áreas geográficas y de interés común para el conjunto de materias jurídicas y políticas.

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Directora del *Anuario*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN: MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i>).	5
I. MONOGRÁFICO: XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: «Las claves de la Filosofía del Derecho del siglo XXI» (Universidad de Jaén, 7 y 8 de abril de 2011)	
BARRANCO AVILÉS, M. ^a DEL CARMEN (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo</i>	13
CALVO GARCÍA, MANUEL (Universidad de Zaragoza): <i>Transformaciones jurídicas y teoría del derecho</i>	33
GARCÍA PASCUAL, CRISTINA (Universitat de València): <i>Justicia y mal absoluto</i>	55
ITURRALDE SESMA, VICTORIA (Universidad del País Vasco): <i>Acotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico</i>	79
MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS IGNACIO (Universidad de Cantabria): <i>Derecho e incertidumbre</i>	97
MORESO MATEOS, JOSÉ JUAN (Universitat Pompeu Fabra): <i>La ciudadela de la moral en la Corte de los juristas</i>	119
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
BONORINO RAMÍREZ, PABLO RAÚL (Universidade de Vigo): <i>La abducción como argumento</i>	143
GARRIDO SUÁREZ, HILDA (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Confiabilidad y abogacía: principios deontológicos</i>	163

	Pág.
IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA (Universitat Autònoma de Barcelona): <i>El derecho al cuidado en el Estado social de Derecho</i>	185
RIBOTTA, SILVINA (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Nueve Conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls</i>	207
RICOY CASAS, ROSA MARÍA (Universidade de Vigo): <i>Del derecho y del revés. Dificultades en la aplicación de los derechos en España. Especial referencia a la discriminación por razón de sexo</i>	239
RODRÍGUEZ BOENTE, SONIA ESPERANZA (Universidade de Santiago de Compostela): <i>La justificación de la premisa fáctica en supuestos penales: un estudio empírico</i> .	267
RODRÍGUEZ PRIETO, RAFAEL (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla): <i>De la socialdemocracia al socialliberalismo. La socialdemocracia en la encrucijada: declive, renuncias y alternativas</i>	293
SUÁREZ LLANOS, LEONOR (Universidad de Oviedo): <i>La Ley de la muerte. Eutanasias, éticas y derechos</i>	323

III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BERNUZ BENEITEZ, MARÍA JOSÉ y SUSÍN BETRÁN, RAÚL (coords.): <i>Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas</i> , Universidad de Zaragoza, Universidad de La Rioja, Editorial Comares, Granada, 2010, 270 pp. (David Vila Viñas. Universidad de Zaragoza)	375
CUENCA GÓMEZ, PATRICIA: <i>Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español</i> . Dykinson, Madrid, 2010, 660 pp. (Leonor Lidón. Universitat de València)	380
CUEVA FERNÁNDEZ, RICARDO: <i>De los niveladores a Marbury vs. Madison: La génesis de la democracia constitucional</i> , Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 466 pp. (Rafael Ramis Barceló. Universitat de les Illes Balears)	384
GARRIGA DOMÍNGUEZ, ANA; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SUSANA: <i>Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH</i> , Dykinson, Madrid, 2011, 209 pp. (Encarnación La Spina. Universitat de València)	387
NECCO, ELISABETTA: <i>Argumentos de Bioética en el Islam: Aborto, planificación familiar e inseminación artificial</i> . Cuadernos de Almenara n.º 14. Ed. CantArabia. Proyecto Cultural 2010, 110 pp. (Emilio Mikunda. Universidad de Sevilla) Madrid	393

	Pág.
MADRID, ANTONIO: <i>La política y la justicia del sufrimiento</i> , Trotta, Madrid, 2010, 198 pp. (José A. Estévez Araújo. Universitat de Barcelona)	398
PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE: <i>La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del Autor</i> . Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, 619 pp. (Carmelo Gómez Torres. Universitat de Barcelona)	404
PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE: <i>El desbordamiento de las fuentes del Derecho</i> , La Ley & Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 257. (Michela Porcaro. Università di Pisa)	410
RAMÍREZ GARCÍA, HUGO SAÚL y PALLARES YABUR, PEDRO DE JESÚS: <i>Derechos humanos</i> , Oxford University Press, México D.F., 2011, 406 pp. (Vicente Bellver Capella. Universitat de València)	415
 IV. NOTICIAS	
Crónica de las XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: «Las claves de la Filosofía del Derecho del siglo XXI», Universidad de Jaén, 7 y 8 de abril de 2011. (José Antonio López García, Universidad de Jaén)	421
 V. NECROLÓGICAS	
Ernesto Martínez Díaz de Guereñu (Jesús Ignacio Martínez García. Universidad de Cantabria)	425

I

**MONOGRÁFICO:
XXIII JORNADAS DE LA SOCIEDAD
ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA
Y POLÍTICA: «LAS CLAVES DE LA
FILOSOFÍA DEL DERECHO
DEL SIGLO XXI»**

(Universidad de Jaén, 7 y 8 de abril de 2011)

Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo¹

Por M.^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En el trabajo se defiende que una teoría de la justicia basada en derechos es el marco adecuado para la justificación y crítica de las instituciones en el contexto del Estado constitucional. Desde este punto de vista, la legitimidad de la actuación política y la justicia del Derecho requieren dejar de lado la neutralidad, y, en este sentido, que los operadores jurídicos tengan en cuenta en la toma de decisiones las exigencias de un modelo de derechos coherente con la idea de que todos los seres humanos son igualmente dignos.

Palabras claves: *Derechos humanos, constitucionalismo, justicia, razonamiento jurídico, igualdad, universalismo, agente moral, neutralidad del Derecho.*

ABSTRACT

The paper argues that a theory of justice right based is the appropriate scheme for justification and criticism of the institutions in the context of the

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010, El tiempo de los derechos.

constitutional state. From this point of view, the legitimacy of political action and the justice of law require discard the neutrality and then that legal operators take decisions on the requirements of a rights model consistent with the idea that all human beings are equally worthy.

Key words: *Human rights, constitutionalism, justice, legal reasoning, legal interpretation, equality, universalism, moral agent, neutrality in law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.-3. LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA NEUTRALIDAD.-4. UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA PARA EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre constitución y derechos humanos nos remite a una serie de cuestiones cuya respuesta resulta clave, más allá y además de para la Filosofía del Derecho en el siglo XXI, para definir hacia dónde se dirigen nuestras instituciones. Efectivamente, la forma de concebir esta relación afecta no sólo al sentido del Derecho y, por tanto, del quehacer de los filósofos del Derecho, sino también a cómo nos organizamos y, especialmente a para qué articulamos esta organización.

Al respecto, quiero proponer aquí que esa forma de organización que llamamos Estado constitucional es diferente al Estado de Derecho y lo es porque implica que la validez de las normas y actos jurídicos depende de su adecuación a las normas de derechos fundamentales, cuyo sentido último, en caso de controversia, es determinado por un órgano de características jurisdiccionales.

En lo sucesivo, el trabajo se divide en tres apartados. Se abordará primero el significado del constitucionalismo; después el objeto de análisis será el papel atribuido al órgano encargado en el Estado constitucional de administrar los derechos y, por último, se abordará uno de los presupuestos que entiendo que favorecen que el sistema funcione, y que no es otro que aceptar que es posible fundamentar una teoría de los derechos que sirva de pauta a los operadores jurídicos y, en última instancia a tal «administrador», así como de referencia para las críticas a sus decisiones. Efectivamente, la comprensión del constitucionalismo en el marco de una teoría de la justicia basada en derechos, no sólo permite explicar y justificar la organización político-jurídica, sino que además debe ser el parámetro desde el que se oriente su funcionamiento y evolución.

2. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Cuando hacemos referencia a «constitucionalismo», en su sentido contemporáneo, es preciso considerar que se trata de una expresión que se utiliza para designar tanto un fenómeno histórico, cuanto una teoría del Derecho.

En tanto que fenómeno histórico, y esta es la vertiente en la que aquí se centrará la reflexión, el constitucionalismo se caracteriza por una serie de rasgos que se atribuyen a la idea de constitución. En primer lugar, para hablar de constitucionalismo en este sentido, la constitución debe ser una norma jurídica escrita. Esta norma escrita establece la fórmula de organización institucional del Estado, pero también los contenidos que limitan y orientan la acción de éste. Además, y como tercer requisito, incorpora mecanismos jurídicos dirigidos a asegurar su eficacia, tanto en lo relativo a la organización institucional, como en el respeto a los mencionados contenidos.

Así pues, por un lado, en el contexto del constitucionalismo, es decir, para describir ese fenómeno histórico que se denomina constitucionalismo, y en la dicotomía entre el sentido político² y el sentido jurídico³ de la constitución, el punto de partida es la constitución en sentido jurídico. Es decir, el constitucionalismo alude a una forma de operar la constitución en sentido jurídico que, por supuesto, está condicionada por la constitución política.

En segundo lugar, en el contexto del constitucionalismo, el concepto que se maneja de constitución no es descriptivo, sino normativo. El concepto descriptivo, coincide con la caracterización de Kelsen, conforme a la cual entendemos por constitución aquel instrumento que contiene los criterios que permiten, en última instancia, identificar las restantes normas del sistema. Al afirmar que la noción de constitución adquiere una dimensión normativa en el constitucionalismo, lo que se pretende decir es que, frente al recién aludido concepto kelseniano, como constitución del constitucionalismo sólo se entiende aquélla que además de contener los criterios de validez de las restantes normas, lo hace estableciendo la separación de poderes y el reconocimiento de derechos. Tal es, precisamente, el sentido de constitución contenido en el artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: «toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución». Se trata de «la constitución del constitucionalismo político»⁴.

² Para ilustrar este significado de constitución suele tomarse como modelo la propuesta presentada en LASSALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roses, Barcelona, Ariel, 2001.

³ Como ejemplo de éste es posible citar KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. R. Tamayo, UNAM, 2001, pp. 20 y ss.

⁴ AGUILÓ, J., «Sobre la constitución del Estado constitucional», *Doxa*, 24, 2001, pp. 429-457, p. 443.

Por último, el constitucionalismo contemporáneo se caracteriza porque la eficacia de la constitución pretende asegurarse jurídicamente mediante el establecimiento de garantías que implican la posibilidad de que un órgano de características jurisdiccionales controle que las decisiones adoptadas por el poder legislativo son conformes con la constitución.

Distintos autores enumeran distintas características⁵, algunos de ellos subrayan que nos encontramos ante la «constitucionalización del ordenamiento jurídico», es decir, ante un «proceso de transformación del ordenamiento al término del cual todo él se encuentra impregnado de las normas constitucionales»⁶. Sin embargo, de todas las dimensiones que podemos destacar de este fenómeno, la que me interesa aquí ahora, es la que tiene que ver con que el control de constitucionalidad se hace extensivo a las disposiciones materiales de la constitución, por excelencia, a los derechos fundamentales, y se atribuye a los jueces.

Ciertamente, esta forma de presentar la cuestión es simplificadora. Es cierto que, a grandes rasgos, existen dos modelos de control, el concentrado y el difuso, y es cierto también que el control concentrado tiende a recaer sobre órganos que de un modo u otro cuentan con una cierta legitimidad democrática. Sin embargo, por un lado, esta legitimidad suele ser de carácter derivado y, por otro, la faceta que se hace más evidente, sobre todo en las críticas al modelo, es que las instituciones habilitadas para llevar a cabo el control de constitucionalidad actúan de modo semejante a como lo hacen los tribunales que forman parte del poder judicial.

Este nuevo esquema de reparto de funciones ha provocado que se aluda a una tensión entre los derechos y la democracia presente en el Estado constitucional. Tensión que se ha pretendido resolver de distintas maneras, entre otras, negando discrecionalidad al órgano de control, lo que a su vez ha significado el desarrollo de nuevas teorías del Derecho, en ocasiones alternativas a las tradicionales, iuspositivismo y iusnaturalismo, y otras veces revisión de éstas. Todas ellas se agrupan también bajo la denominación de «constitucionalismo». Se trata del «constitucionalismo» como teoría.

⁵ Así COMANDUCCI, P., «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico», *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 89-112, p. 96, recoge las siete condiciones que GUASTINI, R., «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», trad. J. M. Lujambio, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-183, considera que provocan «la constitucionalización del ordenamiento»: las constituciones son rígidas, protegen los derechos fundamentales, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución (normas prescriptivas y no programáticas), sobreinterpretación de la Constitución (se interpreta de forma extensiva y se deducen principios implícitos, aplicación directa de las normas constitucionales (también para regular las relaciones entre particulares), la interpretación adecuada de las leyes. O Ruiz Miguel, A., «Constitucionalismo y democracia», *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 51-84, p. 53, subraya la rigidez constitucional y el «control externo de constitucionalidad de la legislación, generalmente de carácter judicial», como los rasgos que caracterizan el llamado «neoconstitucionalismo».

⁶ Véase GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 153.

No considero que el escenario constitucionalista sólo sea compatible con el constitucionalismo –con algún tipo de constitucionalismo– como teoría del Derecho. Sin embargo, es preciso aceptar que el constitucionalismo, en tanto que fenómeno histórico, supone una alteración de las bases sobre las que se sustenta la legitimidad del Estado, que tiene que ver principalmente con la adquisición de eficacia jurídica vinculante de la parte material de las constituciones. Esta situación ha supuesto que los derechos fundamentales (que constituyen, por excelencia, el contenido de la mencionada parte material) cobren una enorme fuerza expansiva y, como consecuencia, ha generado una pérdida de peso del criterio democrático en la legitimidad de las decisiones (al menos si definimos éste como decisión de las mayorías)⁷.

Tal idea es, a mi modo de ver, y como apuntaba al comienzo de estas páginas, la que permite caracterizar el Estado constitucional como una fórmula política diferente al Estado de Derecho⁸. A continuación pasaré a analizar la siguiente cuestión planteada, que se refiere al papel atribuido al órgano al que se encarga en este contexto la administración de los derechos.

3. LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA NEUTRALIDAD

Ya se ha señalado que el modo en el que han terminado operando los mecanismos de control de constitucionalidad ha supuesto que la última palabra a propósito del significado de las normas constitucionales la tenga el juez. La pérdida de peso de la democracia frente al nuevo protagonismo del juez, que resulta especialmente chocante en el ámbito de influencia del constitucionalismo francés⁹, pero no solo¹⁰, ha pretendido justificarse de distintas maneras.

⁷ Sobre otras propuestas relativas a qué se entiende por democracia, TROPER, M., «El poder judicial y la democracia», trad. R. Tamayo, *Isonomía*, núm. 18, 2003, pp. 47-75, pp. 60-64.

⁸ Da cuenta de esta discusión ANSUÁTEGUI, F. J., «Estado constitucional y producción normativa», *Derechos y Libertades*, núm. 25, pp. 17-37, p. 21.

⁹ Efectivamente, en el modelo francés, «en una situación en la que el pueblo soberano no podía ni debía ser simplemente el origen de la constitución, aparecía inevitablemente el problema de transferir a uno de los poderes instituidos por la constitución la fuerza originaria, que se quería permanente, de aquel mismo pueblo. Y ese poder no podía ser otro que el legislativo, el poder de los representantes del pueblo, que por ello asumía una configuración que excedía de la dimensión perteneciente a un mero poder constituido», FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 113. Sobre la evolución posterior y el ámbito de influencia de este modelo, ver DE MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, trad. F. J. Ansuátegui y M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998, pp. 285-291.

¹⁰ DORADO J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

En este sentido, numerosas teorías sobre la interpretación constitucional están orientadas a establecer límites a la posibilidad del juez de suplantar al legislador. Es posible señalar dos grandes modelos: el de quienes defienden que la decisión del intérprete último de la Constitución no es libre (si bien es cierto que puede equivocarse¹¹), dado que es posible conocer el sentido de las normas constitucionales (bien apelando a una racionalidad de la que los derechos son expresión –y que suele concretarse en una moralidad objetiva, bien a la voluntad del autor), y el de quienes consideran que las normas constitucionales están (al menos parcialmente) indeterminadas y, por esta razón, la decisión es «jurídicamente» libre.

Entre estos últimos, entre los que se situaría la autora de estas páginas, es decir, entre quienes consideran que la decisión del intérprete último de la Constitución es (al menos parcialmente) libre¹², se presenta el problema de resolver de qué modo se justifica que la decisión del órgano que realiza la función de control de constitucionalidad prevalezca sobre la del legislador democrático. Si bien es cierto que las normas constitucionales incorporan de forma frecuente conceptos morales¹³, que podrían servir como límite al juez constitucional, corresponde al intérprete decidir sobre su sentido¹⁴.

La aceptación de este diagnóstico ha conducido a la defensa de planteamientos como el de Waldron¹⁵, para este autor, aceptar una teoría de la justicia basada en derechos no aboca necesariamente a defender la necesidad de la constitucionalización de una carta de derechos. Al contrario, en su opinión, en parte fundamentada en la idea de que los desacuerdos sobre el sentido de las normas constitucionales se resuelven desde la subjetividad del intérprete, el ámbito en el que estas cuestiones se diriman debe ser el Parlamento, y ello con independencia de si existe o no una respuesta moralmente correcta.

¹¹ MORESO, J.J., «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 49-86.

¹² Véase RICHARDS, D. A. J., «Rules, policies, and neutral principles: the search for legitimacy in common law and constitutional adjudication», *Georgia Law Review*, núm. 11. 1976-1977, pp. 1069-1114, p. 1078.

¹³ Lo que ha dado lugar a un ardua polémica dentro del positivismo entre incluyentes o incorporacionistas y excluyentes, que discuten sobre si el constitucionalismo implica que la moral pasa a formar o no parte del Derecho. Puede verse MORESO, J. J., «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en NAVARRO, P., y REDONDO, M. C. (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002 pp. 93-116. ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, o JIMÉNEZ, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

¹⁴ Véase CUENCA GÓMEZ, P., «Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 207-233.

¹⁵ WALDRON, J., «Entre los derechos y las cartas de derechos», *Derecho y desacuerdos*, trad. J. L. Martí y A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 251-276.

Efectivamente, para Waldron, el objetivismo moral resulta irrelevante desde el punto de vista de la justificación del Estado constitucional. Entiende el autor que el constitucionalismo implica otorgar la decisión última sobre el Derecho a los jueces, lo cual resulta preocupante desde el punto de vista de la defensa de la democracia y de los propios derechos¹⁶. Frente a la desconfianza sobre la legitimidad de esta redistribución de papeles, suele argumentarse que el juez carece de discrecionalidad a la hora de determinar las exigencias de los derechos; dado que en su quehacer está limitado por la moral que ha sido incorporada a las constituciones a través de los derechos, la crítica al constitucionalismo que guarda relación con el excesivo poder que se le otorga carece de sentido.

Sin embargo, esta defensa se desactiva si se rechaza el objetivismo moral. Así pues, afirma Waldron «si la decisión de un juez contiene un elemento moral esencial, y si el realismo moral es falso, entonces el sentido de esta limitación desaparece. Los resultados estarán determinados por las preferencias subjetivas del juez, y en la medida en que sus actitudes se encuentren bajo su control, podrá tomar la decisión que quiera. Lo cual nos lleva naturalmente a la cuestión de por qué debería ser el juez, y no cualquier otra persona, el que haga lo que quiera en este ámbito»¹⁷.

La cuestión es que, además, el objetivismo moral no resuelve la cuestión de la legitimidad del juez en el Estado constitucional, puesto que todavía queda por determinar de qué modo se garantiza que el juez tenga la voluntad para buscarla y la capacidad de encontrarla. En palabras de Waldron «la existencia de una respuesta correcta, si es que la hay, no es más que una mera cuestión ontológica... Que haya una respuesta correcta «ahí fuera» significa efectivamente que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, y ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla. Diferentes jueces alcanzarán resultados distintos aunque todos ellos consideren que están buscando la respuesta correcta, y no hay nada en la ontología de las respuestas correctas que les proporcione una razón para pensar que su propio punto de vista es más correcto que el de los demás»¹⁸.

Con una teoría revisada de la democracia y desde la defensa de los derechos, Waldron reivindica el papel del Parlamento en la protección de éstos. Sin embargo, el constitucionalismo como fenómeno histórico se caracteriza precisamente por atribuir la última palabra a propósito de lo que los derechos exigen a los «jueces». Es preciso coincidir

¹⁶ «tanto a los liberales como a los conservadores les preocupa el que los jueces se conciben a sí mismos como agentes libres cuando toman decisiones, en libertad para determinar el destino de los litigantes y de sus conciudadanos tal y como a ellos les plazca», WALDRON, J., *op. cit.*, p. 221.

¹⁷ WALDRON, J., *op. cit.*, p. 221.

¹⁸ WALDRON, J., *op. cit.*, p. 222.

con el autor en que ni siquiera la aceptación de que exista una única respuesta correcta nos permite dar más razones a favor del juez que del Parlamento para atribuirles el papel de garante último de los derechos, lo que es tanto como afirmar que la existencia de una única respuesta correcta no permitiría considerar legitimado al juez, frente al legislador, para decir la última palabra a propósito de lo que el Derecho exige.

Si aceptamos lo anterior, parece que la defensa de la democracia exigiría una autolimitación por parte del juez que le llevase a pronunciarse únicamente con respecto a aquellas cuestiones en las que la interpretación de la Constitución no implica hacer política. Una respuesta posible se encuentra en la tesis de la deferencia, que llevaría a separar el ámbito de las decisiones que corresponden al juez (el jurídico), de aquel otro en el que quien debe decidir es el legislador (el de política, y, por tanto, el de la decisión sobre las referidas cuestiones controvertidas). No obstante, y dado el escenario ante el que nos situamos, considero que no es posible establecer esta diferencia tajante entre Derecho y política que permita delimitar el ámbito competencial del legislador con respecto al del juez¹⁹.

Efectivamente, la neutralidad del órgano de control de constitucionalidad que predicán quienes defienden la deferencia judicial, no es realizable. Es más, yo diría que el constitucionalismo contemporáneo, nos guste o no, exige redefinir qué se entiende por neutralidad. Como consecuencia de lo anterior, en el marco de esa forma de organización política que llamamos Estado constitucional la neutralidad del juez constitucional no puede ser ya entendida como ausencia de juicios de valor en su decisión. Esto es, no puede significar ausencia de compromiso por su parte. Y es que precisamente la función de los órganos de control es asegurarse de que también los poderes públicos, Parlamento incluido, respetan y realizan los valores constitucionales.

Así pues, la reflexión sobre las condiciones en las que la actividad de control de constitucionalidad debe llevarse a cabo, nos lleva a recordar que en el constitucionalismo, la legitimidad del juez se basa, fundamentalmente, en que es un juez²⁰. La diferencia entre legislar y juzgar no tiene que ver con el carácter político o no de la actividad, sino, coincidiendo con la tesis mantenida en un antiguo trabajo por D. A. J. Richards, con el modo y el tipo de factores que están capacitados para introducir en la decisión («stage of input»), con el proceso de decisión y con la forma en la que se presenta la decisión misma²¹. En esta línea, J. Ansuátegui señala como diferencias entre ambas funcio-

¹⁹ PERRY, M. J., *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, Oxford University Press, 1994, pp. 3-14.

²⁰ BARRANCO, M. C., «Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo», *Teoría y Derecho*, núm. 7, 2010, pp. 135-150.

²¹ RICHARDS, D. A. J., *op. cit.*, p. 1099.

nes que el ejercicio de la producción normativa por parte del legislador se realiza «a instancia propia, no limitada al ejercicio puntual de la competencia, no vinculada por un deber de coherencia hacia el pasado..., discrecional..., y no vinculada por un deber de independencia»²².

Esto es, en el constitucionalismo comparado, y bien hagan parte del poder judicial o bien estén constituidas por un órgano específicamente dispuesto al efecto, las instituciones habilitadas para garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos y/o llevar a cabo el control de constitucionalidad, actúan a instancia de parte, mediante un procedimiento contradictorio y en forma de sentencia. Y es que el mecanismo de control se activa cuando se produce un conflicto, de tal modo que se puede entender como una última garantía que opera cuando a juicio de alguno de los actores implicados la actuación del poder no se acomoda a lo constitucionalmente prescrito.

En este orden de consideraciones, los límites al compromiso (si se me permite utilizar este término como antónimo de neutralidad) del juez constitucional podemos encontrarlos en los elementos que aproximan su forma de actuación a la de un juez. De entre ellos, el principio de contradicción es un elemento muy importante a tener en cuenta cuando se critica la falta de limitación del poder del órgano de control de constitucionalidad. La contradicción, entre otras cuestiones, implica que las interpretaciones que lleva a cabo el órgano judicial han debido ser sugeridas de algún modo por las partes. Del principio de contradicción se deriva la exigencia de congruencia y es precisamente esta exigencia la que permite que la no-neutralidad –es decir, los juicios de valor que en el constitucionalismo el juez tiene necesariamente que efectuar– no se convierta necesariamente en una quiebra de la imparcialidad.

Por otro lado, conviene volver a subrayar que una buena parte de la legitimidad de la decisión judicial recae en la circunstancia de que se expresa en forma de sentencia, es decir, se trata de una resolución motivada²³. De este modo, los argumentos que realiza el órgano de control deben ser expuestos para hacer posible su control por parte de la opinión pública. Si es el órgano que decide en última instancia (como ocurre con el órgano de control de constitucionalidad) este control ya no es jurídico, sino político.

En parte frente a esta opinión, y en favor de la necesidad de profundizar en la legitimidad democrática del órgano de control de constitucionalidad, se pronuncia Rafael de Asís, quien defiende el carácter político de la actividad del intérprete último y la necesidad de adecuar a esta idea su fórmula de elección. Así pues, afirma que «como la

²² ANSUÁTEGUI, J., «Creación judicial del Derecho. Crítica de un Paradigma», en VVAA, *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 519-554, p. 551.

²³ CUENCA GÓMEZ, P., «Aspectos, problemas y límites de la interpretación jurídica y judicial», *Derechos y libertades*, núm. 13, 2004, pp. 261-294, p. 290 y ss.

interpretación de la Constitución es un acto político (y ético), que tiene así consecuencias no solo jurídicas y, por tanto, no es posible hacerlo de manera imparcial, un sistema democrático presidido por los derechos demanda que el intérprete de la Constitución sea un órgano vinculado al Parlamento y compuesto por sujetos que argumenten conforme a los parámetros anteriores, esto es, sujetos a las limitaciones antes apuntadas. Y esto supone, entre otras muchas cosas, que la interpretación de la Constitución no tiene por qué ser realizada por juristas, o solo por juristas»²⁴. Esta solución no es totalmente contradictoria con la que aquí se presenta, puesto que no es incompatible aceptar la conveniencia de que las personas que forman parte del órgano de control sean elegidas democráticamente y no tengan que ser necesariamente jueces de carrera –que se refiere a la legitimidad de origen–, con que además, para que la institución sea legítima, se insista en la independencia y en la imparcialidad como elementos que deben acompañar su actuación –y que, por tanto, se refieren a la legitimidad de ejercicio–. Sin embargo, la propuesta de Rafael de Asís, como la de otros autores favorables a una mayor democratización del sistema de elección de quienes conforman los órganos especializados en el control de constitucionalidad²⁵, presenta el inconveniente de que no resuelve la legitimidad del los jueces que forman parte del Poder Judicial y que han de aplicar y, por tanto, interpretar la Constitución en su actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Por otro lado, y como alternativa al modelo actual de constitucionalismo, se presentan soluciones que llevan a que el juez tenga no ya la última, sino la penúltima palabra a propósito de lo que la constitución exige, reservándose de este modo el Parlamento la posibilidad de decidir en última instancia sobre lo que exige el Derecho. M. Perry, se refiere, en este sentido, al sistema canadiense que, en su opinión, presenta, frente al modelo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, las grandes ventajas de que, por un lado, permite la deliberación judicial, pero también, por otro, desactiva la tensión entre los derechos y la democracia²⁶.

²⁴ Asís, R. DE, «La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la constitución y quién debe ser su intérprete», en PECES-BARBA, G., y RAMIRO AVILÉS, M. A. (coord.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 285-302, p. 302.

²⁵ Por ejemplo, HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 311-362.

²⁶ PERRY, M. J., «Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?», *Wake Forest Law Review*, núm. 38, 2003, pp. 635- 696. El autor cita como ejemplo el sistema canadiense, en relación con el cual afirma «a system of judicial penultimacy, like Canada's, has this great advantage over that American system of judicial supremacy: A system of judicial penultimacy preserves an active, vigorous judicial role –a role that, at its best, is especial, and perhaps even indispensable, in just the way Bickel suggested– in contentious discourse about the concrete, contextual meaning of indeterminate human rights norms; at the same time, however, a system of

Sin embargo, en relación con esta opción es preciso señalar, en primer lugar –y con independencia de las distintas interpretaciones sobre el alcance esta posibilidad en el sistema canadiense²⁷–, que aunque se trata de un modelo que puede resultar ventajoso desde el punto de vista del argumento democrático, no es el modelo al que nos enfrentamos en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Podemos considerarlo bien un «residuo» del Estado de Derecho o bien una nueva forma de constitucionalismo que implica una recuperación del elemento de la supremacía del Parlamento, característico del mencionado Estado de Derecho. En este esquema, el punto de partida de este modelo se situaría –utilizando la modelización de M. Troper²⁸– en la idea de constitución máquina (esto es, como instrumento que articula las relaciones entre poderes), mientras que el constitucionalismo contemporáneo implica una opción por la constitución norma (y, por tanto, como capaz de servir de marco para la articulación de relaciones jurídicas). Su conveniencia tendrá que ser valorada desde el punto de vista de su aptitud para conseguir los objetivos que nos proponemos con la organización política, en definitiva, para constituir un esquema institucional más adecuado para garantizar los derechos.

Por otro lado, y en segundo lugar, la propuesta no resuelve el problema del control de las decisiones del órgano que tiene la última palabra. En lo que a nosotros nos interesa, aun cuando éste fuera el Parlamento, tendría sentido afirmar que sus decisiones serán válidas –tal vez, aunque tendría más problemas para aceptarlo, legítimas– por ser del Parlamento, pero, para ser justas deben poder justificarse desde alguna teoría de la justicia.

En definitiva, ése sería otro modelo, no el modelo en el que nos encontramos, en el que la última palabra la tiene un tribunal, y que pueda ser plausible no es un obstáculo para afirmar que uno de los elementos que condiciona lo que se decida que mande el Derecho es la teoría de la justicia que maneja precisamente el órgano que tiene la última palabra. Conviene no olvidar, en este orden de consideraciones, que la respuesta a cómo debemos organizarnos depende en buena medida del para qué nos organizamos, de algún modo, el constitucionalismo se justifica porque se presenta como el sistema más adecuado

judicial penultimacy does not so privilege the judicial voice in that discourse that there is, realistically no opportunity for effective political response. A system of judicial penultimacy represents an effort to have the best of two worlds: an opportunity for a deliberative judicial consideration of a difficult and perhaps divisive human rights issue *and* an opportunity for electorally accountable officials to respond, in the course of ordinary politics, in an effective way».

²⁷ HIEBERT, J. L., «New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?», *Texas Law Review*, 82, 2003-2004, pp. 1962 y ss., y MACHUGH, M., «A Human Rights Act, the courts and the Constitution», *Constitutional Law and Policy Review*, may/jun 2009, pp. 86-105.

²⁸ TROPER, M., «La máquina y la norma, dos modelos de Constitución», *Doxa*, núm. 22, pp. 331-347

para la garantía de los derechos y merecerá la pena mantenerlo en la medida en que sirva a esta función.

En lo sucesivo, trataré de esbozar los elementos que, a mi juicio, deben estar presentes en una teoría de la justicia adecuada en el marco del constitucionalismo contemporáneo.

4. UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA PARA EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

El camino que recorre Perry en el trabajo citado en el apartado anterior, en lo relativo a su esfuerzo por justificar que una teoría de la justicia basada en derechos exige la constitucionalización de éstos²⁹, resulta coincidente con el transitado por Waldron para reivindicar el papel del Parlamento en su garantía. Sin embargo, ese recorrido se dirige en estas páginas en el sentido inverso. Efectivamente, hasta este punto hemos tenido ocasión de mostrar cómo la incorporación en las constituciones de catálogos de derechos que pretenden asegurarse mediante sistemas jurídicos de control es un hecho y, además, ha alterado efectivamente el esquema de distribución de poderes. En las páginas siguientes se tratará de justificar que la referencia a una teoría de la justicia basada en derechos resulta obligada para orientar y criticar las decisiones jurídicas en el marco del constitucionalismo³⁰; y ello tanto si la adopción de éstas corresponde al legislador, cuanto si corresponde al juez.

Desde mi punto de vista, existen razones para afirmar que el constitucionalismo contemporáneo se compagina mejor con una teoría de la justicia basada en derechos que con cualquier otra teoría y que, además, una decisión jurídica es injusta si no respeta las exigencias de una teoría de este tipo. Aunque estoy dispuesta a aceptar que puede haber otras teorías que permitan justificar decisiones al mismo tiempo coherentes con una teoría de la justicia basada en derechos, conviene no perder de vista que los argumentos basados en derechos también pueden apoyar decisiones contradictorias con argumentos de otro tipo. Cuando las políticas públicas se orientan a la realización de los

²⁹ PERRY, M., *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Courts*, Cambridge University Press, 2009, pp. 9-34, «Human Rights. From Morality to Constitutional Law».

³⁰ En este sentido, ASÍ, R. DE, «La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la constitución y quién debe ser su intérprete», *op. cit.*, pp. 300 y ss., insiste en que «la teoría de los derechos no solo permite establecer criterios desde los que atribuir significado a las normas, y por tanto razones para defender la decisión interpretativa. Plantea también criterios de distribución de poder, esto es, una forma de entender la separación de poderes y un marco desde el que establecer la atribución de competencias normativas», y, en este sentido, además de criterios materiales permite justificar criterios formales de validez.

derechos, su objetivo es, de modo primario, la atribución o la mejora en la eficacia de los derechos de las personas en cuyo favor se interviene³¹; además, deben definirse con participación de los destinatarios (aspecto que, cuando se trata de organizar la estructura del Estado en su totalidad, nos remite a la necesidad profundizar en las estructuras democráticas); y, por último, el resultado debe ser que los titulares de derechos son conscientes de que los tienen y capaces ejercerlos³².

En definitiva, y como primer argumento, quisiera subrayar una vez más que si las razones a favor del constitucionalismo (o de su revisión) tienen que ver con su idoneidad para la realización de los derechos humanos, esta relación no se puede perder de vista cuando se trata de ofrecer argumentos a favor o en contra de una decisión en el contexto del Estado constitucional.

En segundo lugar, creo que este punto de partida permite decisiones aceptables desde las teorías de la argumentación. Desde la concepción del Derecho que subyace a estas páginas, es posible diferenciar entre validez³³ y corrección de las decisiones jurídicas. A grandes rasgos, las decisiones jurídicas serán correctas si, además de cumplir con los criterios de validez, se ajustan a ciertos requisitos entre los cuáles la aceptabilidad desempeña un papel fundamental³⁴. Efectivamente, en –al menos– algunas ocasiones la aplicación del Derecho (también la aplicación judicial entendida en sentido amplio) exige realizar opciones entre respuestas alternativas que podrían ser compatibles con el Derecho. Precisamente cuando esta situación se produce en sede de control de constitucionalidad es cuando los partidarios de la deferencia reclaman la abstención a favor del legislador. Sin embargo, ya se ha señalado que la neutralidad, en caso de ser posible, no parece deseable en el marco del constitucionalismo, al contrario, la organización de las instituciones se orienta a la mayor realización de los derechos y ello, en determinadas ocasiones, exige que los órganos de control se impliquen activamente en la búsqueda de la decisión más ajustada a las exigencias de los derechos. Como señala A. Aarnio, la certeza jurídica, que era el valor a favor de la neutralidad tal y como

³¹ Si profundizamos en esta idea, desde la defensa de que la teoría más adecuada para enmarcar el constitucionalismo es una teoría de la justicia basada en derechos, habríamos de cuestionar la ponderación como técnica de aplicación de las normas que contienen derechos, en la medida en que ésta se configure como una fórmula que permite dejar de lado los derechos para priorizar otros bienes, intereses..., WEBBER, G. C. N., «Proportionality, Balancing, and the cult of Constitutional Rights Scholarship», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, núm. 4, 2010, pp. 179-202.

³² BARRANCO, M.C., «Mujer y derechos económicos, sociales y culturales», *Derechos y Libertades*, núm. 23, 2010, pp. 221-224, pp. 234 y ss., a partir de la definición del enfoque basado en derechos aplicado al desarrollo.

³³ Sobre el problema de la validez de las decisiones del último órgano puede verse CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

³⁴ ASÍS ROIG, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

ha sido entendida en el Estado de Derecho, en el contexto actual, «cubre dos elementos diferentes (a) en el *razonamiento* jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el *resultado* final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral)»³⁵. De tal modo que la legitimidad del sistema depende de que las decisiones además de ser válidas sean aceptadas como «justas»; en palabras del autor antes citado «en las sociedades modernas, la legitimidad de las normas jurídicas no está basada únicamente en la validez formal sino también en los valores aceptados o aceptables (racionalmente) en la sociedad»³⁶.

Si se rechaza la tesis de que existe una única respuesta jurídicamente correcta (lo que no tiene por qué suponer necesariamente aceptar el relativismo ético más allá del plano descriptivo), la certeza axiológica requiere que los operadores jurídicos traten «de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación»³⁷. Pues bien, en el marco del constitucionalismo, la aceptabilidad remite, en estas condiciones, a la realización de los derechos.

Por último, y como tercer argumento, entiendo que la teoría que aquí se va a exponer resulta coherente con el consenso que expresan los textos internacionales en materia de derechos humanos. Es cierto que el consenso fáctico no sirve de justificación a las teorías morales, sin embargo, me parece interesante tener en cuenta que la teoría de la justicia que aquí se propone plantea a los Estados, en el ámbito interno, exigencias que son coherentes con algunos de los compromisos internacionales que han aceptado formalmente. En este sentido, el artículo 28 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que proclama el derecho de toda persona «a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos»³⁸, en tanto en cuanto expresa el consenso realmente alcanzado por la comunidad internacional, permite obtener una pista sobre el sentido de los valores

³⁵ AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, 8, 1990, pp. 23-38, p. 26.

³⁶ AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 295.

³⁷ AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *cit.*, p. 37.

³⁸ Sobre los deberes que se justifican a partir del artículo 28 ver POGGE, TH., «Human Rights and Human Responsibilities», en KUPER, A. (comp.), *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights?*, Londres, Routledge, 2005, pp. 3-35. Traducción al español de R. Vizcarra, en POGGE, TH., *Hacer justicia a la humanidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 65-112.

que serían aceptados por la audiencia también particular, pero ideal, conformada por la comunidad jurídica de un Estado, en el entendido de que éste sería el auditorio relevante para el análisis de la aceptabilidad de las decisiones jurídicas³⁹.

Aceptar que la teoría de la justicia que debe servir de marco a las decisiones jurídicas en el Estado constitucional es una teoría basada en derechos, implica aceptar que el objetivo de la organización política es la dignidad, de tal modo que, el poder será ilegítimo y el Derecho injusto si se producen situaciones en las que los seres humanos son instrumentalizados.

Esta cuestión tiene numerosas ramificaciones de entre las que una de las más importantes la constituye la discusión sobre en qué condiciones se instrumentaliza a una persona. Una respuesta, aunque no la única, es que se instrumentaliza a los seres humanos cuando la organización política no es coherente con el universalismo. Y es que, a grandes rasgos, se pueden citar el universalismo y el individualismo como elementos que caracterizan este tipo de teorías⁴⁰.

No me voy a detener por tanto en el sentido de la dignidad⁴¹, que podría haber sido objeto, por sí mismo, del trabajo, pero sí en otra de las cuestiones discutidas en torno a este tópico como es la universalidad. Y ello porque entiendo que constituye una de las promesas incumplidas de la filosofía y del Derecho positivo de los derechos humanos.

Efectivamente, cuando se está dispuesto a aceptar una teoría de la justicia basada en derechos, es preciso admitir, además del individualismo, la universalidad en sus dos dimensiones. Por un lado, como la idea de que la teoría de los derechos tiene validez universal, aun cuando históricamente los derechos sean la manifestación de una cultura concreta que de forma autocontradictoria (por referencia al postulado de la igual dignidad de los seres humanos) se ha presentado a sí misma como superior, lo que ha degenerado en una instrumentalización de quienes portan una identidad cultural diversa. Por otro lado, como la idea de que todos los seres humanos son titulares de los derechos, aun cuando este ideal no se corresponde con el modo en el que se organizan jurídicamente los derechos.

En buena medida, muchas de las insuficiencias de la articulación de los derechos que reflejo en el párrafo anterior y que podríamos resumir en el carácter excluyente tanto de la teoría como de la configuración de la titularidad, derivan del modo en el que se han articula-

³⁹ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 284, define la audiencia ideal particular como aquella cuyos miembros, que han adoptado valores comunes, se obligan a seguir las reglas del discurso racional

⁴⁰ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

⁴¹ A propósito de la dignidad, ver PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2004.

do las teorías de los derechos y los sistemas jurídicos que fundamentan a partir de la universalidad y el individualismo⁴². La universalidad porque se ha trasladado a los sistemas jurídico-políticos como uniformidad y el individualismo porque ha generado la identificación del titular con el ser humano abstracto, esto es, desvinculado de cualquier circunstancia o relación con otros sujetos. El resultado ha sido que únicamente a aquellos que en el imaginario colectivo se correspondían con el titular abstracto, esto es, aquéllos que en las relaciones sociales son autónomos y racionales, les han sido atribuidos los derechos y la capacidad plena para ejercerlos. Es posible afirmar que sólo éstos han sido considerados como portadores de todos los rasgos de la dignidad, el resto de los sujetos es, por tanto, más o menos digno, en la medida en que sus circunstancias se hayan aproximado a las de los anteriores.

Puesto que el universalismo y el individualismo son, como se ha mencionado, elementos irrenunciables de una teoría de la justicia basada en derechos, y puesto que precisamente en este trabajo se está defendiendo tal teoría como elemento que permite fundamentar las decisiones en el Estado constitucional, en lo que sigue, trataré de desentrañar qué sentidos de estas ideas conducirían a resultados contradictorios con sus la propia teoría que enmarcan, y, por excelencia, con el universalismo que nos llevaría a afirmar que todos los seres humanos comparten una común dignidad.

Recordemos que el universalismo asume, en relación con los derechos, dos sentidos. Por un lado el sentido del universalismo sería el que se acaba de señalar y se daría la mano con el igualitarismo, en este momento interesa el segundo sentido conforme al cual implica aceptar que los juicios éticos se justifican en principios válidos «para todas las vidas y en todas las situaciones»⁴³. En este sentido, el universalismo se contraponen al particularismo y, por tanto, al relativismo como un planteamiento de ética normativa⁴⁴.

Una de las críticas más poderosas que se han dirigido al universalismo así definido, y que podemos ver claramente expuesta en algunos de los argumentos de Iris Marion Young, tiende a poner de manifiesto que cuando se justifican principios universales se desconsidera la diversidad que existe entre los seres humanos y sus situaciones. Sin embargo, esta relación no es necesaria, puesto que el universalismo no es incompatible con aplicaciones diferenciadas de los principios y de las reglas que se justifican. A propósito de esta cuestión, por ejemplo, cabe señalar cómo la igualdad no sólo no es incompatible con la aplicación de tratamientos diferenciados, sino que, por el contrario, en

⁴² GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *op. cit.*, p. 83.

⁴³ O'NEILL, O., *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning. A constructive account of practical reasoning*, Cambridge University Press, 1998, p. 11.

⁴⁴ Véase O'NEILL, O., *op. cit.*, p. 13.

numerosas ocasiones la atención a la diferencia se presenta como una exigencia de igualdad.

La reflexión de Young tiene sentido únicamente cuando el universalismo se implementa en las prácticas de aplicación de las teorías éticas como uniformidad⁴⁵. No se puede dejar de señalar, que en los sistemas liberales reales la aspiración universalista ha sido articulada de hecho como uniformidad.

Esta traslación ha venido de la mano de una forma de concebir el individualismo que resulta contradictoria con el igualitarismo. El argumento puede resumirse como sigue: para que los juicios morales resulten universalizables, el agente debe razonar imparcialmente, lo que supone adoptar un punto de vista descontextualizado, ajeno a los deseos y afectos, y al propio sujeto, por cuanto «la imparcialidad representa el punto de vista que ... todos los sujetos racionales pueden adoptar»⁴⁶.

No obstante, este punto de vista es imposible, de forma que la perspectiva imparcial se ha hecho coincidir con la que se atribuye al mismo sujeto al que termina refiriéndose el titular abstracto, que es el hombre, burgués, blanco, heterosexual, económica y socio-físicamente independiente. Tras esa pretendida imparcialidad, por tanto, se encuentran los intereses de quienes ocupan una posición de ventaja en la sociedad.

Esta representación del titular abstracto vinculada a un tipo humano tan concreto, obedece a que el individualismo presupone que el agente moral racional es el individuo, y, por tanto, que es este mismo individuo el titular de los derechos. Por otro lado, la exigencia de imparcialidad que, como hemos dicho, se deriva del universalismo, implica que la reflexión del agente debe resultar ajena a las circunstancias concretas en las que se desenvuelve la existencia humana. Entre estas circunstancias podemos incluir las condiciones materiales de existencia, pero también cuestiones tales como el sexo, los vínculos que se establecen con otros sujetos, o el estado de desarrollo de las distintas capacidades. La traslación al Derecho de esta idea del agente moral como el individuo abstracto ha llevado a que se legitime jurídicamente la situación social en la que el mencionado hombre, burgués, blanco... ejerce el poder sobre quienes no son como él.

Por otro lado, un elemento fundamental para la agencia moral lo constituye la autonomía, entendida como capacidad de elegir y de responder por la opción efectuada. De este modo, la autonomía se ha venido situando como el presupuesto para la atribución de derechos y, más allá, para el reconocimiento de la plena capacidad de obrar. No en

⁴⁵ O'NEILL, O., *op. cit.*, p. 75

⁴⁶ En este sentido, YOUNG, I. M., *Justice and the politics of difference*, N. Jersey, Princeton University Press, 1990, pp. 100-101. Hay traducción en español de Silvana Álvarez, Madrid, Cátedra, 2000.

vano la autonomía suele incorporarse como uno de los rasgos de la dignidad humana.

En los sistemas liberales solo el sujeto autónomo es agente moral, y, por tanto, solo él es titular de derechos morales y sujeto pleno de derechos en el ámbito jurídico. Semejante adscripción, supone, de entrada, una definición excluyente de la titularidad, pero también que los derechos se orienten a salvaguardar la autonomía de quien ya es autónomo, lo que produce que solo los derechos relacionados con la protección de ese ámbito en el que la voluntad del titular es soberana se consideren derechos humanos. Quedan fuera de las reivindicaciones en forma de derechos humanos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

Ambas cuestiones –esto es, la falta de consideración de las circunstancias en las que se desenvuelve la agencia moral y el establecimiento de la autonomía como requisito para el ejercicio de los derechos–, nos permiten ver cómo los derechos, y el Derecho en cuyo marco se insertan, no son neutros, sino que, por el contrario, permiten consolidar la supremacía de quien es socialmente más poderoso. Sin embargo, estos resultados no son la consecuencia necesaria de una organización social basada en los derechos, al contrario, como se ha venido repitiendo, son contradictorios con la defensa de la igualdad dignidad. En buena medida, el desarrollo del Derecho antidiscriminatorio, que en buena medida se construye precisamente desde la reivindicación de la igual dignidad, parte de la constatación de que la igualdad exige desmontar la parcialidad a la que la uniformidad y la abstracción han conducido al Derecho.

Por último, una buena parte de las teorías de la justicia han partido de la explicación de la acción humana desde la racionalidad entendida, a grandes rasgos, como capacidad de actuar para maximizar los propios intereses. Sin embargo, esta comprensión de la naturaleza del ser humano resulta parcial y puede ser criticada desde varios puntos de vista. En lo que aquí interesa, desconsidera que los seres humanos son portadores también de concepciones del bien diversas, lo que conduce a que la sociedad resultante no constituye un marco adecuado para que las distintas concepciones del bien puedan desarrollarse y realizarse, y, de nuevo, a resultados excluyentes.

Desde otro punto de vista, además, que no se tenga en cuenta, con vistas a la organización política, que el individuo puede llegar a ser solidario, permite mantener la idea de que a través de la incorporación de los derechos al Derecho positivo se intenta exclusivamente construir un espacio de libertad en el que el sujeto es libre de interferencias del Estado y de otros sujetos. Esta concepción liberal (frente a la republicana) de la política, desconsidera tres aspectos que son claves en relación con el modo en el que los derechos pueden servir como instrumentos de dignidad. En primer lugar, no tiene en cuenta que las personas sólo se desarrollan interactuando con otras personas, de modo que de esta interacción pueden surgir interferencias que únicamente en

la medida en que desencadenen situaciones de dominación arbitraria merecen una valoración negativa. Además, olvida que tales situaciones de dominación pueden producirse en los espacios privados, protegidos frente a la intervención del poder público por los derechos del titular abstracto. Por último, menosprecia la importancia de la participación en las decisiones colectivas, como un aspecto relacionado con la dignidad. Frente a esta concepción, es posible extraer consecuencias políticas de la idea de que el ser humano es capaz de solidaridad⁴⁷, y este parece ser, al menos en parte, el sentido en el que se está desarrollando el nuevo republicanismo⁴⁸. Incorporar la solidaridad al esquema de una teoría de la justicia basada en derechos puede permitir superar algunos de los inconvenientes que autoras como O'Neill aprecian en este tipo de enfoque y que tienen que ver con el escaso interés que suelen prestar a la determinación de las obligaciones⁴⁹.

En definitiva, la caracterización del agente moral como un sujeto imparcial ha permitido el engaño de la neutralidad; por su parte, la caracterización del agente moral como un sujeto autónomo ha servido de trampa que ha dificultado la atribución de derechos a quienes no son autónomos; por último, la representación del ser humano como el «hombre económico» ha llevado a que los sistemas de derechos se orienten exclusivamente a la libertad como no-interferencia, olvidando que tanto la opresión, como la dominación arbitraria –esto es, los impedimentos para la autodeterminación– constituyen formas de injusticia⁵⁰. Puesto que la opresión implica la existencia de obstáculos para el autodesarrollo y la dominación se refiere a la presencia de impedimentos que dificultan o imposibilitan la autodeterminación, las estructuras que las mantienen resultan contradictorias con el deseo de organizar las instituciones de acuerdo con los derechos. En este contexto, se exige que los operadores jurídicos (en primer lugar el legislador) abandonen la neutralidad y actúen para eliminar las situaciones de opresión y de dominación que sufren aquéllos cuya imagen no se corresponde con la del titular abstracto. Esta toma de postura es un imperativo para el intérprete último si quiere que sus decisiones, además de jurídicas, sean justas.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011

⁴⁷ Puede verse sobre la solidaridad PECES-BARBA, G.; ASÍS ROIG, R.; FERNÁNDEZ LIESA, C., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 261-282; así como PECES-BARBA, G., «Escasez y solidaridad. Una reflexión desde los clásicos», en MARIÑO, F.; FERNÁNDEZ LIESA, C. (eds.), *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, 1997, pp. 19-33; y LUCAS, J. de, «Solidaridad y derechos humanos», en Tamayo, J. J. (ed.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Madrid, Verbo Divino, 2005.

⁴⁸ BARRANCO AVILÉS, M. C., «Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder», *Derechos y libertades*, núm. 9, 2000, pp. 65-92.

⁴⁹ O'NEILL, O., *op. cit.*, 128.

⁵⁰ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 37.

Transformaciones jurídicas y teoría del derecho*

Por MANUEL CALVO GARCÍA
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Las Teorías tradicionales del derecho y, en particular, de la Teoría positivista del derecho han construido un concepto de derecho profundamente estatista, racional y formal. Estos presupuestos chocan con algunas de las realidades jurídicas hacia las que abocan las transformaciones del derecho, como el pluralismo jurídico o el desarrollo de nuevas estructuras y dinámicas vinculadas al derecho característico de la globalización. Por otro lado, este trabajo también cuestiona la utilidad explicativa de una Teoría del derecho centrada en torno a planteamientos «esencialistas» y/o a un concepto de derecho limitado a una pretendida justificación del mismo en términos verdad. A partir de estas premisas, se defiende la tesis de que tanto el impacto de la evolución jurídica como el carácter constructivo de los fenómenos jurídicos y del concepto de derecho exigen introducir correcciones epistemológicas y, en particular, una perspectiva socio-jurídica para afrontar el análisis jurídico –si no se quiere anclar la Teoría del derecho en una perspectiva que adolezca de una pérdida de referencia con la praxis y el contexto institucional en el que se desenvuelve.

Palabras claves: *Transformaciones del derecho; Derecho regulativo; Pluralismo jurídico; Globalización y Sociología jurídica.*

* Este trabajo se ha desarrollado dentro del marco del proyecto CONSOLIDER-INGENIO 2010 *El Tiempo de los Derechos* (CSD2008-00007) y ha sido presentado previamente como ponencia en las XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: «Las claves de la Filosofía del Derecho del siglo XXI» (Jaén, 7-8 de abril).

ABSTRACT

The traditional legal theories and particularly the positivist Theory of Law have constructed a deeply statist, rational and formal concept of law. On the one hand, these assumptions collide with some of the legal realities which lead to the transformation of law such as legal pluralism and the development of new structures and dynamics associated with the characteristic right of globalization. On the other hand, this work also disputes the explanatory utility of a Theory of Law focused on «essentialist approaches» and / or a concept of limited right to an alleged justification in terms of truth. From these premises, it defends the thesis that both the impact of legal developments and the constructive nature of legal phenomena and the concept of law require epistemological corrections and, especially, a socio-legal perspective to address the legal analysis –if it wouldn't like to relegate the Theory of Law in a perspective that is vitiated by a loss of reference in relation to the praxis and institutional context in which it operates.

Key words: *Transformations of law, Regulatory law, Legal pluralism, Globalization and Sociology of Law.*

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–1. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO.–2. TRANSFORMACIONES JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO.–3. EL ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO EN LA TEORÍA DEL DERECHO.

PRESENTACIÓN

El objetivo de este artículo se centra en torno a algunas cuestiones relacionadas con el impacto de la evolución jurídica en la Teoría del derecho. Aunque tal vez sería mejor decir, en su *no-impacto*. Para ser más preciso, quizá deba apuntar que estas reflexiones tendrán fundamentalmente como horizonte las teorías positivistas y, en particular, la teoría analítica del derecho. La opción por este enfoque viene determinada, en buena medida, por algunas relecturas recientes de la jurisprudencia analítica que han puesto sobre la mesa la necesidad de complementar o integrar la Teoría del derecho con la perspectiva de las ciencias sociales. Además, lo han hecho tomando pie precisamente en la transformaciones del derecho (Tamanaha, 2001; Galligan 2007, 2011; Twining 2003, 2009). Pero, también, viene definida por el hecho de que la Teoría analítica del derecho

ofrece más posibilidades de avanzar en esa reflexión que otras propuestas teóricas¹.

En un trabajo previo, he defendido que la teoría analítica y, en general, la teoría positivista del derecho representan tanto una opción epistemológica como la consagración «teórica» de un determinado modelo jurídico, un modelo que podría identificarse como el modelo jurídico liberal². Los elementos esenciales del derecho sobre los que se construye la Teoría del derecho serían deudores una doble tensión que los vincula a una elección epistemológica –también dual, por otra parte– a la que no son ajenos los condicionamientos del modelo político sobre el que se sustentan la estructura y las dinámicas del derecho imperantes en una determinada cultura jurídica.

Como consecuencia de lo anterior, la Teoría del derecho ha construido un concepto de derecho profundamente estatista, racional y formal. Esto es, asentado en un modelo según el cual el estado monopoliza en la práctica las fuentes sociales del derecho y su aplicación siguiendo patrones de racionalidad formal. Las formas jurídicas desarrolladas como fundamento y sostén del estado-nación alientan el monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del estado, así como el carácter unitario del ordenamiento legal, supeditándose además a las exigencias de neutralidad de la ideología liberal dominante. El derecho se presenta, así, como un sistema normativo racional-formal y excluyente, capaz de organizar autónomamente los presupuestos de legitimidad de sus prácticas y sus discursos.

Además, partiendo de lo anterior, se niega la condición de sistema jurídico a cualquier otro sistema social normativo bien sea por carecer del respaldo de una autoridad directamente vinculada con la voluntad del soberano o por su falta de reconocimiento desde los márgenes de autonomía de un sistema jurídico basado en la jerarquía de las fuentes o en un sistema complejo –pero autorreferencial– de normas. Este planteamiento no solo excluye las pretensiones de validez jurídica del derecho natural –lo cual puede estar en el origen remoto de las premisas ideológicas que lo alientan–; sino que, de paso, por unas u otras razones, niega la consideración de derecho a cualquier sistema jurídico de base consuetudinaria o a los surgidos de estructuras de gobernabilidad global. Con lo cual, se afirme o no se afirme taxativamente, solo cabe hablar de sistema jurídico a partir de estructuras estatales jurídicamente constituidas. Ordenamiento jurídico y estado se confunden así, propiciando el trasvase de los valores de unidad del estado-nación al sistema jurídico.

¹ Así lo pongo de manifiesto en un trabajo más general: «¿Cabe el Enfoque Socio-Jurídico en la Teoría del Derecho?» publicado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* núm. 44/2000, pp. 371-394.

² Calvo García 2008. Ya se habían avanzado algunas ideas en Calvo García 2000: 63 ss.

Es obvio que estos presupuestos chocan con algunas de las realidades jurídicas hacia las que abocan las transformaciones del derecho o que han encontrado un reconocimiento social como derecho. En este sentido cabe mencionar, sobre todo, la materialización del derecho producida a socaire del intervencionismo del estado regulativo y social, el pluralismo jurídico al que aboca el reconocimiento de otros sistemas normativos a los que no se puede negar un carácter jurídico o el desarrollo de nuevas estructuras y dinámicas vinculadas al derecho característico de la globalización³.

Estos avances han propiciado intentos específicos de «conceptualización» que se han producido con más o menos fortuna; pero que en general despiertan un interés notable. Sin embargo, en este trabajo no me voy a centrar en torno a esos desarrollos teóricos específicos. Voy a optar, como ya he avanzado, por reflexionar sobre su impacto en los planteamientos epistemológicos y metodológicos de la Teoría del derecho. Con mayor precisión, defenderé la tesis de que estos cambios exigen introducir correcciones epistemológicas y, en particular, una perspectiva socio-jurídica para afrontar el análisis jurídico –si no se quiere anclar la Teoría del derecho en una perspectiva puramente «filosófica» que adolezca de una pérdida de referencia con la praxis y el contexto institucional en el que se desenvuelve (Lacey 2006: 975).

1. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

Las sendas que ha recorrido la evolución del derecho están relacionadas con la utilización del sistema jurídico con fines regulativos orientados a corregir desequilibrios –económicos y sociales– o hacer frente a «riesgos» sociales o medio-ambientales y, en consecuencia, se apartan del modelo jurídico sustentado en los postulados de la ideología liberal (Calvo 2005: 24 ss.). El derecho ha dejado de tener el aire clásico de un sistema normativo racional-formal compuesto por reglas cuyo cometido es asegurar negativamente la libertad de los miembros de una comunidad y facilitar patrones de relación social. Los sistemas jurídicos, por el contrario, contienen cada vez más y más normas encaminadas a conseguir objetivos o realizar fines y valores sociales regulando positivamente el comportamiento de los agentes sociales y estableciendo estructuras burocráticas de carácter público o semi-público como instrumentos de implementación y control de las mis-

³ No es de extrañar que tanto el pluralismo jurídico, como la globalización estén en la base de las revisiones de la Teoría del derecho desde una perspectiva socio-jurídica: Twining 2003, 2009; Tamanaha 2001: xi-xii, 171 ss.; Santos 2009: 158 ss., 290 ss.; Galligan 2007: 158 ss.; Cotterrell 2004: 25 ss. MacCormick (2007: 287 ss.) ha extendido la consideración de orden normativo institucional al orden institucional interno las organizaciones de la sociedad civil.

mas (Calvo García 2005, 2007). Al respecto, se ha sostenido, incluso, que es posible hablar de un nuevo estado evolutivo en la cadena jurídica, de un nuevo paradigma en la evolución legal. Este modelo caracterizado por la orientación substantiva del derecho hacia fines regulativos y resultados prácticos –*responsive Law*– se diferenciaría de los estadios jurídicos anteriores, configurándose como un nuevo paradigma evolutivo (Nonet y Selznick 1978).

La utilización del derecho como medio para la realización de políticas de intervención y promoción de fines, valores e intereses sociales abre las compuertas del sistema jurídico a una nueva racionalidad político-burocrática. El uso del derecho con fines de integración social desborda ampliamente los moldes de las funciones tradicionales del mismo (Calvo García 2005: 29 ss.). La utilización del derecho como medio genera una profunda «legalización» o «colonización» de la sociedad civil y determina el desarrollo de un nuevo tipo de derecho: el *derecho regulativo* o *derecho útil* (Habermas 1987: 504 y 510 y ss.) característico del «estado regulativo del bienestar» en palabras de Teubner (1983), esto es, un derecho que se utiliza como medio para la realización de políticas intervencionistas orientadas a la promoción de fines, valores e intereses sociales. Como resultado, el derecho se «materializa» y se desbordan los instrumentos normativos surgidos para realizar los postulados de racionalidad formal: normas abstractas y generales que regulan «negativamente» o mediante la creación de patrones de relación jurídica y son reforzadas también negativamente. Además, como secuelas de esta «materialización» del derecho se producen tanto una auténtica explosión legislativa, como una pluralización y «des-formalización» y degradación de los instrumentos jurídicos normativos.

Por otro lado, el desplazamiento del derecho desde el ámbito de racionalidad formal soñado por el liberalismo hacia nuevas formas de *racionalidad material* implica, además, cambios importantes desde el prisma de las dinámicas jurídicas orientadas a la realización y aplicación del derecho. La «aplicación» del derecho orientado a fines conlleva unos niveles de complejidad tales que se desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación sobre el que descansaba la teoría de la decisión jurídica tradicional. De este modo, se desbordan definitivamente los encorsetamientos metodológicos tradicionales: subsunción deductiva, especificación del significado de las normas jurídicas para el caso concreto, etc. La realización del derecho útil o regulativo solo es concebible en términos de ejecución de políticas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses sociales.

Según lo anterior, además de afectar al modelo normativo, la evolución del derecho estaría influyendo de un modo significativo en las dinámicas jurídicas, pudiendo decirse sin ambages que la adjudicación ha dejado de ser el elemento central de la praxis jurídica⁴. Afrontar la dimensión de estos cambios no es algo que se resuelva reconociendo la existencia de un margen de indeterminación (Kelsen 1982) o de discrecionalidad (Hart 1994), sino que obliga a ir mucho más allá de los planteamientos de la teoría jurídica tradicional. Desde un punto de vista socio jurídico, se ha apuntado que el modelo de decisión jurídica en el estado regulativo ya no puede estar centrado en la decisión judicial. Denis Galligan (1986: 110) ha señalado que los agentes burocráticos, no actúan como pueden actuar los órganos judiciales –tipo ideal de decisión jurídica o adjudicación– que se pueden permitir el lujo de intentar buscar la intención del legislador, la única solución correcta, etc. Las burocracias que desarrollan y realizan políticas públicas y sociales tienen que construir las vías y las pautas para realizar los objetivos recogidos en los instrumentos regulativos de un modo razonable. Definir objetivos específicos, *policies* y pautas de actuación para alcanzar los fines e intereses generales establecidos en la legislación representa una tarea compleja donde no sólo se tienen en cuenta los fines de la ley sino otros criterios como los de eficiencia y efectividad. En la misma dirección, Offe (1988: 12) ha señalado que «las premisas de la actividad administrativa ya no son reglas a cumplir a rajatabla, sino *recursos* a utilizar desde el punto de vista de su adecuación para ciertas tareas».

Dando un paso más, Keith Hawkins (2002:39), con un profundo conocimiento empírico de la implementación regulativa, ha intentado reflexionar sobre la decisión jurídica desde una perspectiva más general, destacando que es importante considerar cierto tipo de decisiones como *policy decisions*. Esto es, como decisiones que aglutinarían tipos de casos o clases de actos o eventos a los que hay que hacer frente de una forma coherente y generalizada, dado que responden a unos objetivos y se enmarcan dentro de una determinada política regulativa o criminal. Desde esta perspectiva, la decisión jurídica se abre –por lo general– en una cadena de decisiones articuladas dentro de un complejo marco de implementación normativa que incluye múltiples resoluciones en cadena tanto formales como informales. Este tipo de *decisiones en serie* obligarían a reconstruir la teoría de la decisión con unos niveles de complejidad muy superiores a los habituales en las propuestas centradas en torno a las *decisiones sobre casos* (Hawkins 2002: 47 ss.). Y esto es así, tanto en lo que se refiere a las decisiones administrativas como a las decisiones penales. Según este autor, inclu-

⁴ La crisis de la teoría positivista de la adjudicación resulta palmaria cuando la confrontamos, por ejemplo, con las dinámicas que hacen efectivo el derecho regulativo o más genéricamente el derecho del Estado intervencionista –social o puramente económico. Cfr., desde una perspectiva general, Calvo García 2005.

so el análisis de las decisiones judiciales de índole penal como casos individuales decididos por sujetos singulares –individuales o colectivos– y autónomos sería erróneo, a pesar de ser la aproximación habitual desde el punto de vista del análisis de la decisión jurídica (Hawkins 2003: 194).

En las últimas décadas, por otro lado, el ámbito jurídico ha afrontado nuevas e importantes transformaciones. Por una parte, la llamada mundialización o globalización ha repercutido de forma significativa en la estructura y en las dinámicas jurídicas; y, por otro lado, paradójicamente, este fenómeno globalizador no ha restado relevancia –sino todo lo contrario– al proceso de particularización derivado de las demandas de reconocimiento de grupos nacionales y étnicos que impulsa en reconocimiento de ámbitos cada vez más amplios de pluralismo jurídico.

El fenómeno de la globalización se ha convertido en uno de estos tópicos centrales en los discursos actuales de las ciencias sociales. De globalización se habla por doquier, si bien todavía no se ha conceptualizado con precisión este fenómeno. Su gran complejidad se sacrifica con mucha frecuencia desde aproximaciones unilaterales, tendentes a acentuar su dimensión económica y, en menor medida, su vertiente cultural. En realidad, la globalización implica una gran diversidad de procesos y de ámbitos que van más allá de la pura transnacionalización de los mercados y el desarrollo de una cultura global etnocéntrica asentada en las posibilidades de los nuevos medios técnicos de comunicación y que por supuesto afecta a la estructura y las dinámicas jurídicas (Santos 1998; Gessner y Budak 1998; Twining 2003; Teubner 2002).

La consecuencia inmediata de los procesos de globalización desenvueltos en las dos últimas décadas del siglo xx ha consistido en el debilitamiento y la pérdida de influencia de los estados en ámbitos muy importantes de la vida social y económica que han dado lugar a procesos de privatización y desregulación de amplios espacios de las relaciones económicas y sociales –mercados, regulación laboral, medioambiental, etc.–, para liberarlos de ataduras jurídicas, favorecer la competencia y el establecimiento negociado de reglas desde posiciones de poder.

Alternativamente también han surgido algunos fenómenos nuevos de gran trascendencia y de un indudable interés desde el punto de vista de la evolución del derecho. Así, han surgido espacios globales propios derivados de la misma transnacionalización del campo jurídico. Uno de los más significativos, surgido como una ley propia del capital global, es la *Lex mercatoria* (Santos 1998; Teubner 1997, 2002; Garrido 2010: 131 ss.). De este instrumento regulativo se ha dicho que es apolítico e informal, y podría añadirse que tiene un fundamento de reconocimiento y validación autorregulativos basado en última instancia en la efectividad. La *Lex mercatoria* se origina en la repetición rutinaria de fórmulas diseñadas por los abogados de las compañías transnacionales y las instituciones financieras del nuevo

orden global y su informalismo permite modular su grado de exigencia y operatividad según las relaciones de poder en juego. La rigidez o flexibilidad en la aplicación de la *Lex mercatoria* suele depender de la distribución del poder entre sus socios (Santos 1998; 2009: 349 ss.).

En otro orden de cosas, la desregulación y desjudicialización de los ordenamientos locales abren importantes espacios de «informalidad» en la resolución de los conflictos que afectan a los agentes transnacionales. En particular, la globalización ha dado un particular empuje a la creación de espacios informales de resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación y otros (Calvo 2000; Garrido 2010: 121 ss.). Más allá de la retórica, puede decirse que en la práctica los grupos transnacionales tienden a potenciar este tipo de ámbitos para hurtarse al fuero de los tribunales estatales y fomentar prácticas negociadas de resolución de conflictos, mucho más favorables a sus posiciones de poder. Se trata de espacios que todavía no han sido delimitados de modo definitivo, pero que en cualquier caso están ahí y suponen un cambio importante en la evolución del derecho al romper con el monopolio estatal de los mecanismos de resolución de conflictos, característico de las funciones asignadas al derecho según la ideología liberal⁵.

A lo anterior habría que añadir las renovadas demandas de reforzamiento de las estructuras de gobernabilidad global. La cuestión de la gobernabilidad global es un tema que surge en la literatura académica de la última década del siglo pasado y que incluso fue recogido en un *Informe* del PNUD (1999). Tanto en la literatura científica pionera (Held 1997, Held & McGrew 2003; Falk 1995; Santos 1998). y en el mencionado *Informe*, la gobernabilidad global se plantea vinculada a la realización de los derechos humanos y en muchos casos como una globalización desde abajo. Perspectiva que se sigue defendiendo en la actualidad (Falk, 2000; Brysk 2002, Santos y Rodríguez-Garavito 2005; Held 2010). Sin embargo, la cuestión de la gobernabilidad global comenzó a tener otro sentido como consecuencia de la llamada crisis asiática (una crisis económica especulativa, también) y el rápido contagio de diversas economías en el plano mundial. A raíz de esta experiencia, desde instituciones como el Banco Mundial, comenzó a hablarse de gobernabilidad global o regulación económica global con un discurso que deja de lado la cuestión de los derechos. En la actualidad, las apuestas por una regulación económica global se han retomado en el marco del G-20 como consecuencia de la crisis financiera y económica que atravesamos⁶.

⁵ Obviamente este es un campo que quizá mereciese una reflexión ulterior al hilo del discurso sobre las transformaciones del derecho. En realidad la desformalización de los procedimientos de resolución de conflictos emerge con fuerza no solo en el ámbito de los procesos de globalización. También trae causa de la materialización y expansión regulativa y, en particular, de los fenómenos de pluralismo jurídico. Para una lectura crítica de estos procedimientos, puede verse Abel 1982.

⁶ G20 *Summits*, <http://www.g20.utoronto.ca/summits/index.html> –última accesión septiembre 2011.

El fenómeno de la globalización, paradójicamente, aboca al pluralismo jurídico. Por una parte, el orden normativo que resulta de la globalización supera por razones obvias el marco estatal y lleva a situaciones que de hecho abocan al pluralismo jurídico (Davies: 814; Santos 2009: 53 ss.). Por otro lado, ha ido acompañado de un proceso de particularización creciente, derivado de las demandas de reconocimiento de grupos nacionales y étnicos. En este sentido, al caldo de cultivo generado por los movimientos descolonizadores de mediados del siglo xx, se habrían sumado las consecuencias jurídicas derivadas de la exigencia de reconocimiento que plantean algunos grupos y habrían provocado la urgencia del debate sobre los fenómenos interculturales y la necesidad de tomarnos en serio el pluralismo cultural y jurídico. En cualquier caso, el pluralismo jurídico ya no es una cuestión marginal a enfocar desde disciplinas fronterizas como la antropología jurídica o en los discursos socio-jurídicos sobre el «derecho vivo». Las transformaciones sociales y políticas experimentadas en las últimas décadas han dado lugar a situaciones de efectivo pluralismo político y jurídico que cuestionan las formas tradicionales del derecho y ponen en solfa del modelo liberal basado en la consagración de la unidad de los estados nacionales asentados sobre las estructuras políticas generadas en el tránsito hacia la modernidad y construidas muchas veces a espaldas de los valores y las culturas étnicas y/o nacionales minoritarias integradas (Tamanaha 2001: 171 ss.; Galligan 2007: 158 ss. Santos 2009: 53 ss.).

El concepto formal de derecho sobre el que descansan la ideología jurídica liberal y el análisis normativo contempla el derecho como un conjunto de normas explícitas, producidas por el estado, cuya validez se produce a partir de un reconocimiento autorreferencial. Esta concepción puede ser calificada como errónea si se tiene en cuenta la existencia histórica de sociedades sin Estado u otros órdenes sociales normativos. En cualquier caso, el reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico rompe frontalmente con ese modelo al cercenar los fundamentos del monopolio estatal de los mecanismos coercitivos y de los medios de producción normativa sobre los que descansa la Teoría del derecho tradicional. Cuando se reconocen los derechos de autodeterminación cultural de comunidades con una identidad propia y que conservan sistemas jurídicos propios, más o menos desarrollados; pero que articulan sistemas propios de orientación del comportamiento y procedimientos para la resolución de conflictos, ¿por qué no se puede hablar en estos casos de sistemas jurídicos? La única razón que puede esgrimirse es que ello choca con los postulados ideológicos y teóricos desde los que se ha construido la Teoría del derecho, pero este quizá no sea argumento suficiente.

La Teoría del derecho debe afrontar el reto del pluralismo jurídico y redefinir sus postulados básicos para ser capaz de contemplar tales sistemas de normas de los grupos minoritarios o no hegemónicos como auténticos sistemas jurídicos; revisando para ello, en primer la

teoría del ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, las pautas tradicionales del análisis normativo. En otro orden de cosas, es probable que también sea necesario un cierto cambio de talante para afrontar el análisis de fenómenos como el del pluralismo jurídico. En este sentido, quizá debamos aprender de los antropólogos y tratar de descubrir las cualidades normativas de tales sistemas jurídicos sin reducirlos ni explicarlos desde las características de los sistemas hegemónicos, tan particulares por lo demás como aquellos (Stavenhagen 1995; Santos 2009: 385 ss.). Dicho lo anterior, por otro lado, quizá también pueda ser bueno precavernos contra la inflación del término pluralismo jurídico. No todo sistema normativo es un sistema jurídico, como tampoco todas las formas de pluralidad cultural dan lugar a situaciones de pluralismo jurídico (Merry 2007: 107).

En definitiva, los presupuestos de la teoría tradicional del derecho chocan con algunas de las realidades jurídicas hacia las que abocan las transformaciones del derecho o que han encontrado un reconocimiento social como derecho. Como se ha apuntado, la materialización del derecho producida a socaire del intervencionismo del estado regulativo y social, el desarrollo de nuevas estructuras y dinámicas jurídicas vinculadas al derecho característico de la globalización o el pluralismo jurídico ponen en jaque algunos de los planteamientos centrales de la Teoría del derecho y abocan a la necesidad de reflexionar sobre su impacto en los planteamientos epistemológicos y metodológicos de la Teoría del derecho.

2. TRANSFORMACIONES JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO

La Teoría del derecho necesita afrontar el reto de las transformaciones del estado y del derecho e integrar en su propuesta analítica los nuevos fenómenos jurídicos emergentes. Para ello deberá redefinir sus postulados básicos, revisando las pautas tradicionales del análisis normativo y, en particular, la teoría de las normas y del ordenamiento jurídico. Es probable que también sea necesario un cierto cambio de talante para afrontar el análisis de estas transformaciones del derecho. En este sentido, quizá debamos abrir la perspectiva de la Teoría del derecho hacia enfoques socio-jurídicos con el objetivo de descubrir las cualidades normativas de estos nuevos fenómenos emergentes, sin caer en el error de simplificarlos explicándolos desde las características de los sistemas propios de un estadio evolutivo del derecho que comienza a ser superado.

La exigencia de estas aperturas traería causa de las limitaciones de un enfoque puramente filosófico y doctrinal. En este sentido, una de las críticas más recurrentes a la Teoría analítica del derecho insiste en su carácter parcial y en las limitaciones de que adolece al dejar fuera de su consideración elementos importantes de la praxis jurídica

y el funcionamiento efectivo de las instituciones jurídicas actuales. De entrada, una Teoría del derecho como la que se defiende desde tesis analíticas se asentaría en un punto de vista puramente «doctrinal»⁷. Esto es, una perspectiva que se desentiende de la dimensión institucional y las estructuras de gobierno vinculadas al mismo. Como ha señalado Kornhauser (2004: 375): «El concepto de derecho que interesa a los filósofos del derecho pone su énfasis en el orden jurídico (*legal order*), esto es, en el conjunto de prohibiciones, exigencias y permisos que prevalecen en un sociedad, más que en las instituciones del régimen jurídico (*legal regime*) que promulgan, aplican coercitivamente y mantienen el orden jurídico. Dicho de otro modo, el debate filosófico sobre el concepto de derecho trata el orden jurídico como un conjunto autónomo de normas más que como un aparato de instituciones en funcionamiento dentro de una estructura de gobernanza». En definitiva, la apuesta por una perspectiva puramente «doctrinal» deja fuera de la Teoría del derecho la práctica y el funcionamiento efectivo de las instituciones jurídicas. Eso hace que, cuando menos, este enfoque pueda considerarse como una teoría limitada o parcial. Lo cual explicaría, entre otras cosas, las dificultades de la Teoría analítica del derecho para integrar en el concepto de derecho fenómenos como el pluralismo jurídico o las nuevas formas jurídicas de la mundialización.

En realidad, dando un paso más y encarando un enfoque más general, me parecen muy sugerentes las reflexiones de Schauer (2005) sobre el impacto de las transformaciones del derecho y su repercusión en el concepto de derecho⁸. Este autor parte de la tesis de que «tanto el derecho como el concepto de derecho son construidos socialmente» (Schauer 2005: 497). El concepto de derecho así entendido no sólo cambia a lo largo del tiempo y entre las diferentes culturas, sino que debe ser entendido a través de continuo proceso de construcción y reconstrucción. (Schauer 2005: 498). Si se acepta este planteamiento, está claro que no se puede perder de vista ni la contextualización de los fenómenos jurídicos, ni la propia evolución de los mismos. Las teorías esencialistas, limitadas a la construcción de un concepto parcial del derecho que identifican como su naturaleza, carecerían de la perspectiva necesaria para asumir la dimensión justificativa meta-teórica del concepto de derecho, como tampoco podrían asumir el cambio conceptual que requieren las propias transformaciones del derecho. En este sentido, Schauer apoya la pertinencia de un punto de

⁷ Lo cual acentúa la escisión entre la Teoría del derecho, así planteada, y el enfoque socio-jurídico. La contraposición entre el «sentido doctrinal» y el «concepto sociológico del derecho ha sido subrayada por Dworkin (2007: 12-14, 24 ss.), aplicándola a su propia Teoría del derecho. Dworkin califica la Teoría del derecho de Hart como un «positivismo doctrinal» (Dworkin 2007: 36 ss.).

⁸ Se trata de unas reflexiones a vuela pluma, respondiendo a algunas objeciones planteadas por Julie Dickson y desbordando en buena medida los planteamientos de esta en *Evaluation and Legal Theory*.

vista socio-jurídico. En su opinión, «el cambio conceptual es lento, progresivo e incierto; lo cual hace más apropiado su estudio desde la perspectiva de las ciencias sociales mejor que desde la Teoría del derecho» (Schauer 2005: 500). En cualquier caso, puede afirmarse que una teoría incapaz integrar en el concepto de derecho que promueve las transformaciones del derecho y en consecuencia facilitar la comprensión o explicación del derecho en uso no es una teoría cuyos logros puedan considerarse sustanciales y, además, habría perdido toda su utilidad de cara a la praxis.

En realidad, la Teoría analítica del derecho no sólo adolece en muchas de sus propuestas de la pérdida de referencia con la praxis, también muestra una cierta dependencia con respecto a los planteamientos nucleares del formalismo jurídico y el método lógico deductivo. Al respecto, se ha dicho que más allá de las propuestas retóricas de ruptura epistemológica, la Teoría analítica del derecho habría heredado la agenda de la Teoría del derecho tradicional (Lacey 2006). El llamado «modelo de las normas» tiene en ese sentido muchas dificultades de encaje con las transformaciones del derecho vinculadas al desarrollo de los sistemas jurídicos actuales orientados a conseguir objetivos o realizar fines y valores sociales regulando positivamente el comportamiento de los agentes sociales y estableciendo estructuras burocráticas de carácter público o semi-público como instrumentos de implementación y control. Lo cual, de entrada, supone debilitar la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de márgenes de discrecionalidad que, indirectamente, hacen factible el éxito de todo tipo de presiones y circunstancias de oportunidad (Galligan 1986; Zagrebelsky 1995; Hawkins 2001). Cambios tan profundos que no se pueden identificar con una perspectiva conceptual estrecha que se desentienda de la consideración del derecho como fenómeno jurídico y de su praxis real.

Con respecto a lo anterior, quizá sea bueno subrayar que, más allá del debate meta-teórico y metodológico, centrado en torno a las virtudes «científicas» o «esencialistas» de un concepto de derecho limitado a su justificación en términos verdad⁹, cabe preguntarse si la Teoría del derecho, concebida desde esos presupuestos, es útil o no. Dicho de otra manera, si cumple o no con los objetivos explicativos y de comprensión del derecho –que serían su razón de ser. Al respecto, toman-

⁹ Raz (2007) ha reafirmado recientemente estas tesis en su defensa de una Teoría del derecho en sentido restringido, esto es, una teoría analítica, conceptual, dirigida a explicar la naturaleza del derecho. Una teoría que, en definitiva, debe estar construida sobre «proposiciones verdaderas, sistemáticamente relacionadas», que puedan explicar qué es el derecho, o siendo más precisos, la naturaleza del derecho (Raz 2007: 47). Tales verdades necesarias, al revelar la naturaleza del derecho, pondrían de manifiesto y explicarían la esencia del derecho. Como consecuencia, Raz (2007: 48) entiende que «una Teoría del derecho es exitosa si satisface dos criterios: en primer lugar, si consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas y, en segundo lugar, si estas proposiciones explican lo que es el derecho».

do pie en la no consideración de las transformaciones del derecho, Tamanaha ha apuntado que buena parte del discurso de la Teoría del derecho actual es irrelevante desde el punto de vista de la realidad cotidiana del derecho, dado que aparentemente tendría poco que ver con la práctica del derecho en uso (Tamanaha 1997: 249, 251; 2001: 154). Y en el mismo sentido Lacey (2006: 975) ha subrayado que el derecho no puede comprenderse correctamente con una teoría desvinculada de la práctica jurídica y el contexto institucional en el que se desenvuelve.

Las tesis anteriores también llevan a defender la incorporación de las investigaciones socio-jurídicas en la Teoría del derecho. Algo que, como señala Twining (2009: 60), ya llevaban defendiendo durante años diversos autores: «el derecho, incluyendo la doctrina jurídica y los conceptos, necesitan ser comprendidos contextualmente». Lo que habría cambiado, según este autor, es que «recientemente se han producido signos alentadores de convergencia de los enfoques empírico y analítico». Siendo destacable a su entender que muchas personas vinculadas a estudios socio-jurídicos hayan reconocido incluso las aportaciones de Hart a las ciencias sociales. Estas serán, precisamente, las coordinadas a partir de las cuales se esbozarán las reflexiones que avanza en el apartado siguiente tratando de superar hostilidades y desdenes recíprocos; pero teniendo claro que es preciso plantearse decididamente que el enfoque socio-jurídico puede ser, más que útil, necesario para la Teoría del derecho.

3. EL ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Más arriba se han recogido las conclusiones de Schauer respecto a que tanto el derecho como el concepto de derecho son construidos socialmente. A partir de esta toma de posición, el autor mencionado asume un punto de vista prescriptivo para la Teoría del derecho. Consecuente, entiende que hay «espacio para proponer cómo debería ser nuestro concepto de derecho o cómo debería llegar a ser» (Schauer 2005: 500). Lo cual a su vez lleva a la pregunta sobre qué impide, entonces, defender otras teorías del derecho alternativas como teorías más adecuadas que la teoría analítica, esto es, otras teorías filosóficas del derecho, o sociológicas, o críticas, o comunicativas, o interdisciplinarias, etc.

En buena medida estoy de acuerdo con el planteamiento bosquejado en el párrafo anterior y pienso que es defendible que pueden existir diversos enfoques para reflexionar teóricamente sobre el derecho. Además, creo que es bueno que sea así, dado que en muchos casos esos enfoques se podrán complementar –en otros casos no, porque serán enfoques antitéticos. Pero no puede pretenderse que todo vale.

Caben diversas teorías del derecho, pero debe exigirse que sean teorías válidas en orden a alcanzar los objetivos de una construcción teórica: deben ser útiles desde un punto de vista práctico y facilitar la comprensión de los fenómenos jurídicos entendidos en un sentido amplio y plural. Una teoría filosófica basada en valores de verdad sería en principio una teoría válida; pero no a costa de limitar su perspectiva y utilidad como ocurre con los planteamientos más estrechos de la teoría analítica y, en cualquier caso, se deberá admitir que este enfoque es discutible. De la misma manera, una teoría crítica no tiene porque ser rechazada a priori o tachada sin más de ideológica. Toda opción teórica tiene una dimensión justificatoria, incluida la teoría analítica del derecho, dado que se basará en valores meta-teóricos o epistemológicos que obviamente podrán ser debatidos y cuestionados. Pero no puede rechazarse sin más. Algo diferente es que, para ser considerada una teoría válida, deberá superar algunos test que permitan comprobar, por una parte, si facilita la explicación y comprensión de los fenómenos jurídicos en uso entendidos en sentido amplio y plural y, por otra, su utilidad desde un punto de vista práctico y enraizado en el funcionamiento efectivo de las instituciones jurídicas.

Y, por supuesto que cabe el enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho e, incluso, una *Teoría socio-jurídica del derecho*¹⁰. Esto es, además de apreciar aspectos positivos en las propuestas de incorporar el enfoque socio-jurídico como complemento de la Teoría del derecho, creo que se puede dar un paso más y, en la línea de lo planteado por algunos de los autores que se han tomado en consideración más arriba, desarrollar una *Teoría socio-jurídica* del derecho que profundice en la descripción y comprensión del derecho como fenómeno social aunando herramientas metodológicas de los dos campos.

Las aperturas de la Teoría del derecho hacia la Sociología jurídica tienen ya una gran tradición en los discursos académicos. Uno de los autores que han liderado esta propuesta es Roger Cotterrell. Según este autor, la teoría normativa del derecho debe afrontar con urgencia la tarea de dar sentido «teórico» a las nuevas realidades del derecho. Con este fin, en su opinión, «se impone la conclusión de que la teoría normativa del derecho y la teoría empírica del derecho, orientada socio-jurídicamente, deben confluír en una sola tarea. Lo cual no supone rechazar o minusvalorar el valor del análisis conceptual del derecho, propio de las propuestas de la teoría normativa del derecho tradicional. Más bien supone insistir en que dado el contexto de verti-

¹⁰ Recurrimos a esta terminología en lugar de hablar de una *teoría social o sociológica* del derecho para diferenciar la propuesta que se hace del enfoque particularizado de la teoría social en un campo específico, como puede ser el derecho, al estilo de las construcciones de algunos autores vinculados a una perspectiva sociológica estrecha –por lo general positivista. Ni que decir tiene que esta distinción estaría en la línea de la propuesta de Cotterrell (1991: 25) de distinguir la *Sociología jurídica* de una mera rama de la Sociología aplicada al derecho, la llamemos o no *Sociología del derecho*.

ginoso cambio del medio jurídico, las tareas de la Teoría del derecho no pueden permanecer estáticas» (2003: 263). Su propuesta, en este sentido no deja dudas sobre la pertinencia y necesidad de la *Sociología jurídica*¹¹: el enfoque sociológico es «indispensable» desde una perspectiva práctica y teórica (2006a: 54).

Otro autor que ha planteado recientemente la posibilidad de un diálogo interdisciplinario entre el análisis socio-jurídico y la Teoría analítica del derecho es Denis Galligan (2007). Este autor, subraya que de la misma manera que la Teoría del derecho y, en particular la Teoría *analítica*, puede ser útil para el análisis socio-jurídico; reflexivamente, el enfoque socio-jurídico también puede ser útil para la Teoría del derecho. Según Galligan, la Teoría del derecho tiene sus propios métodos y objetivos y sería erróneo pensar que deba asumir la metodología y los intereses específicos de la sociología u otras ciencias sociales. Pero ello no obsta para que el diálogo entre la Teoría del derecho y el enfoque socio-jurídico pueda ser útil, tanto para las investigaciones sobre derecho y sociedad, como para la propia Teoría del derecho.

La respuesta de Galligan a la pregunta sobre si la Teoría del derecho puede tener utilidad para las investigaciones socio-jurídicas recibe un rotundo sí de su parte. Consecuentemente, concluye que «la Teoría del derecho, al proveernos de conceptos, categorías e ideas, es un buen punto de partida para las investigaciones de derecho y sociedad; pero al mismo tiempo, es sólo un punto de partida, que necesita ser complementado con la toma en consideración sobre el funcionamiento del derecho en la diversa variedad de situaciones sociales en las que nos lo encontramos». El proceso, pues, «es reflexivo» (2007: 11). En este sentido, Galligan deja claro que la perspectiva socio-jurídica también puede contribuir a la Teoría del derecho. Con base en ejemplos relacionados con algunos de los temas que se han considerado en el apartado anterior y otros, concluye que las investigaciones sobre derecho y sociedad «pueden arrojar luz sobre cuestiones de interés para la Teoría del derecho». Aportaciones que pueden obligar incluso a modificar su contenido conceptual y que, alternativamente pueden servir para cuestionar y confirmar los conceptos imperantes en la Teoría del derecho (2007: 19).

Estas propuestas empiezan a ser discutidas por los filósofos del derecho sin caer en el aire de desdén propio de las tesis mantenidas en algún momento, si bien dejando claro que la prioridad epistemológica debe descansar en la Teoría del derecho¹². Más claro lo tiene Nicola

¹¹ Cotterrell (1991: 22-25) se decanta por el uso de «Sociología jurídica» como terminología más apropiada que «Sociología del derecho» con el fin de evitar que lleve pensar en una rama de la Sociología aplicada al derecho.

¹² *Vid.*, como muestra, Bix (2006), quien tras plantearse la pertinencia de las aperturas «empiristas», entiende que «la respuesta apropiada es que el análisis conceptual es prioritario» y la misma respuesta se plantea ante las propuestas de intro-

Lacey cuando subraya que el aislamiento de la Teoría del derecho de la teoría social y los estudios socio-jurídicos es un error y como consecuencia defiende la necesidad de dar una base socio-jurídica a la perspectiva puramente doctrinal de la Teoría analítica del derecho: «una jurisprudencia basada en las ciencias sociales o una Teoría del derecho fundamentada socialmente» (Lacey 2006: 981). Lo cual no debe ser entendido como la defensa de una metodología sociológica para la jurisprudencia, opción que rechaza de manera explícita; sino simplemente como una llamada a «teorizar el derecho como un fenómeno social» (Lacey 2006: 980).

En la actualidad, los dos intentos más ambiciosos de construir una Teoría *general* del derecho integrando la perspectiva conceptual en un visión más amplia y ligada a la práctica y los contextos institucionales del derecho en la amplia pluralidad de sus manifestaciones e incorporando también la perspectiva socio-jurídica son, quizá, los de Brian Tamanaha y Willian Twining.

La Teoría general del derecho que defiende Tamanaha se enfoca desde las relaciones entre derecho y sociedad. Consecuentemente, se plantea como una aproximación transdisciplinar que nutre su perspectiva, general y compleja, con herramientas tomadas de diversos campos, entre los que incluye la teoría social, la teoría política, la sociología, la antropología y la teoría jurídica. (2001: xvi). De acuerdo con los planteamientos críticos esbozados más arriba, la Teoría del derecho que propugna no descansa en valores de verdad o falsedad, más bien y de acuerdo con los planteamientos del pragmatismo que inspira el realismo jurídico, descansaría en torno a la pregunta sobre si son útiles o no para «describir, comprender y evaluar los fenómenos jurídicos en contextos diversos» (2001: 133-134). Tamanaha defiende una teoría positivista, que defiende como una teoría descriptiva y evaluativa, pero insiste en que no es evaluativa respecto a cuestiones sobre si el derecho es moral o inmoral¹³. Se trataría, en realidad, de un positivismo jurídico reconstruido desde una perspectiva socio-jurídica, que en su opinión realizaría más estrechamente los objetivos de la Teoría del derecho de Hart. En este sentido, afirma que «el positivismo jurídico reconstruido de la manera que propongo suministra un marco

ducir la perspectiva de la teoría social –dado que el derecho es una institución social: ¿cómo podemos tener “una Teoría sociológica del derecho” si no tenemos antes una noción genérica de lo que es y no es derecho» (Bix 2006: 172). En cualquier caso, siguiendo a Tamanaha, se plantea como reflexión si no «podría señalarse que si fuese un error tratar de fundamentar una teoría acerca de la naturaleza del derecho *única*mente sobre bases empíricas o sociológicas, sin referencia al análisis conceptual, también sería un error basar tal teoría solo en el análisis conceptual, sin referencia a verdades empíricas y sociológicas (Bix 2006: 172). La respuesta de autores como Raz (2007) sería excluyente, haciendo descansar el concepto de derecho sobre las percepciones y el autoconocimiento de los individuos. Bix al menos deja la pregunta en el aire.

¹³ Tamanaha 2001: xvii. Sobre las premisas *positivistas* de su Teoría general de derecho y sociedad, vid. *ibídem* 155 ss.

conceptual receptivo para los intereses e inquietudes de las personas vinculadas a la investigación científico social del derecho e igualmente provee puentes que harán factible que esas investigaciones sean más relevantes para los intereses e inquietudes de los teóricos del derecho» (Tamanaha 2001: 135). Esto aparte, lo más importante en su opinión es que la conciliación de la Teoría del derecho positivista y las investigaciones socio-jurídicas facilitará una vía más sofisticada y empíricamente informada para comprender el derecho como fenómeno social.

La obra de Tamanaha ha sido bien recibida en la Teoría del derecho. Uno de los autores que la ha tomado en consideración es William Twining, autor de una reciente *Teoría general del derecho –General Jurisprudence–*, que busca comprender el derecho desde una perspectiva global y que comparte muchos de los presupuestos desarrollados por aquel autor. Twining es un autor reconocido en el campo de la Teoría del derecho, que aún en su formación la filosofía analítica del derecho y el realismo jurídico, y cuya teoría puede considerarse más cuajada que la de Tamanaha. También con una perspectiva socio-jurídica más elaborada, pero coincidente con la de ese autor tanto en la defensa de la necesidad de incorporar el enfoque de las ciencias sociales en la Teoría del derecho como en la apuesta por un dialogo interdisciplinar que supere el recíproco desdén que ha existido tradicionalmente entre las teorías del derecho de corte filosófico y las investigaciones socio-jurídicas (Twining 2009: 60; Tamanaha 2001: 134).

Según Twining (2009: 57), la teoría analítica habría partido de la consideración del derecho como un fenómeno social, para luego operar metodológicamente con un completo aislamiento de la de la teoría social y las investigaciones socio-jurídicas. Los conceptos de la Teoría del derecho tienen que ser entendidos en el contexto práctico e institucional de su uso. En este sentido, acepta las conclusiones que Nicola Lacey extrae de su análisis de casos en clave de «jurisprudencia particular» (2006: 975), pero entiende que a la misma posición se llega desde perspectivas más abstractas o desde la toma en consideración de las transformaciones del derecho –en relación con las cuales insiste sobre todo en el fenómeno de la globalización y el pluralismo jurídico (Twining 2009: 56). Es quizá el reconocimiento de la utilidad de las aportaciones sobre estos temas de algunos autores procedentes del campo de la investigación socio-jurídica¹⁴, lo que le ha llevado a concluir tajantemente que los filósofos que deseen comprender los fenómenos jurídicos necesitan incorporar a su perspectiva un conocimiento socio-jurídico (Twining 2009: 59-60).

¹⁴ En particular, Boaventura de Sousa Santos.

* * *

A pesar de la brevedad de las reflexiones avanzadas, pienso que las referencias analizadas ponen en evidencia que parece estar abriéndose una nueva vía tendente a superar las hostilidades y desdenes del pasado entre la Teoría del derecho y los enfoques socio-jurídicos. Son propuestas que coinciden en muchos puntos; pero que al mismo tiempo presentan divergencias y matices importantes. Una de las cuestiones que queda abierta es si la Teoría del derecho debe incorporar los métodos de las ciencias sociales o, si por el contrario, las relaciones que se establecen entre los enfoques filosófico y socio-jurídico son puramente simbióticas. Lo cual supondría mantener las barreras metodológicas. Como ha podido apreciarse, algunos planteamientos dan un paso más y sugieren incorporar perspectivas y herramientas metodológicas de los dos campos para llegar a un conocimiento integrado –una *Teoría socio-jurídica del derecho*.

En definitiva, sea cual sea el enfoque adoptado, las transformaciones del estado y del derecho parecen condicionar la apertura de las orientaciones tradicionales de la Teoría del derecho. Con independencia de cual sea el enfoque (filosófico, sociológico, crítico, etc.), cabrían «diversas» teorías del derecho. Con la salvedad de que sean teorías válidas en orden a alcanzar los objetivos de una construcción teórica, esto es, útiles desde un punto de vista práctico y que faciliten la comprensión de los fenómenos jurídicos entendidos en un sentido amplio y plural.

Obviamente, la apuesta personal realizada en este trabajo por un enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho e, incluso, la apuesta por una *Teoría socio-jurídica del derecho*, no excluye otros enfoques alternativos que tomen pie en otros planteamientos procedentes de las ciencias sociales. En cualquier caso, como sea apuntaba al comienzo, la Teoría del derecho deberá estar en condiciones de dar respuesta a las profundas transformaciones del derecho y de hacerlo sin enmascaramientos con el fin de descubrir las cualidades normativas sistemas jurídicos mucho más complejos, sin reducirlos ni explicarlos desde las características de los sistemas propios de un estadio evolutivo del derecho que comienza a ser superado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL, Richard edtr. 1982, *The Politics of Informal Justice*, vol. 1 & 2, New York, Academic Press.
- BIX, Brian 2006, *Teoría del derecho: Ambición y límites*, trd. Pablo E. Navarro et al, Madrid, Pons.
- 2007, «Joseph Raz and Conceptual Analysis», *Newsletter on Philosophy and Law* 6/2: 1-7.

- BRYSK, Alyson, edtra. 2002, *Globalization and Human Rights*, Berkeley, U. of California Press.
- BENHABIB, Seyla, edtra. 2008, *Another Cosmopolitanism*, OUP-The Berkeley Tanner Lectures.
- CALVO GARCÍA, Manuel 1994, *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.
- 2000, *Teoría del derecho*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos.
- 2005, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.
- 2008, «Positivismo jurídico y transformaciones del derecho», en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II: Teoría y metodología del Derecho.*, Madrid, Dykinson: 201-222.
- 2010, «¿Cabe el Enfoque Socio-Jurídico en la Teoría del Derecho?» *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* núm. 44, pp. 371-394.
- CANE, Peter y Herbert M. KRITZER edtrs. 2011, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP.
- COTTERRELL, Roger 1991, *Introducción a la Sociología del derecho*, trd. Carlos Pérez Ruiz, Barcelona, Ariel.
- 2003, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to legal Philosophy*, 2.^a ed., LexisNexis-UK.
- 2004, «Law in Social Theory and Social Theory in the Study of Law», en Austin Sarat ed., *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford, Blackwell Pub., pp. 15-29.
- 2006a, *Law, Culture and Society. Legal ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot, Asgate.
- 2006b, «From “Living law” to the “Death of the Social” –Sociology in the Legal Theory», en Freeman, Michael edtr., *Law and Sociology. Current Legal Issues*, vol. 8.
- DWORKIN, Ronald 2007, *La justicia con toga*, trd. Marisa Iglesias e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid, Pons 2007.
- DAVIES, Margaret 2011, «Legal Pluralism», en Peter Cane y Herbert M. Kritzer edtrs., *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, pp. 805-827.
- FALK, Richard 2000, *Human Rights Horizons. The Pursuit of Justice in a Globalizing World*, London, Routledge.
- 2002, *La Globalización depredadora. Una crítica*, Madrid, Siglo XXI.
- GALLIGAN, D. J. 1992, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*. Oxford, Clarendon.
- 2007, *Law in Modern Society*, Oxford, OUP-Clarendon Law Series.
- 2011, «Legal Theory and Empirical Research», en Peter Cane y Herbert M. Kritzer edtrs., *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, pp. 1002-1024.
- GARRIDO, M.^a Isabel 2010, *Las Transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Pamplona, Thompson-Aranzadi.
- GESSNER, VOLKMAR & A. C. BUDAK, eds. 1998 *Emerging Legal Certainty. Empirical Studies on the Globalization of Law*, Aldershot, Dartmouth (Oñati International Series in Law and Society, vol. 5).
- HAWKINS, Keith 2001, «The Use of Legal Discretion from Law and Social Science». En Keith Hawkins edtr., *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon: 11-46.
- 2002, *Law as last resort: Prosecution decision-making in a Regulatory Agency*, Oxford: Oxford University Press.

- 2003, «Order, rationality and silence: some reflections on criminal justice decision-making», en L. Gelsthorpe y N. Padfield edtrs., *Exercising Discretion*, Portland, Willan P.
- HABERMAS, Jürgen 1987, *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, trd. M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus.
- HART, Herbert L. A. 1994, *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford, OUP.
- HELD, David 1997, *La democracia y el orden global*, trd. S. Mazzuca, Barcelona, Paidós, 1997.
- y MCGREW, Anthony 2003, *Globalización / Antoglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós.
- 2010, *Cosmopolitanism*, Cambridge, Polity Press.
- KELSEN, Hans 1982, *Teoría pura del derecho*, 2.^a ed., trd. R. J. Vernengo, México, UNAM.
- KORNHAUSER, Lewis A. 2004, «Governance Structures, Legal Systems and the Concept of Law», *Chicago-Kent Law Rev.* núm. 70: 355-381.
- LACEY, Nicola 2006, «Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited», *Texas Law Review* núm. 84, 945-982.
- MACCORMICK, Neil 2007, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press,
- 2008, *H. L. A. Hart, Second Edition*, Stanford, Stanford Law Books.
- MERRY, Sally Engle 2007, «Pluralismo Jurídico», en *Pluralismo Jurídico*, trad. y ed., Libardo Ariza y Daniel Bonilla, Bogotá, Siglo del Hombre, pp. 87-142.
- John GRIFFITHS y Brian Z. TAMANAHA 2007, *Pluralismo Jurídico*, trad. y ed., Libardo Ariza y Daniel Bonilla, Bogotá, Siglo del Hombre.
- NONET, PH. y P. SELZNICK 1978, *Law and Society in Transition*. New York: Octagon.
- OFFE, C. 1988, «Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-administrativo», en *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema: 7-25.
- PNUD 1999, *Informe sobre Desarrollo Humano* [<http://hdr.undp.org/es/informes/> –última accesión enero 2011]
- RAZ, Joseph 2007, «¿Puede haber una Teoría del derecho?», en *Una discusión sobre la Teoría del derecho*, J. Raz et al., trad. Rodrigo Sánchez Brígido, Madrid, Pons, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa 1998. *La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*, trd. C. Rodríguez, Bogotá, UNC/ILSA.
- y C. A. RODRÍGUEZ-GARAVITO, edtrs. 2005, *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, New Cork, Cambridge.
- 2009, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Carlos Lema intr. y rev. de la trad., Madrid-Bogotá, Trotta-Ilsa.
- SCHAUER, Frederick 2005, «The Social Construction of the Concept of Law: A Replay to Julie Dickson», *Oxford Journal of Legal Studies* 25/3: 493-501.
- 2010, «Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law», *Ratio Iuris* 23/1: 1-21.
- STAVENHAGEN, R. 1995, «Los derechos de los indígenas. Algunos problemas conceptuales», en *Isonomía*, 3 (1995), p. 109-128.
- TAMANAHA, Brian Z. 1997, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Oxford University Press.

- 2001, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, OUP-Oxford Socio-Legal Studies.
- TEUBNER, Gunther 1983, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law». *Law & Society* 17: 239-285.
- 1997, «Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society», en Gunther Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Brookfield, pp. 3-28.
- 2002, «Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria», *European Journal of Social Theory*, Vol. 5, pp. 199-217
- and KORTH, PETER 2010, «Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society», *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Margaret Young, ed., Oxford University Press. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1416041> Última accesión septiembre 2011.
- TWINING, William 2003, *Derecho y Globalización*, trad. O. Guardiola-Rivera et al., Bogotá, Siglo del Hombre.
- 2009, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press.
- WEBER, Max 1979, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, J. Winckelmann edtr., trd. J. Medina y otros, México, FCE.
- ZAGREBELSKY, G. 1995, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, epílogo G. Peces-Barba, Madrid, Trotta.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011

Justicia y mal absoluto*

Por CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

RESUMEN

El problema que abordo en este trabajo gira en torno a los retos que la irrupción del llamado mal radical plantea en las sociedades contemporáneas. Cuando nos preguntamos cómo podemos o debemos enfrentarnos a los terribles hechos que han marcado la historia del siglo xx, estamos reconociendo que en ellos existen elementos nuevos que nos hacen dudar de los mecanismos con los que tradicionalmente el Estado se ha enfrentado a la ilegalidad. Tal vez sea la magnitud del mal, el número de víctimas o el número de ejecutores de ese mal, tal vez sea la intensidad del mismo o la intenciones de sus actores, pero su horror se nos presenta como algo inédito en la historia. Si las categorías tradicionales del pensamiento no sirven para hacer frente a esas realidades, podemos decir que ante el mal absoluto nos encontramos atrapados en un problema irresoluble, ante una aporía entre la in-apropiación de las categorías morales, jurídicas y políticas tradicionales para aprehender la realidad del mal y la necesidad apremiante de conseguir entenderlo. En la búsqueda de este entendimiento se desarrolla este trabajo.

ABSTRACT

The main question of my paper is: How could we respond to the irruption of evil in society? How can we face and oppose the massive violations of

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (CSD2008-0007) y en el proyecto Prometeo (GVPROMETEO2010-099).

human rights? What should we do when those violations are carried on by States or by agents under the cover or tolerance of governments? Such question implies that we acknowledge in it and in the evil it deals with some novelty, a new «being», or a new quality that makes us doubt about the relevance and efficacy of traditional criminal law and sanctions in front of radical evil. It might be so because of the dimensions of the evil done, of the great number of victims and evil-doers, of the character and intensity of the evil itself, or of the intentions and aims of its agents; in any case its horror reveals us as something unprecedented in human history. If the traditional categories of thinking are not useful to conceptualise such reality, before such absolute evil we seem to be somehow trapped in a insoluble problem, in the tension between traditional moral, political and legal notions that are inappropriate to understand the reality of evil and the urgency to explain it. The paper thus intends to take a conceptual path that be able to avoid the obstacles we are confronted when facing absolute evil. To do so, it will have to raise a few questions about the basis of contemporary legal and moral world.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. ¿QUÉ ES EL MAL ABSOLUTO? 2.1 *La conceptualización.* 2.2 *Un mal sin profundidad.*-3. CÓMO ENFRENTAR EL MAL ABSOLUTO. 3.1 *Problemas políticos.* 3.2 *Problemas morales.* 3.3 *Problemas jurídicos.*-4. UNA INQUIETANTE Y BREVE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

¿Cómo podemos vivir con el mal? ¿cómo podemos hacerle frente? Estas preguntas inician el libro de Carlos Nino que se publicó en 1996 bajo el título *Radical Evil On Trial*. En él, el jurista argentino retomaba una antigua tradición filosófica: la complejísima reflexión sobre el mal –para algunos nuestro primer problema teórico– y la sometía a las exigencias del razonamiento jurídico. Nino no pensaba, obviamente, en cualquier mal sino en ese que, tras la historia de sangre del siglo xx, ha sido denominado mal absoluto: «Ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado»¹. Siguiendo los pasos de Nino quiero plantear aquí de nuevo estas preguntas: cómo enfrentarnos al mal, cómo responder a las violaciones masivas

¹ Vid., NINO, C., *Radical evil on trial*, Yale University, New Haven, 1996, p. vii. Existe traducción española de Martín F. Böhmer, *Juicio al mal absoluto*, Barcelona, Ariel, 2006.

de derechos humanos. Cómo hacerlo cuando son cometidas desde el Estado o por quienes cuentan con el consentimiento y la tolerancia de sus gobiernos, consciente desde el inicio que difícilmente hallaremos respuestas.

Pasan los años y los campos de exterminio nazis, los campos de violación en la antigua Yugoslavia, las purgas estalinistas, la matanza de Srebrenica, los crímenes del franquismo o el genocidio de Ruanda no dejan de interpelarnos moralmente, a la vez que cuestionan nuestras más asentadas categorías jurídicas y políticas.

Cuando planteamos la pregunta de cómo podemos o debemos enfrentarnos a los hechos citados, estamos reconociendo que en buena parte de ellos existe un elemento nuevo que nos hace dudar de los mecanismos con los que tradicionalmente el Estado se ha enfrentado a la ilegalidad. Tal vez sea la magnitud del mal, el número de víctimas o el número de ejecutores de ese mal, tal vez sea la intensidad del mismo o la intenciones de sus actores, pero su horror se nos presenta a menudo como algo inédito en la historia.

Si las categorías tradicionales del pensamiento no sirven para hacer frente a esas realidades, podemos decir que ante el mal absoluto nos encontramos atrapados en un problema irresoluble, en una aporía entre la in-apropiación de las categorías morales, jurídicas y políticas tradicionales para aprehender la realidad del mal y la necesidad apremiante de conseguir entenderlo.

En palabras de Richard Bernstein, en «el mal hay algo, [...] que desafía y que se resiste a cualquier comprensión final»² y, no obstante, queremos y necesitamos comprender. Necesitamos, como dice H. Arendt, «examinar y cargar conscientemente con el peso que nuestro siglo nos impuso sin negar la existencia de ese mal y sin someternos mansamente a la carga»³. Esta es entonces la aporía del mal absoluto: su naturaleza insondable ante nuestra necesidad imperativa de llegar hasta el fondo, de conocer los hechos, de condenar a los actores, de aliviar a las víctimas y de evitar en el tiempo la repetición de esos horrores. No responder al mal sería tanto como sucumbir al mismo.

En pos de esta comprensión, nos enfrentamos a un camino lleno de obstáculos, que lleva, en primer lugar, a un intento de aproximación a la realidad del mal absoluto para, en segundo lugar, valorar los retos que el mal plantea al pensamiento moral, político y jurídico contemporáneo.

² BERNSTEIN, R. J., *Radical evil, a philosophical interrogation*, Cambridge, Polity Press, 2002, p. 7. Existe traducción al castellano de M. G. Burelo, *El mal radical. Una indagación filosófica*, Ed. Lilmód, Buenos Aires, 2005, p. 22.

³ «La comprensión, en suma –continúa Arendt– significa un atento e impremeditado enfrentamiento a la realidad, una resistencia a esta, sea la que fuere.» ARENDT, H., *Orígenes del totalitarismo*, traducción de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 1999, p. 5. Traducción levemente modificada por el autor.

2. ¿QUÉ ES EL MAL ABSOLUTO?

2.1 La conceptualización

Los filósofos, los politólogos y especialmente los juristas se sienten incómodos ante el uso del término «mal». Parece más adecuado hablar de injusticia, de violación de derechos humanos, de lo que es inmoral y no ético que de maldad⁴. La maldad no parece una expresión jurídica. Nos gusta repetir que en el proceso no se juzga a las personas sino a sus acciones en la medida en que son violaciones de normas jurídicas.

La palabra «mal» sin calificativos ya nos crea incomodidad e inquietud, las categorías del mal o las declinaciones del mismo no nos ofrece mayor tranquilidad.

Es sabido que fue Kant quien, en su obra *La religión dentro de los límites de la mera razón*, utilizó la expresión «mal radical» para referirse a una propensión de la voluntad a desatender los imperativos morales de la razón o para designar una innata propensión humana a la maldad⁵.

Este concepto de mal, radical en cuanto que tiene sus raíces en la naturaleza del hombre, resulta, sin embargo, insuficiente para dar cuenta de los horrores de los hechos acontecidos a lo largo del siglo xx. Ante las atrocidades de los regímenes totalitarios, el mal obtiene nuevos y terribles significados. Filósofos y pensadores hablan ahora del mal absoluto, o de mal radical en el sentido de mal extremo y también, como sabemos, de mal banal. La novedad de esta realidad del mal es difícil de concretar⁶.

Para Emmanuel Levinas, la novedad del mal radicaría en su desmesura, el mal de Auschwitz, dirá (tomando Auschwitz como representación del sufrimiento gratuito⁷), es un exceso en su esencia misma y en este sentido escapa –como dice Bernstein– a la posibilidad de «síntesis»⁸. La aporía del mal, sería para Levinas la base para afirmar

⁴ Vid., BERNSTEIN, R. J., *op. cit.*, p. 2. En un trabajo posterior Bernstein denunciará, sin embargo, el abuso del término mal en el lenguaje de los políticos y de los medios de comunicación tras los atentados del 11 de septiembre del 2001. De la incomodidad en el uso del término se pasa al abuso del mismo. Véase BERNSTEIN, *El abuso del mal y la corrupción de la política y la religión desde el 11/9*, Buenos Aires, Katz, 2006.

⁵ Vid., KANT, I., *La religión dentro de los límites de la mera razón* (1793), trad. cast. de F. Martínez Marzoa, parte primera, Madrid, Alianza, 1969.

⁶ Sigo ampliamente la interpretación que realiza Bernstein de la obra de E. Levinas, H. Jonas y H. Arendt en relación a la idea de mal.

⁷ Vid., LEVINAS, E., *Entre nous. Essais sur le penser-a-l'autre*, París, Grasset, 1991, p. 108. Existe traducción castellana de José Luis Pardo, *Entre nosotros*, Valencia, Pre-Textos, 1993.

⁸ Vid., BERNSTEIN, R. J., *Radical evil*, cit., p. 174 y LEVINAS, E., «Trascendence et mal» en *De Dieu qui vient à l'idée*, París, Vrin, 1992, p. 197.

que la diferencia entre el bien y el mal precede a la diferencia ontológica. La trascendencia del mal nos lleva a reconocer que la primera pregunta metafísica no es por qué existe algo y no nada, sino por qué existe el mal y no el bien. Lo ético tiene prioridad sobre lo ontológico; lo ontológico presupone lo ético⁹.

Para Hans Jonas, la novedad del mal radicaría en su conexión con las nuevas tecnologías y sus potencialidades. Los horrores del totalitarismo exigen una nueva ética en la medida que hemos podido comprobar por primera vez en la historia que las nuevas tecnologías han transformado la naturaleza y los resultados de la acción humana, que es posible la destrucción del planeta y con él de la vida humana. La nuevas tecnologías hacen que las consecuencias de nuestros actos a menudo excedan lo que podemos preveer. Por ello, Hans Jonas formula un nuevo imperativo categórico «Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra»¹⁰.

Frente a un mal que desborda las categorías filosóficas, que sitúa la ética por delante de la ontología o que exige la formulación de un nuevo imperativo categórico, el concepto de responsabilidad también parece quedar desbordado. Levinas declara la responsabilidad infinita del hombre de cada uno de nosotros por el sufrimiento injustificable de los demás. Una responsabilidad que antepone a mi vida la vida del otro, que no espera reciprocidad alguna. Un exigente concepto de responsabilidad que tiene una dimensión claramente supererogatoria ¿?, es decir, que supera las categorías morales y, sobre todo, jurídicas. Pero ¿es exigible la santidad? Levinas sólo nos dice que «no podemos dejar de admirar a la persona que en su ser está más ligada al ser del otro que al suyo propio. Creo –dirá– que lo humano comienza en la santidad; no en consumarla, sino en el valor que ésta tiene. Es el valor primero, un valor incuestionable»¹¹.

Un mal absoluto genera una responsabilidad infinita, según Levinas. De la misma manera, Hans Jonas, y desde presupuestos distintos, nos sitúa frente a una responsabilidad del todo abrumadora. La dimensión del «silencio de Dios» ante Auschwitz es directamente proporcional a la dimensión de la responsabilidad del hombre. Estamos, pues, ante una responsabilidad ilimitada que se nos impone en virtud de nuestra propia condición humana. Si no podemos escapar del mal, tampoco podemos librarnos de nuestra responsabilidad¹².

⁹ LEVINAS, E., «Trascendance et mal», cit., p. 201. Trad. mía.

¹⁰ JONAS, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995, p. 40.

¹¹ LEVINAS, E., «Le paradox of Morality: An Interview with Emmanuel Levinas», en *The Provocation of Levinas: Rethinking the Other*, ed. Robert Bernasconi and David Wood, London, Routledge, 1988, pp. 172-173. Tomo esta cita de Bernshtein, R. *Radical evil*, cit., p. 179. Trad. mía.

¹² Vid., BERNSTEIN, R.J., *Radical evil*, cit., p. 204.

Ciertamente, las reflexiones de Emmanuel Levinas, de Hans Jonas y de tantos otros pensadores que se enfrentan al problema del mal como el problema filosófico más relevante de nuestro época, nos llenan de perplejidades y si bien nos impulsan en nuestro inevitable esfuerzo hacia la comprensión de nuestra historia, también nos sitúan en una posición de impotencia. Necesitamos comprender lo incomprendible, pensar lo impensable, pero también necesitamos pautas para la acción, pautas para actuar después de la catástrofe. En Levinas y Jonas el reclamo a una responsabilidad infinita aparece como un instrumento para evitar que determinadas acciones vuelvan a repetirse. Pero nosotros necesitamos, no solo comprender el Mal, no solo tratar de evitarlo, sino también enfrentarnos a las consecuencias del mismo: ¿qué ocurre con las víctimas? ¿qué merecen los verdugos? ¿cómo la comunidad política debe enfrentarse a ese océano de sufrimiento presente en nuestra realidad? Es aquí donde la obra de Hanna Arendt resulta fundamental. Arendt, como otros pensadores, quiere entender la vinculación del mal con la condición humana, descende así a los orígenes de totalitarismo. Pero Arendt se enfrenta también al problema jurídico-político de tratar las consecuencias del horror. Frente a Jonas o Levinas, Arendt tendrá que pensar el mal en los límites de un proceso judicial y en el contexto de un Estado de Derecho. Su esfuerzo teórico sirve de puente para unir las exigencias filosóficas de la reflexión sobre el mal con la exigencias jurídicas.

2.2 Un mal sin profundidad

Hanna Arendt, como tantos otros, describe el mal que marca la historia del siglo xx como un mal sin precedentes. Un mal a veces denominado radical, en un sentido diferente al kantiano, otras extremo o banal. El mal radical del que habla Arendt es el que nace de los totalitarismos y que se manifiesta en un plan sistemático de destrucción de lo humano. En el contexto del campo de concentración, los hombres sufren un proceso de deshumanización que hace que su vidas resulten superfluas.

En primer lugar, a los prisioneros del campo se les niega la personalidad jurídica¹³, las sanciones o las penalidades que se infligen a las víctimas no son consecuencia de sus acciones. En el campo de concentración no hay derechos pero tampoco delitos ni sanciones. Se trata de un espacio fuera del sistema del derecho penal donde «el verdugo no justifica el trato que dispensa a la víctima, pues si reconociera que el daño que le causa es justo, estaría apelando a un marco compartido de normas y valores»¹⁴.

¹³ Vid., ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p. 545.

¹⁴ MARRADES, J., «La radicalidad del mal banal», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 35, 2007, p. 82.

Donde no se reconoce el principio de responsabilidad de los propios actos no existe ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, se busca la destrucción de la personalidad moral, la preparación de cadáveres vivos¹⁵, mediante la anulación de la capacidad de elegir entre el bien y el mal «La víctima del poder totalitario no puede elegir entre el bien y el mal, pues la única alternativa que le queda para evitar un mal es cometer otro: colaborar con el verdugo, para eludir su propia muerte; suicidarse, para no dañar a otros»¹⁶. Así el sistema totalitario pone fin a la capacidad de juicio moral corrompiendo toda solidaridad humana. Hacer el bien resulta imposible: «la complicidad conscientemente organizada de todos los hombres en los crímenes de los regímenes totalitarios se extiende a las víctimas»¹⁷.

Finalmente se pretende la destrucción de la individualidad personal negando la espontaneidad, «el poder del hombre para comenzar algo nuevo a partir de sus propios recursos, algo que no puede ser explicado sobre la base de reacciones al medio ambiente y a los acontecimientos»¹⁸. La manifestación más clara de la destrucción de la individualidad se produce cuando el hombre queda reducido a un muñeco fantasmal (un cadáver vivo), cuyo comportamiento no es más que un haz de reacciones, la última de las cuales es dirigirse como un robot hacia su propia muerte en la cámara de gas. «Borrar la frontera entre lo probable y lo improbable, de manera que pueda esperarse cualquier cosa. Así puede expresarse el ideal totalitario de negación de la individualidad del hombre»¹⁹ y por tanto de pluralidad de la humanidad.

El proyecto de hacer de los seres humanos realidades prescindibles o seres superfluos define la idea de genocidio. La voluntad de aniquilación de un pueblo, de un grupo, presupone esta consideración del carácter superfluo de sus miembros. El genocida considera que determinados grupos de personas debería desaparecer de la faz de la tierra, el mundo puede prescindir de ellos, es decir, su presencia en la tierra es del todo superflua. Por esta razón, el proyecto de exterminio de un pueblo o colectivo de personas trasciende a sus propias víctimas, tiene efectos sobre la comprensión de lo que es la humanidad y constituye una ofensa a la humanidad misma.

Ciertamente, la novedad de ese mal que se desarrolla bajo el totalitarismo no reside en su totalidad en la terrible materialización de ese proyecto de destrucción de lo humano sino también en las motivaciones e intenciones de los actores de ese proyecto. Hablar del mal nos lleva siempre necesariamente a hablar de intencionalidad o de culpa.

¹⁵ *Vid.*, ARENDT, H., *op. cit.*, p. 548.

¹⁶ MARRADES, J., *op. cit.*, p. 83.

¹⁷ ARENDT, H., *op. cit.*, p. 549.

¹⁸ *Ibidem*, p. 552.

¹⁹ MARRADES, J., *op. cit.*, p. 83.

La intencionalidad de los agentes del mal varía. En algunos casos, Arendt identifica sentimientos terribles pero humanos como es el resentimiento, el sadismo, la humillación, la codicia o el afán de poder. En otros casos, el mal infligido es el fruto de una adhesión ciega a una determinada ideología. Para Arendt en la historia de los crímenes del nazismo se produce un cambio:

En los primeros campos de concentración y en las celdas de la Gestapo [se dio] una tortura irracional y de tipo sádico. Tras la que existía a menudo un odio y un resentimiento profundos contra los que social, intelectual o físicamente eran mejores que ellos. Ese resentimiento, que nunca se extinguió enteramente en los campos, nos sorprende como el último vestigio de un sentimiento humanamente comprensible.

El verdadero horror comenzó, sin embargo, cuando los hombres de las SS se encargaron de la administración de los campos. La antigua bestialidad espontánea dio paso a una destrucción absolutamente fría y sistemática de los cuerpos humanos, calculada para destruir la dignidad humana. La muerte se evitaba o se posponía indefinidamente. Los campos se convirtieron en «terrenos de entrenamiento» en los que hombres perfectamente normales eran preparados para llegar a ser miembros de pleno derecho de las SS²⁰.

En el segundo supuesto, la muerte o el sufrimiento de las víctimas no constituye un medio para la consecución de un fin y, por tanto, los guardias no son culpables de violar, en este sentido, el imperativo categórico kantiano. Por otra parte, si hacer el mal es algo en lo que hay que entrenarse, el mismo mal pierde una de sus cualidades definitorias tradicionales, deja de ser una tentación. Como la propia Arendt dirá, hablamos de crímenes que «no están contemplados en los Diez Mandamientos»²¹.

A la reflexión de H. Arendt sobre el mal, elaborada en su obra *Los orígenes del totalitarismo*, se sumará, diez años después, sus consideraciones a propósito del juicio celebrado en Jerusalem contra Adolf Eichmann²². Al esfuerzo por comprender qué es el mal, Arendt añadi-

²⁰ ARENDT, H., *op. cit.*, pp. 550-551.

²¹ Así le explicaba Arendt en una carta a K. Jaspers la radicalidad de un mal que no responde ya al vicio del egoísmo ni a los pecados o debilidades humanamente comprensibles. ARENDT, H./JASPERS, K., *Correspondance 1926-1969*, ed. Lotte Kohler y Hans Saner, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1992, 166. Tomo la cita del Richard J. Bernstein, *Radical evil*, p. 207.

²² Diez años después de la publicación de *Los Orígenes del Totalitarismo*, en 1961, Hanna Arendt recibió el encargo de informar a los lectores del «New Yorker» sobre el juicio que se iba a celebrar en Jerusalem contra Adolf Eichmann. Desde su posición de reportera, observar el proceso, los movimientos del imputado, el papel de los medios de comunicación o los testimonios de las víctimas, llevarán a Arendt a repensar algunas de sus anteriores reflexiones sobre el mal. Así, en 1962, aparecerá la primera edición de su famosa obra *Eichmann en Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, New York, Viking Press, 1962. Citaré esta obra en su versión castellana *Eichmann in Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, trad. cast. de Carlos Ribalta, Barcelona, Lumen, 1999.

rá ulteriores reflexiones sobre la posibilidad de someter el mal a juicio o de aplicarle las reglas del proceso. Arendt entiende claramente que en el proceso a Eichmann los jueces se enfrentan a un nuevo tipo de crimen que ofende a la humanidad y a un nuevo tipo de criminal que es en realidad un *hostis humani generis*.

El juicio a Eichmann pondrá en evidencia que los crímenes del nazismo no nos hablan sólo de perversiones morales, de sujetos psicópatas, de odio, pasiones incontroladas o fanatismos ideológicos sino ante todo de «hombres perfectamente normales» que actuaron guiados por intereses menores o extraordinariamente superficiales o banales.

Cuando Arendt observa a Eichmann, cuyas acciones llevaron a la muerte a miles de personas, no ve un monstruo de maldad sino un funcionario gris sin especiales convicciones ideológicas y sin un enfervorizado antisemitismo²³. La personalidad de Eichmann, quien nunca mató a nadie con sus propias manos, contiene una clave para la comprensión del genocidio o los delitos de lesa humanidad como procesos en los que miles de personas colaboraron en mayor o menor medida en la muerte y tortura de otras tantas. Cómo explicar que ciudadanos normales pasaran a las filas de la delación, de la colaboración, complicidad o autoría. Muchos de ellos, mostrará Arendt, actuaron banalmente y el terrible mal que crearon e inflingieron fue posible por la irreflexividad de sus decisiones, por la suspensión de la propia capacidad de juicio, por la renuncia, también aquí, a un elemento que define nuestra condición de humana.

Cuando hablamos de genocidio o de violaciones masivas de los derechos humanos el número es un elemento definitorio. Un número elevado de víctimas exige un número elevado de verdugos. Poblaciones que hasta ayer vivían pacíficamente, se despiertan hoy unidas contra un grupo y, en colaboración con las autoridades, dispuestas a la negación del otro. Si no es verosímil imaginar que las personas que hasta ayer vivían una vida normal, hoy se hayan convertido por cientos en psicópatas, entonces tendremos que pensar que el caso de Eichmann contiene mayor capacidad explicativa que la que le circunscribe a su persona y acciones.

²³ Como explica Berstein Arendt plantea el problema del mal sin intención. «*In our common moral discourse (as well as in the philosophical) there has been a well-entrenched belief that those who commit evil deeds must have evil motives. The more evil the deeds, the more wicked are the motives. This is the belief that Arendt is critiquing. Individuals who are neither monsters, perverts, sadist, nor ideological fanatics, individuals who are motivated by little more than ambition, the desire to please their superiors and advance their careers can—in the circumstances of totalitarianism—commit the most horrendous evil deeds. In a different society and in a different historical circumstances, Eichmann might well have been an innocuous petty bureaucrat... What is so frightening about the bureaucratic conditions of modernity is that they increase the potential for this sort of evil. And just as Arendt claims that radical evil remains a live possibility even after the end of totalitarianism regimes, so this is true of the banality of evil*» (BERNSTEIN, R.J., *Radical evil*, cit., p. 232).

La banalidad del mal significa negar al mismo cualquier profundidad, cualquier épica o grandeza, no hay lugar para la mítica, no estamos ante hechos sobrehumanos, ni ante sujetos demoniacos sino ante seres humanos a los que podríamos calificar como «normales» y al mismo tiempo como agentes del mal absoluto. Personas, en cuyas acciones observamos cómo, terriblemente, el mal se separa de la culpa o de la intención. Este reconocimiento, la idea de que el mal absoluto constituye un proyecto a gran escala de negación de lo humano, hecho posible con la colaboración de cientos de personas movidas muchas de ellas por fines superficiales, no va a facilitar, desde luego, la posibilidad de enfrentarnos a las consecuencias de ese mal con los instrumentos del Estado de Derecho.

3. CÓMO ENFRENTAR EL MAL ABSOLUTO

Siguiendo el esquema de Carlos Nino, pensar en cómo enfrentarnos al mal absoluto nos sitúa ante tres órdenes de problemas: políticos, morales y jurídicos. Ciertamente, la separación entre estos tres órdenes resulta un poco forzada e imposible de mantener de forma estricta. Aunque, considero, resulta útil a la hora de ordenar la multitud de cuestiones que aquí se suscitan.

3.1 Problemas políticos

Tras una realidad como la descrita por Hanna Arendt, tras un genocidio, tras un conflicto bélico o un proceso de cambio de régimen político construido sobre masivas violaciones de derechos, el rastro de dolor y violencia resulta insoportable. Parece inexcusable recordar a las víctimas, hacer memoria, analizar lo pasado, sancionar a los culpables, elaborar un relato público de los hechos ocurridos, descender hasta los detalles para comprender y superar ese terrible momento de la historia. Paradójicamente, como todos sabemos, a menudo las sociedades dañadas por estos procesos, han abrazado, como comunidad política, el ideal del olvido como la mejor manera de superar el mal. La capacidad de respuesta ante el mal parece descender a medida que aumenta su gravedad y finalmente la historia del mal extremo es la historia de la desmemoria política y de la impunidad jurídica. Por eso, cuando pensamos en hacer frente al mal debemos previamente resolver el dilema político que se extiende entre la memoria y el olvido. Como comunidad, como colectivo ¿queremos verdaderamente hacer memoria? ¿nos conviene recordar? o ¿el recuerdo impedirá la paz social y nos empujará de nuevo a una escalada de violencia?

Obviamente en esta valoración influyen distintos elementos, que han sido estudiados en numerables trabajos. No será lo mismo que

afrontemos una transición política a la que algunos de los actores de las violaciones de derechos se suman y permiten el paso a un sistema democrático que un régimen que cae colapsado como el argentino, una restauración como la que se produce en Austria o una devastación como la que sufre Alemania. No será igual, si los estragos son causados con gran implicación de la población o por ejércitos o por guerrillas extranjeras. Los números también serán determinantes y, desde luego, la crueldad de los hechos ocurridos.

Por otra parte, la reconstrucción de la memoria puede pretender realizarse bajo iniciativas políticas de reconstrucción de los hechos, respeto y reconocimiento público de la víctimas o por comisiones de la verdad, pero nada puede sustituir a la instancia judicial en la aspiración de concretar las responsabilidades individuales y sancionar a los culpables.

Cuando todas las expectativas de justicia quedan reducidas a procesos judiciales, inevitablemente sobre ellos se fundan las esperanzas no solo de justicia individual sino de justicia colectiva. La responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual parecen una misma cosa. Pero a la Administración de Justicia se le pide demasiado.

El Estado utiliza la potente simbología del proceso penal para fines que no son meramente punitivos o disuasorios. El proceso, como sostiene Martti Koskenniemi, adquiere un sentido religioso y, a través del mismo, el Estado actúa como un agente moral. Es el simbolismo del proceso penal el que permite a la comunidad afirmar sus principios fundamentales y convertirse en una comunidad moral viable²⁴. Si el proceso es internacional la comunidad moral que se afirma es la comunidad internacional.

Por otra parte, las víctimas esperan del proceso una forma de hacer memoria colectiva, una oportunidad de ser oídos públicamente, un reconocimiento oficial a su dolor... No buscan, sólo la condena del imputado sino el reconocimiento público del mal que les ha sido infligido. Del proceso se espera todo aquello que, tal vez, hubiera podido realizar mejor, o debiera haber realizado, una comisión de la verdad (reconstrucción de los hechos o un espacio para escuchar el relato de la víctimas) o unas políticas activas de los gobiernos en el tratamiento de las víctimas.

Pero reconstruir la memoria o afirmar los valores morales de la comunidad sólo a través del proceso tiene sus peligros. Como nos recuerda Koskenniemi, la reconstrucción de la verdad en el proceso no puede contar con la dócil colaboración del acusado. Para que el proceso sea legítimo, el acusado debe en cierta medida expresarse. Pero en este caso, podrá poner en cuestión la versión de la verdad pre-

²⁴ Vid., KOSKENNIEMI, M., *La politique du droit International*, trad. fran. H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez y A. Martineau, Paris, Editions A. Pedone, 2007, p. 236.

sentada por el Fiscal y relativizar la culpabilidad que le imputa²⁵. Dar la palabra al acusado supone tener que oír, a veces, tesis negacionistas o la reafirmación de ideales de violencia.

Para transmitir una verdad histórica clara a la audiencia el proceso debería hacer callar al imputado. Transformándose así en un proceso espectáculo. En este caso la justicia se muestra como justicia de los vencedores y la condena carece de valor moral universal. Entender la justicia penal como un instrumento de verdad y de memoria, de divulgación es importante por razones que no tienen que ver con la condena del individuo. Podemos hablar de un deber de memoria pero la memoria no es algo que pueda fijarse de manera autoritaria por un proceso jurídico²⁶.

Pretender que el proceso actúe de esta manera, como decía, resulta excesivo y propicia el equívoco entre la responsabilidad individual, que es la única que puede sustanciarse en un proceso, y la responsabilidad colectiva. Sugiere que es posible la culpa colectiva cuando la culpa es solo individual.

En el ámbito internacional, los realistas siempre han señalado la debilidad de los procesos jurídicos que no pueden aprehender la amplitud de los acontecimientos de la política internacional²⁷. Para el realista Hans Morgenthau, por ejemplo, el proceso solo ilumina un aspecto del conflicto deformándolo, es individual y el conflicto es global y por tanto es contra-productivo respecto al objetivo perseguido inicialmente que es el de encontrar la reconciliación y la verdad. El hecho de poner el acento sobre los individuos ofrece una coartada para exculpar a las poblaciones de su responsabilidad²⁸. La reflexión de Morgenthau recuerda también posiciones como las de C. Schmitt quien, como es sabido, se resiste a admitir que una guerra pueda ser considerada una violación del Derecho y sus responsables puedan ir a juicio²⁹ o, desde una posición ideológica contraria, a las de T. Judt «Precisamente a causa de haber establecido tan absolutamente la culpabilidad personal de los dirigentes nazis, muchos alemanes se sintieron con derecho a creer que el resto de la nación era inocente, que los

²⁵ Koskenniemi pone el ejemplo del proceso a K. Barbie, en el que la defensa del abogado Jaques Vergès se basa en la denuncia de los crímenes del Estado francés en Argelia, utilizando la técnica, denominada por el profesor finlandés del «*tu quoque*», con «*un effect public maximal, de démontrer, qu'en fin de compte, il n'y avait pas de différence essentielle entre les agissements de Barbie a Lyon et le racisme français durant l'ère coloniale*» (KOSKENNIEMI, M., cit., p. 257).

²⁶ Vid., KOSKENNIEMI, M., cit., p. 261.

²⁷ Vid., KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2002, pp. 440-445.

²⁸ Vid., MORGENTHAU, H. J., *The Decline of Democratic Politics*. The University of Chicago Press. Chicago, 1969, pp. 432. Cfr. Del mismo autor, MORGENTHAU, H. J., *La Lucha por el Poder y por la Paz*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.

²⁹ Vid., SCHMITT, C., *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del «ius publicum europaeum»* trad. cast. de Dora Schilling Thon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

alemanes como colectivo, eran tan víctimas pasivas del nazismo como cualquier otro»³⁰.

Otros juristas han valorado también negativamente el papel de la justicia penal con miras a la reconstrucción del sistema democrático. Es el caso de Samuel Huntington quien considera que los procesos de justicia retroactiva deben ser gestionados exclusivamente por la política, dado que los costos de las persecuciones penales sobrepasan los sus beneficios morales. La democracia se basa en la reconciliación y en dejar atrás las divisiones, por otra parte, las amnistías crean bases sólidas para la democracia³¹. O, desde un presupuesto bien diverso, el de Bruce Ackerman que nos recuerda que la adscripción de responsabilidades, la justicia retroactiva, podría engendrar resentimiento, crear profundas divisiones entre varios sectores de la sociedad e inevitablemente exacerbar las dificultades inherentes que supone lograr la justicia retroactiva³². Frente a ambos, Nino ve en los juicios por violaciones de derechos humanos cometidos en el pasado magníficas ocasiones para la deliberación social y el examen colectivo de los valores morales que fundamentan las instituciones públicas³³. «Todo dependerá de lo que haga a la democracia un sistema autosuficiente [...] Tal vez existan circunstancias en la que los juicios y la investigación de abusos de los derechos humanos socavan la estabilidad democrática. Pero puede ser también verdad que la estabilidad alcanzada al desistir de la justicia retroactiva socava los valores morales que fundamenten el sistema democrático».

Al final, la renuncia al instrumento judicial solo puede ser defendida desde el pragmatismo, desde el consecuencialismo, ningún argumento de tipo sustancial puede fundamentar la impunidad.

En mi opinión, tal vez el problema resida en cifrar todas las esperanzas de justicia en los procesos penales o en situarnos ante la falsa alternativa de deber elegir entre las medidas políticas y las medidas judiciales como si se tratará de procedimientos autoexcluyentes. O nos enfrentamos a las masivas violaciones de derechos humanos únicamente con procedimientos judiciales o únicamente con medidas políticas, estas últimas a menudo como coartada para la inacción y la impunidad. En realidad, más que ante un dilema nos encontramos ante procedimientos que deberían ser complementarios. Podemos

³⁰ JUDT, T., *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, trad. cast. de Jesús Cuéllar y Victoria E. Gordo del Rey. Madrid, Taurus, 2006, p. 94.

³¹ *Vid.*, HUNTINGTON, S.P., *The third Wave: Democratization in the Late twentieth Century*, Norman: University of Oklahoma Press, 1991, p. 221.

³² *Vid.*, ACKERMAN, B., *The Future of Liberal Revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992, pp. 72-73. Existe traducción española de Jorge Malem, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995.

³³ «Cuando se investigan y juzgan abusos masivos a los derechos humanos, propiciamos la deliberación pública, la dinámica que provocó esas violaciones deviene en objeto de crítica colectiva y de la discusión pública. Lo que se discute es el valor mismo de la democracia» (NINO, C., *op. cit.*, pp. 198-199).

reconocer parte de razón en las palabras de Morgenthau y afirmar que la responsabilidad colectiva no se puede sustanciar en un proceso, «una tragedia puede ser tan grande que castigar a un individuo nunca es una respuesta adecuada», pero esta afirmación no nos puede conducir a cejar en nuestro empeño de concretar las responsabilidades individuales. Al fin y al cabo porque como sostiene Hannah Arendt, «donde todos son culpables nadie lo es»³⁴.

Así deberíamos admitir que existe la responsabilidad colectiva y que respecto ella se dirige nuestro deseo de educar a la gente y de hacerles comprender las verdades históricas. Aceptamos, así, algunos presupuestos de las teorías realistas: la necesidad de tomar en consideración el contexto o considerar el conflicto como algo no estrictamente individual. Sin embargo, deberíamos admitir también que si la responsabilidad puede ser colectiva nunca puede serlo la culpa, que esta es solo individual³⁵ y que es la responsabilidad que genera la que se debe exigir y sustanciar en un proceso. Admitimos el presupuesto del realismo pero negamos su conclusión, es decir, negamos la idea de que el Derecho no tiene nada que decir ante los crímenes más graves que podemos imaginar.

3.2 Problemas morales

El dilema entre la memoria y el olvido constituye en sí mismo un agravio para las víctimas. Tal vez una comunidad, pragmáticamente, pueda renunciar a un relato de los hechos, pueda renunciar a conocer su historia, a dar a las víctimas el reconocimiento, a asumir su responsabilidad colectiva. Pero ¿resulta moralmente admisible para una sociedad no perseguir, castigar las violaciones de derechos humanos? ¿puede un Estado de Derecho negar la tutela judicial a la víctimas de un delito? ¿puede la Administración de Justicia negar protección a la víctimas de crímenes contra la humanidad y perseguir a los ladrones o a los que defraudan al fisco?

Cuando renunciamos al instrumento penal en pos de la paz social o del perdón colectivo, cuando descartamos el proceso para sustanciar responsabilidades en nombre de la reconciliación ¿no está el Estado tomando decisiones que son estrictamente individuales? ¿puede el Estado obligar a que la propia individualidad de la víctimas se disuelva en la sociedad? En este sentido van las palabras de Jean Améry cuando afirmaba «una disponibilidad a la reconciliación proclamada públicamente por la víctimas del nazismo no puede representar más que insensibilidad e indiferencia frente a la vida o conversión masoquista de una exigencia de venganza *auténtica* reprimida. Solo perdo-

³⁴ ARENDT, T.H., *Responsability and Judgment*, New York, Schocken books, 2003, p. 28.

³⁵ *Ibidem*, p. 29.

na realmente quien consiente que su individualidad se disuelva en la sociedad y quien es capaz de concebirse como función del ámbito colectivo, es decir, como sujeto embotado e indiferente»³⁶.

Si decidimos, así, que la vía penal es imprescindible en un proceso de justicia transicional, tendremos que admitir, no obstante, que hemos iniciado un camino lleno de dificultades. Si hablamos de miles de muertes, si los culpables también se cifran por miles, si no hay, por ejemplo, posible proporción entre la acción que debemos juzgar y las sanciones de las que disponemos, la dudas acerca de la adecuación del instrumento penal reaparecen. Ahora la duda relevante no es acerca de la capacidad de los procesos judiciales para crear paz social o para servir a los fines de la estabilidad de la democracia, sino acerca de la posibilidad efectiva de la individualización de la responsabilidad frente a las violaciones masivas de derecho humanos. Aquí un gran sentimiento de impotencia nos embarga, para Nino íntimamente relacionado con la idea de que las metas que justifican el castigo son difícilmente alcanzables en las circunstancias de los genocidios o crímenes de lesa humanidad³⁷.

El primer lugar, se duda sobre la posibilidad de alcanzar el fin de la prevención general. Si los crímenes –dirá Koskeniemi– contra la humanidad provienen de un mal que supera las fronteras de la racionalidad instrumental y que no tiene objetivo más allá de sí mismo, los cálculos relativos a la probabilidad de una pena futura, no entran, por definición, en el juego. Simplemente no hay cálculo³⁸.

En el mismo sentido que Koskeniemi, Hanna Arendt sostiene que «es propio de la naturaleza humana que todo acto ejecutado una vez e inscrito en los anales de la humanidad siga siendo una posibilidad mucho después de que la actuación haya pasado a formar parte de la historia. Jamás ha habido castigo dotado de suficiente ejemplaridad para impedir la comisión de delitos. Contrariamente, sea cual fuere el castigo, tan pronto un delito ha hecho su primera aparición en la historia, su repetición se convierte en una posibilidad mucho más probable que su primera aparición»³⁹.

Por lo que se refiere a la prevención especial, de un lado, es difícil imaginar la reinserción social de los partícipes en un genocidio, que puedan reformarse con penas de prisión, de otro, no es razonable considerar que vayan a cometer nuevos delitos; la sociedad no tiene ninguna necesidad de protegerse de ellos⁴⁰.

³⁶ ARMERY, J., *Mas allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, trad. cast. de Eduardo Aznar Anglés, Valencia, Pre-Textos, 2001, p. 152.

³⁷ *Vid.*, NINO, C., *op. cit.*, p. 201.

³⁸ *Vid.*, KOSKENIEMI, M., *op. cit.*, p. 234.

³⁹ ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalem*, cit., p. 395.

⁴⁰ *Vid.*, ARENDT, H., *Responsability and Judgment*, cit., p. 56.

También se duda sobre la posibilidad de que la penas que se puedan imponer a estos delitos puedan alcanzar el fin de la retribución. No podemos hablar de retribución, se nos dice, en la medida en que salda la proporción entre los hechos y el castigo. ¿Cómo podemos distinguir el castigo de esos hechos del que damos a un crimen ordinario? Parece evidente que la condena o no de Milosevic no es respuesta «adecuada» a la muerte de 200.000 personas⁴¹. Algunos juristas y politólogos consideran, así, que ante el mal absoluto la sanción queda descarnada de cualquier teoría que pueda justificarla. Si no cabe ni la retribución, ni la prevención ¿por qué deberíamos castigar?

Creo, sin embargo, que antes de contestar a esta pregunta deberíamos cuestionar algunas de las tesis que la sustentan:

(i) Las afirmaciones sobre la imposibilidad de que la pena pueda disuadir o pueda realizar la función de prevención general, siendo persuasivas son incontrastables o imposibles de verificar. Lo único que sabemos mirando al pasado es que los peores crímenes quedaron impunes y que si alguno de ellos se repitieran en nuestros días los instrumentos con los que contamos todavía no nos permitirían superar la generalizada impunidad.

Sabemos, asimismo, que la publicidad con la que muchos de estos crímenes se realizaron sugiere que sus autores consideraban improbables los castigos presentes y futuros. Es difícil pensar que este altísimo sentimiento de impunidad no juegue un rol decisivo a la hora de determinar las posiciones de tantos colaboradores en las violaciones masivas de derechos.

Necesariamente, también deberíamos tener en cuenta los distintos contextos y las distintas personalidades criminales a las que nos estamos enfrentando. De nuevo, no será igual si hablamos de los crímenes del nazismo o si pensamos, por ejemplo, en el caso argentino.

(ii) Por otra parte, cabría también señalar que la impotencia que nos genera la dificultad de alcanzar los fines de la pena en los procesos contra violaciones masivas de los derechos humanos, la podemos sentir también ante otro tipo de delitos que podríamos considerar menores u ordinarios. En numerosas ocasiones el castigo generalizado de ciertas ilegalidades no logra disuadir su comisión. A veces, nos encontramos supuestos en que el castigo solo se justifica por una retribución⁴² en la que no hay proporción posible.

Obviamente, responder a la pregunta de por qué debemos castigar, pasa por admitir que en toda sanción penal persiste el elemento de la retribución (con mayor o menor proporcionalidad) y que la imposibilidad de conseguir otros objetivos no nos hace renunciar a la misma.

⁴¹ Vid., KOSKENNIEMI, M., *La politique du droit*, cit., p. 229.

⁴² Nino intenta sortear este problema construyendo una teoría propia de justificación de la pena: la teoría del consentimiento. Vid., NINO, C., *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, Gedisa, 2009.

Tal vez ante el mal extremo la reacción del derecho no parezca suficiente o adecuada, pero cabría recordar que no contamos con ningún instrumento mejor o alternativo. El problema que nos muestra el castigo del mal absoluto no es otro, en definitiva, que el eterno problema de la pena y sus fines.

Juzgamos porque nos parece mejor el procesamiento de los actores de las violaciones de derechos que la inacción, nos parece mejor el castigo que la impunidad. Porque, en definitiva, afirmamos el derecho y sus presupuestos morales. Si en el Lager no había derecho, si a las víctimas se les negaba el reconocimiento de su personalidad jurídica, si sus sufrimientos no eran la consecuencia de ninguna acción sino del arbitrio, el proceso penal nos ofrece la posibilidad de revertir este camino. Puesto que, citando de nuevo a Hannah Arendt, «la ley presupone precisamente que existe una comunidad en lo humano con aquellos a quienes acusamos, juzgamos y condenamos»⁴³.

3.3 Problemas jurídicos

Si pensamos ahora en los problemas estrictamente jurídicos el primero, sin lugar a dudas, es el problema de la irretroactividad del derecho sancionador. Todo jurista sabe que una norma sancionadora no puede aplicarse retroactivamente, opera sobre la misma una prohibición que se basa en la idea de que no sería correcto que una persona fuera condenada por una acción que en el momento en que la cometió no constituía, para el ordenamiento jurídico al que estaba sometido, delito alguno.

El principio de irretroactividad de la ley penal es una expresión del imperio de la ley, de la racionalidad del Derecho y del ideal de seguridad jurídica. Para Lon Fuller constituía uno de los elementos que configura aquello que él denominaba el *derecho natural procesal*. La retroactividad no puede ser una característica del derecho porque este, por naturaleza, es lo contrario a la arbitrariedad.

La irretroactividad de las leyes sancionadoras constituye, así, un obstáculo para procesar y condenar a los actores de violaciones masivas de derechos humanos allí donde estas han sido cometidas amparadas por un ordenamiento jurídico, por la Administración del Estado o con su colaboración. El problema de la irretroactividad, aunque ha sido paliado con el desarrollo del derecho penal internacional, persiste en la mayoría de procesos por violaciones masivas de derechos humanos.

¿Es la irretroactividad penal un principio inamovible o puede excepcionarse ante la realidad del derecho injusto? Muchas respuestas se han dado a este problema. Para Judith Sklar, situados ante el dilema de hacer prevalecer la justicia o la ley deberíamos valorar qué pesa más si el mantenimiento de la legalidad o los beneficios que este tipo de

⁴³ ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalem*, cit., p. 364.

juicios producen al despertar una conciencia legal⁴⁴. Si no nos satisface, sin embargo, una respuesta consecuencialista a la manera de Sklar, entonces inevitablemente debemos entrar en una reflexión más profunda que nos conduce a la concepción de Derecho, a la justificación del deber de obediencia al derecho y, de nuevo, a los fines de la pena.

Hans Kelsen en 1947, y valorando el trabajo realizado en los procesos de Nuremberg, afronta el problema de la retroactividad del derecho penal de manera un tanto sorprendente. Primero Kelsen relativiza la norma o regla de la irretroactividad. Se trata de una regla no absoluta que coexiste en nuestros ordenamientos junto con otras reglas en cierta medida contrarias como aquella que sostiene que «la ignorancia de la ley no excluye su cumplimiento». En la base de la regla de la no retroactividad subyace el principio de que el derecho no se debe aplicar a una persona que no lo conoce. Sin embargo, el desconocimiento del derecho no libera a los individuos de sus deberes jurídicos. Desde el punto de vista psicológico del sujeto al que van dirigidas las prescripciones legales, no hay diferencia alguna entre una norma que se le aplique retroactivamente o una norma, desconocida para él, que se le aplique no retroactivamente.

Pero si no aceptamos una respuesta consecuencialista al problema de la retroactividad del derecho tampoco podemos aceptar una respuesta construida sobre lo meramente psicológico o subjetivo. Por ello, en segundo lugar, Hans Kelsen irá más allá y sostendrá que la norma que establece la irretroactividad de las normas sancionadoras está basada en un principio de justicia que entraría en conflicto con otros principios del ordenamiento jurídico. De una argumentación basada en reglas pasa así a una argumentación basada en principios, elementos, ciertamente, extraños a la Teoría Pura del derecho. En el caso en que dos postulados de justicia estén en conflicto entre ellos, dirá el jurista austriaco, el mayor o el más alto, debe prevalecer. Castigar a aquellos que fueron moralmente responsables de los crímenes internacionales durante la II Guerra mundial puede ser considerado, sin lugar a dudas, más importante que aplicar la regla, relativa y abierta a tantas excepciones, contra las leyes *ex post facto*⁴⁵. Cuando Kelsen valora el trabajo realizado por los jueces en los procesos de Nuremberg, encuentra muchas razones para la crítica pero ninguna de ellas tiene que ver con la violación de principio de irretroactividad de la ley penal.

Ciertamente, solo desde un positivismo más radical que el de Hans Kelsen, solo desde el positivismo ideológico puede entenderse que cualquier prescripción emanada de un órgano que detenta el monopo-

⁴⁴ Vid., SKLAR, J.N., *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁴⁵ Vid., KELSEN, H., «Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in International law?», *The International Law Quarterly*, 1947, vol. 1, núm. 2. p. 15.

lio de la fuerza en una sociedad contiene en sí misma las razones que justifican la acción. Desde cualquier otra posición deberemos admitir que las normas jurídicas por sí mismas no constituyen razones operativas para justificar acciones o decisiones.

La debilidad del positivismo ideológico nos lleva a la búsqueda de una fundamentación del deber de obediencia basada en principios morales puesto que sabemos que el derecho solo puede producir razones para la obediencia si está respaldado por principios morales. Ahora nos enfrentamos a un problema distinto: la paradoja del carácter superfluo de las leyes. Si las leyes solo pueden producir razones para su obediencia si están respaldadas por principios morales ¿necesitamos el gobierno de las leyes?

Carlos Nino se enfrenta a esa paradoja afirmando la superioridad de la democracia y del derecho producido a través de un proceso deliberativo bajo el principio de mayoría. Es decir, a pesar de que las normas no pueden justificar por sí mismas razones para la acción o decisiones, esas normas no son superfluas cuando tienen un origen democrático. En ese caso podemos suponer que los principios morales en que se apoyan justifican la acción. Las leyes democráticas tienen la presunción de mayor validez moral. «Obviamente es solo una presunción –dirá– pero suficiente para justificar la obediencia a las leyes, de otra manera estaríamos socavando la efectividad de todo el proceso democrático que en general es más digno de confianza que la reflexión individual»⁴⁶.

Podríamos decir así que la superioridad del sistema democrático respecto a otros sistemas políticos nos conduce a la presunción de la justicia de las normas que de ese sistema emanan, y en el caso excepcional de que no ocurriese así permanecería el deber de obediencia simplemente porque el procedimiento deliberativo colectivo merece más confianza que el procedimiento de reflexión individual.

Si aplicamos las tesis de Nino a la realidad de los grandes procesos a violaciones masivas de derechos humanos en el marco de una guerra o fuera de ella, vemos que efectivamente el derecho injusto no tiene un origen democrático, no está avalado por un proceso de toma de decisiones deliberativo con su inherente tendencia a la imparcialidad. Aunque el ordenamiento jurídico nacionalsocialista, las normas jurídicas durante el régimen franquista o las normas argentinas bajo el régimen militar estuvieran debidamente positivizadas y fueran eficaces socialmente no tenían, que duda cabe, una génesis democrática. Utilizarlas como razones para justificar una acción equivale a equiparar la legitimidad de la democracia y de la dictadura.

Cuando se rompe la legalidad democrática y se instaura un régimen dictatorial, no parece admisible que las atrocidades cometidas bajo ese régimen deban juzgarse con las normas que el propio régi-

⁴⁶ NINO, C., cit., pp. 158-159.

men produjo. No obstante, sabemos que la presunción de validez moral de las normas democráticas es solo eso, una presunción. Deberíamos pensar también en la posibilidad de encontrarnos ante una norma jurídica que, contando en su creación con el debido proceso deliberativo de formación de la voluntad, resultará inmoral o injusta. Nino parece afirmar que aun en ese caso deberíamos obedecerla a los fines de la estabilidad del sistema democrático, o tal vez ante la dificultad de concretar lo justo y la preferencia por la decisión colectiva frente a la individual.

Justamente, ante la hipótesis del derecho injusto con independencia de su génesis, se construye la famosa «cláusula Radbruch», una forma bien diferente de enfrentarse al problema del Derecho injusto y en cierto modo más articulada que la posición kelseniana.

Atendiendo a la famosa teoría de Gustav Radbruch, el derecho positivo pierde su validez (*Geltung*) cuando «la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que “derecho injusto” (*unrichtiges Recht*), ha de ceder ante la justicia»⁴⁷. De forma resumida podríamos decir que la fórmula sostiene simplemente que «el derecho extremadamente injusto no es derecho». Como apunta Robert Alexy lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos⁴⁸. «Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el concepto de derecho»⁴⁹.

Pero junto a las cuestiones en torno al principio de no retroactividad, jurídicamente los procesos penales por delitos de genocidio, lesa humanidad o otras violaciones masivas de derechos humanos presentan otros muchos problemas derivados justamente de esas categorías de lo excepcional, lo extremo o lo insoportable y que aquí solamente mencionaré. Si hablamos de cientos de víctimas pero, sobre todo, si hablamos de cientos de verdugos, el proceso para la individualización de la responsabilidad de todos los actores parece titánico.

Resulta difícil la determinación de la autoría. Cuando los crímenes se realizan apoyándose en el aparato burocrático del Estado o cuando

⁴⁷ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México/Madrid/ Buenos Aires, FCE, 1974, pp. 178-180.

⁴⁸ Es decir, en un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería prevalecer el Derecho positivo, incluso cuando sea injusto, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como «Derecho injusto» ante la justicia.

⁴⁹ ALEXY, R., «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal», *Doxa*, p. 205. *Cfr.*, del mismo autor ALEXY, R., «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centenales del Muro de Berlín», 2000, núm. 23, pp. 197-230.

la acción criminal responde a una larga cadena de órdenes y son muchos los individuos que de algún modo podemos considerar autores. Así, puede ocurrir que el ejecutor o el asesino fáctico no sea quien detente una mayor responsabilidad en el ejercicio de la acción. Al contrario, en general en muchos de estos crímenes, como se puede leer en la sentencia que condeno a Eichmann, «el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que usa el instrumento fatal con sus propias manos»⁵⁰.

También es especialmente problemática la valoración de los elementos subjetivos del delito: la voluntariedad del comportamiento, la conciencia de sus consecuencias, las motivaciones personales o la influencia en los autores del contexto socio-cultural.

Algunos juristas han denunciado, por otra parte, que en los procesos por masivas violaciones se produce algo así como una selección de los imputados. Es decir, si los autores de la violaciones son múltiples no es posible procesar a todos los actores solo a algunos, esto produce una especie de agravio comparativo entre los mismos. Danilo Zolo, es especialmente crítico con esta situación, puesto que considera que en estos procesos los imputados se seleccionan en base a criterios jurídicamente no definidos, atentando así contra el principio de igualdad ante la ley y deslegitimando a su parecer todo el procedimiento jurídico⁵¹.

Estamos obviamente ante un conjunto de problemas que tienen que ver con la capacidad de una determinada administración de justicia para dotarse de los medios suficientes personales e institucionales con los que hacer frente a una situación excepcional. Problemas que también tienen que ver con la voluntad política de los gobernantes de apoyar esa dotación y dar prioridad a los procesamientos por encima del silencio o del olvido. Por ello aunque deberíamos mantener la expectativa de una justicia penal efectiva y no conformarnos con la realidad de la impunidad como algo inevitable a menudo observaremos que los números desbordan las infraestructuras y tendremos que reconocer que la posibilidad de procesar a todos los implicados es (o era) una tarea materialmente imposible. En otros muchos caso, sin embargo, identificaremos con claridad inacción o simple, y a menudo culpable, falta de voluntad política en la persecución de los delitos.

Creo que en la crítica de Zolo se confunde, de nuevo, la dimensión colectiva con la dimensión individual de la responsabilidad. ¿Es cierto

⁵⁰ Por eso la propia sentencia dirá «en un crimen tan complicado y enorme como el que consideramos aquí, en el que mucha gente participó a diversos niveles y de modos diversos –planificando, organizando y ejecutando las acciones de sus rangos–, no tiene mucho sentido valerse de los tradicionales conceptos de planificación e instigación al crimen». (ARENDE, H., *Eichmann in Jerusalem*, cit., p. 357).

⁵¹ *Vid.*, ZOLO, D., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Bagdad*, Roma-Bari Editori Laterza, 2006. Existe traducción española de Elena Bossi, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007.

que si no se juzgan a todos los implicados en los delitos el proceso entero pierde legitimidad? Una respuesta afirmativa a esta cuestión sería tanto como afirmar que existe el derecho a no ser procesado por un delito si no se procesa también a todos los autores de la misma acción⁵². Tal vez cierto grado de impunidad sea inevitable ante masivas violaciones de derechos pero resulta del todo engañoso situarnos ante la alternativa entre el procesamiento de todos los autores de la violaciones o de ninguno.

Al fin y al cabo, cabe recordar, la finalidad del proceso es hacer justicia y nada más⁵³. Justicia en sentido individual y objetivo; valorar las pruebas, escuchar las declaraciones de los testigos o de la víctimas, oír al procesado, a la acusación y a la defensa y todo ello sobre unos hechos concretos con independencia de que existan otros crímenes que no se persiguen u otros criminales que nunca serán juzgados⁵⁴.

4. UNA INQUIETANTE Y BREVE CONCLUSIÓN

Si el mal absoluto nos resulta incomprensible y, sin embargo, no podemos cejar en nuestro esfuerzo por comprender. Del mismo modo el proyecto de hacer justicia, de someter a juicio a genocidas o actores del mal extremo resulta una meta a veces inalcanzable llena de obstáculos frente a la cual, sin embargo, no podemos claudicar. La idea del mal más allá de las pasiones humanas nos abrumba y nos supera y los instrumentos jurídicos que nos ofrece el Estado de derecho nos parecen inadecuados, demasiado modestos o fútiles para hacerle frente. Abandonarnos al olvido, traicionar la memoria no nos está permitido y así volvemos una y otra vez a recontar la historia, a buscar nuevas explicaciones, a repensar lo que otros ya intentaron pensar antes.

De la misma manera, intentamos reconducir a los cauces jurídicos las terribles manifestaciones del mal absoluto, a veces, con desesperanza, con impotencia pero con la clara idea de que renunciar a hacer justicia sería tanto como rendirse ante el mal o participar en el mismo.

⁵² Para Carlos Nino «nadie tiene derecho a que ciertas personas sean castigadas y, consecuentemente, nadie tiene un derecho a no ser castigado si otras personas no lo son» (NINO, C., cit., p. 257).

⁵³ Como nos recuerda H. Arendt «el tribunal no tiene a su disposición los instrumentos precisos para investigar las cuestiones de orden general, sino que se pronuncia basándose en una autoridad cuya fuerza está en función de sus limitaciones». (ARENDR, H., *Eichmann...*, cit., p. 368).

⁵⁴ Expresado con las palabras que Hanna Arendt le dirige a Eichmann: «ante la ley, tanto la inocencia como la culpa tiene carácter objetivo, e incluso si ochenta millones de alemanes hubieran hecho lo que tú hiciste, no por eso quedarías eximido de responsabilidad... Aquí nos ocupamos únicamente de lo que hiciste, no de la posible naturaleza inocua de tu vida interior y de tus motivos, ni tampoco de la criminalidad en potencia de quienes te rodean...» (ARENDR, H., *Eichmann...*, cit., pp. 403-404).

Nada mejor para concluir entonces que las palabras de Hanna Arendt:

«Y sin embargo, aunque ninguna de las razones que solemos invocar a favor del castigo es válida, nuestro sentido de la justicia encontraría intolerable renunciar al castigo y dejar que quienes han asesinado a miles, centenares de miles y millones quedaran impunes. Si ello no fuera más que un deseo de venganza, sería ridículo, dejando de lado el hecho de que la ley y el castigo que ella administra aparecieron sobre la Tierra con el fin de romper el interminable círculo vicioso de la venganza. Así pues, aquí estamos, exigiendo y administrando castigos de conformidad con nuestro sentido de la justicia, mientras, por otro lado, ese mismo sentido de la justicia nos informa de que todas nuestras nociones previas acerca del castigo y su justificación nos han fallado.»⁵⁵

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.

⁵⁵ ARENDT, H., *Responsabilidad y juicio*, cit., p. 56.

Acotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico*

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

RESUMEN

En el marco de las teorías de la argumentación jurídica se ha convertido en un lugar común sostener el principio de unidad del razonamiento práctico o, lo que es lo mismo, que el razonamiento judicial es un razonamiento moral. Esta idea tienen como principales referentes R. Alexy y C. S. Nino. Sin embargo, bajo esa común denominación ambos mantienen posiciones muy diversas. Para Nino el papel de las razones morales en el plano justificatorio se refiere al juicio de deber ser (los jueces debe obedecer el derecho), que precede a toda aplicación del derecho sensu estricto, mientras que en el plano interpretativo-aplicativo las razones institucionales gozan de un lugar privilegiado respecto de las morales. Para Alexy, por el contrario, afirmar que el razonamiento judicial es un razonamiento moral, es tanto como decir que las razones morales prevalecen sobre las autoritativas (lo cual parece incompatible con el carácter institucional del derecho y en última instancia con el Estado democrático). Ello deriva de aspectos claves en su teoría como la idea de discurso práctico, la pretensión de corrección, y la teoría de los principios, entre otros.

Palabras clave: *razonamiento práctico, razonamiento judicial, derecho y moral, R. Alexy, C. S. Nino*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Modelos de razonamiento, tipos de argumentación y estructuras argumentativas en la decisión judicial» DER2010-19897-CO2-01 (JURI). victoria.iturralde@ehu.es

ABSTRACT

*In the context of theories of legal argumentation holding the principle of unity of practical reasoning, or in other words, to support that judicial reasoning is moral reasoning, has become a common place. The mentioned idea has as main references R. Alexy and C. S. Nino; despite the fact that they use the same nomenclature, both authors hold opposing views. According to Nino, the role of moral reasons at a justificatory level concerns the trial ought-to-be (judges must obey the law), which precedes every day law enforcement *stricto sensu*. At a interpretive-applicational level, however, institutional reasons are privileged compared to moral ones. For Alexy, asserting that judicial reasoning is moral reasoning, means that moral reasons override the authoritative ones (idea which seems to clash with the institutional character of law and with the rule of law). This last stems from key issues in his theory as the idea of practical discourse, the claim to correctness, and the theory of principles.*

Key words: *practical reasoning, unity of practical reasoning judicial reasoning, law and moral, R. Alexy, C. S. Nino*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. R. ALEXY. 1. De la tesis del caso especial a la unidad del discurso práctico. 2. La pretensión de corrección y las razones institucionales.—III. C. S. NINO. 1. Estructura del razonamiento justificatorio: el lugar de las razones morales. 2. Razones justificatorias y principio de unidad del razonamiento práctico.—IV. BALANCE DE AMBAS POSTURAS.

I. PLANTEAMIENTO

En el contexto de las teorías de la argumentación jurídica es un lugar común la tesis de que el razonamiento judicial es un caso especial de razonamiento práctico general. En una primera lectura esta tesis puede considerarse correcta puesto que es cierto que el razonamiento judicial es un razonamiento *práctico*: en la medida en que su finalidad es tomar una decisión (y no meramente conocer algo); y que es un *caso especial* en la medida en que, se diferencia de otros tipos de razonamientos (científico, moral, ...) en que está sometido a determinadas reglas, las normas jurídicas.

Sin embargo, lejos de esto, la afirmación de que el razonamiento judicial es un caso especial de razonamiento práctico general, se entiende como equivalente a razonamiento moral: en esto consiste la

tesis de la «unidad del razonamiento práctico», tesis que es defendida por numerosos iusfilósofos, siendo sus principales referentes R. Alexy y C. S. Nino¹.

Pues bien, a pesar de esta común denominación ambos autores mantienen tesis no sólo diferentes, sino incompatibles sobre el lugar que las razones morales ocupan en el razonamiento judicial. En las páginas que siguen expondré las principales ideas de ambos iusfilósofos en relación con este tema, para finalizar haciendo una valoración sobre cada una de las posturas.

II. R. ALEXY

1. De la tesis del caso especial a la unidad del discurso práctico

Una de las ideas de Alexy es que el discurso jurídico *es un caso especial del discurso práctico general* porque: *a)* la discusión jurídica (al igual que la argumentación práctica general) se refiere a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir, a cuestiones *prácticas*; *b)* el discurso jurídico tiene, al igual que el discurso práctico general, una pretensión de corrección y, *c)* la argumentación jurídica es un supuesto de *caso especial*, porque la pretensión de corrección del discurso jurídico es distinta a la del discurso práctico general, «no se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que está fijado autoritativa e institucionalmente»².

Este inicial punto de partida se desdibuja si vamos un poco más allá. Alexy parte de la «tesis del caso especial» para establecer de qué tipo es la relación entre la de la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. Según Alexy, dicha tesis puede significar tres cosas:

a) que el proceso de fundamentación o de reflexión tiene que realizarse según los criterios del discurso práctico general y que la argumentación jurídica solo sirve para la legitimación secundaria del resultado obtenido de esta manera (tesis de la secundariedad);

b) que la argumentación jurídica llega hasta un determinado punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, y es aquí donde entra la argumentación práctica general (tesis de la adición);

¹ Cfr., ROCA, V., (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, pp. 385-387.

² ALEXY, R., (1999): «La tesis del caso especial», pp. 24-25. En términos similares en (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 207 y (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 529-530.

c) que *el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse en todos los niveles con el de los argumentos prácticos generales (tesis de la integración)*³. Alexy se inclina por esta opción, con la que dice aún no se ha avanzado mucho, pues queda la cuestión de cómo debe lograrse esa conexión en cuanto a la compatibilidad de la solución con el sistema jurídico positivo. Con ese fin Alexy desarrolla su teoría de la argumentación jurídica.

La teoría de Alexy se basa en la teoría habermasiana del discurso, en el que el concepto de *razón práctica* es la idea clave. «Unidad de la razón práctica» significa –dice– que el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. Esta justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; por lo que los argumentos prácticos generales tienen que estar inmersos en todas las instituciones. Los argumentos no institucionales que están inmersos en las instituciones pueden ser insertados, integrados y especificados tanto como se quiera, siempre y cuando continúen observando lo que es esencial para este tipo de argumentos: su carácter libre y no institucionalizado⁴. «El discurso práctico general es un discurso en el que las cuestiones prácticas se responden con razones no autoritativas, las cuales comprenden tanto *razones morales, como éticas y pragmáticas*. Esta combinación forma un *vínculo sistemáticamente necesario en el que se manifiesta la unidad substancial de la razón práctica*. La pretensión de corrección se refiere aquí a las tres dimensiones, si bien la prioridad corresponde a las razones morales»⁵.

La formación de un concepto de discurso práctico que abarque los argumentos morales, éticos y pragmáticos es, al mismo tiempo, algo sensato y necesario –dice Alexy–. Sensato, porque una argumentación puramente moral, esto es, una argumentación que solo se ocupe de lo que es «igualmente bueno para todos los seres humanos» no es suficiente para solucionar una cuestión práctica»; y necesario, porque en muchos casos los argumentos éticos y pragmáticos deben ser complementados con argumentos morales para conseguir la respuesta a una cuestión práctica⁶.

Conforme a la idea de unidad de la razón práctica, si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido. Esta tesis no ignora la existencia de distintos tipos de discursos prácticos,

³ ALEXY, R., (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pp. 38-39; 207 (cursiva mía).

⁴ Esta –dice– no es la única razón a favor de la tesis del caso especial, pero quizá sea la última. R. Alexy (1999): «La tesis del caso especial», p. 34.

⁵ ALEXY, R., (2009), «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho», remite a «la tesis del caso especial» p. 29. Cfr. Th. Bustamante (2010): «Principios, reglas y derrotabilidad», p. 238.

⁶ Entiende por dimensión pragmática: la adecuación de medios y fines; y por justicia, lo que es igualmente bueno para todos.

como el jurídico, el político, el moral, etc., pero todos ellos se encuentran *integrados* por medio de un conjunto de *pautas últimas* a las que se concede el rango de *moral ideal o verdadera*. Bajo esta hipótesis, la corrección del argumento del juez no puede relativizarse al ámbito jurídico puesto que ello *significaría admitir* un punto de vista parcial o insular y, con ello, *el fraccionamiento del razonamiento práctico*.

Alexy justifica lo anterior señalando que el deber jurídico de considerar los principios y argumentos morales «se deduce exclusivamente de su *corrección material*». La corrección y nada más que la corrección los remite al derecho. Su fuerza argumentativa tiene exclusivamente *carácter no institucional*. *Esto conduce precisamente a la delimitación entre derecho positivo y la moral*. En relación con esto, hay que tener en cuenta que para Alexy los elementos definitorios del derecho son: (a) la legalidad conforme al derecho, (b) su eficacia social, y (c) la corrección material. «Si la cuestión de si tiene o no importancia la corrección material en un sistema jurídico dependiese exclusivamente de lo que en cada caso haya sido promulgado y sea eficaz, la relación entre derecho y moral sería de hecho determinada de forma exclusiva por el derecho positivo. Pero si el derecho promulgado y eficaz formula necesariamente una pretensión de corrección, y en cuanto tal incluye necesariamente la corrección material y, con ella, la moral, entonces la moral, precisamente en el sentido del mencionado dilema del no positivismo, pertenece al derecho, si bien el derecho al cual pertenece no es el derecho de los positivistas. Este derecho incluye, junto a la legalidad y a la eficacia, también la corrección, y con ella la moral. De este modo la pretensión de corrección *hace saltar por los aires* el concepto positivista de derecho y *lo abre a la moral*»⁷. Aunque a la vez dice que el mero incumplimiento de dicha pretensión de corrección no priva al derecho de su carácter de derecho: «puede haber una cantidad considerable de derecho injusto y a pesar de ello válido. ...Es ante todo la seguridad jurídica la que impide que cualquier injusticia conduzca a una pérdida de la calidad jurídica. El umbral de incompatibilidad entre derecho y justicia «puede ser definido mediante el concepto de la extrema injusticia»⁸ (lo que concuerda esencialmente con la fórmula de Radbruch).

2. La pretensión de corrección y las razones institucionales

Según Alexy el derecho formula una pretensión de corrección o de justicia⁹. Los actos institucionales, como son la sentencia judicial o el acto administrativo, son llevados a cabo sobre la base de normas de competencia. *El núcleo del argumento de la corrección* consiste

⁷ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, p. 50.

⁸ *Ibidem*, pp. 51-52.

⁹ *Ibidem*, p. 31.

—dice— en la tesis de que los actos jurídicos institucionales de este tipo están siempre vinculados con el acto no institucional de *afirmación* de que el acto jurídico es *material y procedimentalmente correcto*. Con esta pretensión —dice— se llega a un tercer elemento, a saber, la *expectativa* de que todos los destinatarios de la pretensión reconozcan el acto jurídico como correcto, si se sitúan desde el punto de vista del respectivo sistema jurídico y son razonables.

La pretensión de corrección consta de tres elementos: (1) la afirmación de la corrección, (2) la garantía de la fundamentabilidad, y (3) la expectativa del reconocimiento de la corrección. Con esta tríada —dice Alexy— aún no se ha dicho nada sobre el contenido de la pretensión de corrección; «es propio de la pretensión de corrección que los criterios sean abiertos; de otro modo —dice— no podría ser formulada a lo largo del derecho. No solo difieren entre sí los criterios de corrección de los distintos sistemas jurídicos, sino que incluso, dentro de un ordenamiento jurídico para la corrección de leyes, sentencias y actos administrativos, los criterios son diferentes»¹⁰.

La pretensión de corrección tiene carácter objetivo: esa pretensión objetiva —dice Alexy— no es un asunto privado, sino que está necesariamente relacionada con el rol de participante en el sistema jurídico, por lo que puede calificarse también como «oficial». «El carácter objetivo u oficial resulta patente en el caso del juez, quien formula la pretensión de corrección como representante del sistema jurídico»; «la pretensión es, ciertamente formulada por personas, pero en nombre del derecho»¹¹. Los destinatarios de la pretensión de corrección son los destinatarios de los respectivos actos jurídicos: así el legislador formula una pretensión de corrección respecto de los destinatarios de la ley, el juez en relación a las partes del proceso, etc. (es decir, los destinatarios institucionales), pero también lo son todos aquellos que se sitúan en el punto de vista de un participante del sistema jurídico respectivo¹².

La pretensión de corrección no existe solo en el derecho, sino también en relación con juicios morales de valor de obligación, y tiene *carácter necesario*. Es necesaria en relación a una práctica definida esencialmente a través de la distinción de lo verdadero o correcto y lo falso o incorrecto. Sin embargo esta práctica es de un tipo especial. «Podemos ciertamente intentar descartar —dice Alexy— las categorías de *verdad*, *corrección* y *objetividad*. Pero si lo lográsemos nuestra habla y nuestra aserción serían algo esencialmente distinto de lo que son ahora. El precio no solo sería alto; consistiría en nosotros mismos»¹³.

¹⁰ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, p. 33.

¹¹ *Ibidem*, p. 33.

¹² *Ibidem*, p. 34.

¹³ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, pp. 43-45 (cursivas mías).

Posteriormente se pregunta si la pretensión de corrección formulada en el derecho incluye la pretensión de corrección moral (dice que esto se puede plantear respecto de los tres poderes y que solo va a tratar del poder judicial)¹⁴. La cuestión surge porque en los «casos dudosos» hay que recurrir a criterios no jurídicos. «Entran en juego consideraciones generales de conveniencia, concepciones transmitidas y extendidas sobre lo bueno, y lo malo y consideraciones de justicia; en suma, conveniencia, costumbre y moral. Así las consideraciones de conveniencia y reconocimiento de las tradiciones y las concepciones valorativas de la respectiva comunidad tienen, sin duda, legítima cabida en las sentencias judiciales. Pero si la pretensión de corrección ha de ser satisfecha, debe concederse prioridad y un papel relevante a la cuestión de la correcta distribución y de la correcta compensación. Las cuestiones de la correcta distribución y la correcta compensación son cuestiones de justicia y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. *Con ello la pretensión de corrección establece una conexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral.* La pretensión de corrección jurídica no es en modo alguno idéntica a la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral¹⁵.

Alexy distingue la pretensión de corrección del *sistema jurídico en su conjunto* y la *de las normas jurídicas y las decisiones individuales*¹⁶. Ambos supuestos son una manifestación de la conexión entre derecho y moral; pero mientras en el primer caso dicha conexión es definitiva, en el segundo es cualificatoria. La conexión *definitoria* define una norma o un sistema como jurídico y una carencia a este respecto priva a las normas o al sistema de su validez jurídica. La conexión *cualificatoria* significa que si una norma o un sistema jurídico es defectuosa por razones conceptuales, no por ello carece de vali-

¹⁴ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, p. 45.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 45-47.

¹⁶ SILTALA, R., (1990): «Derecho, moral y leyes inmorales», p. 163. La idea según la cual un defecto en la conexión definitiva priva al sistema jurídico de su validez jurídica mantiene un estrecho parecido con el pensamiento clásico de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Su idea de la conexión cualificatoria entre Derecho y moral parece cercana a la noción de Fuller de la moral de aspiración que afecta a la «perfección de las normas jurídicas» y a ser o no el resultado del «orgullo de su artífice».

«La teoría de la pretensión [de corrección] afirma que las normas jurídicas individuales y las decisiones, así como los sistemas jurídicos en conjunto, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas jurídicos que no formulan explícita o implícitamente tal pretensión no son sistemas jurídicos. De modo que la teoría de la pretensión es de carácter *definitorio*. Los sistemas que formulan dicha pretensión pero que no la satisfacen son sistemas jurídicamente defectuosos. A este respecto la teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente *cualificatorio* en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones individuales. Son jurídicamente defectuosos si no hacen o no satisfacen la pretensión de corrección», ALEXY, R., (1989) «On Necessary Relations between Law and Morality», p. 29.

dez jurídica. En tal caso la norma o el sistema jurídico son *menos perfectos*¹⁷.

La pretensión de corrección conlleva que el razonamiento práctico debe dejar de lado las razones institucionales. En una primera lectura parece que ello está limitado a los dos siguientes casos: a) en el de las leyes extremadamente injustas o irracionales (porque para Alexy no son derecho), y b) en casos especiales (que Alexy no dice cuáles), en los que cabe la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma¹⁸.

Pero a estos hay que añadir un tercero: en aquellos casos difíciles en los que el juez debe recurrir a los principios; «aquí no estamos hablando de leyes muy injustas sino de la “vida jurídica cotidiana” –dice Alexy–¹⁹. Todo sistema jurídico mínimamente evolucionado cuenta con principios, que son de naturaleza moral y que reclaman del juez un particular ejercicio de ponderación: allí donde existe ponderación existen principios, y allí donde existen principios se da una presencia de la moral en el derecho²⁰; «tanto la pretensión de corrección, como la ponderación, como los principios, pertenecen de modo necesario al Derecho»²¹. Si relacionamos los principios con la pretensión de corrección se llega a dos consecuencias –dice Alexy–: la primera es que la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el derecho, sean principios correctos: «es la corrección material de los principios morales, y nada más, lo que los convierte en jurídicamente dignos de consideración». La segunda se refiere a la aplicación de los principios morales, esto es, a su ponderación frente a otros principios morales y frente a principios jurídicos concretos como los que tienen por objeto la seguridad jurídica, el procedimiento y la eficacia del derecho²².

Alexy va incluso más allá y señala que expresamente que los argumentos institucionales «solo gozan de una prevalencia *prima facie*, lo que significa que la argumentación jurídica, aun cuando los argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales. Esto se demuestra no solo en el caso dramático de una decisión contra el tenor

¹⁷ ALEXY, R., (1989): «On Necessary Relations between Law and Morality,» p. 178.

¹⁸ ALEXY, R., (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 24, nota 7. Pero en otro lugar señala que los dos rasgos que caracterizan la pretensión de corrección del Derecho en todos los contextos son: la primera, que incluye siempre una pretensión de justificabilidad; y la segunda que siempre se refiere [o que se refiere también] a la corrección moral. De esta manera, al dictar una sentencia no solo se afirma que se ha seguido el Derecho promulgado y eficaz, sino también que tanto este derecho como su interpretación son moralmente correctos», ALEXY, R., (2009) «Los principales elementos de mi filosofía del derecho», pp. 71-72.

¹⁹ SASTRE ARIZA, S., (1999): *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, p. 170

²⁰ ALEXY, R., (1994): *El concepto y la validez del derecho*, pp. 73 ss.

²¹ ALEXY, R., (2000): «La institucionalización de la razón», p. 245.

²² *Ibidem*, p. 246.

literal, sino también en la evaluación de una sencilla subsunción como no problemática. Dicha apreciación encierra el juicio de que ningún motivo sustancial importante se expresa contra la decisión. Esta dependencia se aclara en toda su extensión, cuando argumentos institucionales no conducen a ningún resultado o a resultados distintos, o cuando ellos pueden ser complementados por argumentos prácticos generales, como por ejemplo es regularmente el caso de la ponderación de los principios opuestos. Lo anterior indica que la idea del discurso, a pesar de toda institucionalización, puede y debe permanecer viva. *Así se justifica calificar a la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general*»²³.

III. C. S. NINO

1. Estructura del razonamiento justificatorio: el lugar de las razones morales

La importancia de esta cuestión la destaca el propio Nino cuando dice que uno de los temas centrales de la filosofía del derecho es el de determinar en qué medida el discurso jurídico práctico –o sea del discurso que permite justificar acciones y actitudes– es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte –un caso especial, *Besonderes-fall*, para usar la expresión de Alexy– del discurso moral general»²⁴.

Para Nino, *el principio de unidad del razonamiento práctico* está involucrado en todo razonamiento. Por lo que al derecho se refiere, escribe que «El discurso interno al derecho es un caso específico del discurso moral más amplio. El discurso moral de la modernidad –dice– tiene un carácter *imperialista* que impide la subsistencia de discursos justificatorios insulares». Este imperialismo del discurso moral implica que «no pueden existir razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones *con independencia de su derivación de razones morales*»²⁵.

Para entender en qué sentido habla Nino de «unidad del razonamiento práctico» hay que señalar en primer lugar que para Nino el razonamiento justificatorio judicial esta estructurado en dos niveles.

En un *primer nivel* están los principios autónomos de la moralidad social que constituyen las premisas últimas del razonamiento prácti-

²³ ALEXY, R., (2001): *Teoría del discurso y derechos humanos*, p. 59 (cursiva mía).

²⁴ NINO, C. S., (1990): «Sobre los derechos morales», p. 316.

²⁵ «El único espacio libre que queda para que discursos prácticos diferentes la moral generen razones que justifiquen acciones y decisiones es el espacio que ese discurso moral deje libre, sea porque se mueva en una dimensión diferente, o porque defina un área de indiferencia, o porque sea aplicable algún principio defendible en el discurso moral y que permita la justificación propia de algún subdiscurso», NINO, C. S., (1989): *Derecho, Moral y Política*, pp. 80-81.

co. En este nivel se trata de determinar en qué medida la práctica constitucional o jurídica se acerca o se aleja a su modelo ideal para la consecución de los fines de justicia y organización. En otras palabras este nivel se refiere a la legitimidad del derecho; y Nino sostiene que las normas jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de la existencia de razones para actuar conforme al contenido de la norma.

La justificación jurídica, o sea, la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida *debe depender en última instancia* de: (a) normas que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tener en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Es decir: normas morales²⁶. Los principios morales son excluyentemente justificatorios en su campo de aplicación y, solo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios pueden servir como razones para actuar.

Si la valoración de este primer nivel es positiva, se puede pasar a un *segundo nivel* en el que se desarrolla un razonamiento acotado por la necesidad de respetar el resultado del razonamiento del primer nivel, de tal forma que en este nivel quedan excluidas las razones incompatibles con la preservación del derecho positivo. En tales casos –dice Nino– puede que tengamos que descalificar un principio válido desde el punto de vista moral, es decir, *podiera darse que razones autoritativas hubieran de tener preferencia sobre razones sustantivas*. Si en el primer nivel hemos concluido que el ordenamiento es legítimo, entonces en la segunda etapa del razonamiento la acción o decisión que se tome debe justificarse tanto a la luz de la preservación de la práctica como en virtud del hecho de mejorarla acercándola a los principios de justicia.

Las normas jurídicas provenientes de un *Estado democrático* constituyen para Nino *razones para la acción* en la medida en que en su vertiente valorativa están especificando o ejemplificando principios morales. «Si el juicio del primer nivel del razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo –dice Nino–, en tal caso esa legitimidad moral se proyectará (aunque sea una legitimidad más débil) sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esta operará como un razón auxiliar que, combinada con el razonamiento moral, constituirá, en cuanto juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción»²⁷.

Las normas jurídicas solo pueden verse como razones autónomas para la acción si se las concibe como juicios «*de adhesión normativa*», esto es, juicios valorativos que se infieren de principios morales

²⁶ NINO, C. S., (1993): «Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo», p. 262.

²⁷ Cfr., ROCA, V., (2005): *Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino*, pp. 452, 485-486.

que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden²⁸.

2. Razones justificatorias y principio de unidad del razonamiento práctico

Solo en este contexto puede interpretarse correctamente la idea de que la razón (operativa) justificatoria es una razón moral. Si el propósito –dice Nino– es esclarecer el concepto de razones (operativas) justificatorias, el concepto que nos interesa es el de «la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción»²⁹. Las razones justificatorias –dice– sirven para justificar una acción desde distintos puntos de vista: «como el punto de vista moral, prudencial, y tal vez el jurídico»³⁰.

Las razones justificatorias deben ser razones completas: una razón completa está constituida por el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido. Junto a esta, están las razones operativas y las razones auxiliares: una razón operativa consiste en la premisa de deber ser, que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción; una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa³¹.

De otro lado, las razones operativas deben tener las siguientes propiedades³²:

(a) autonomía: las razones no deben depender de la circunstancia de que alguien las haya formulado o aceptado. Ello significa la independencia del razonamiento de cada individuo respecto del razonamiento de terceros.

(b) generalidad: las razones no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o descripciones definidas; sino a través de propiedades genéricas.

²⁸ NINO, C. S., (1989): *Ética y derechos humanos*, p. 23.

Las normas jurídicas que establecen derechos –por ejemplo, «el juicio de “el propietario tiene derecho de recobrar el inmueble a quien no ha pagado dos meses de alquiler”, solo tienen un carácter justificatorio de acciones o decisiones si constituyen una especie de juicios morales puesto que derivan (1) de un juicio moral que legitima a una cierta autoridad y (2) de un juicio que describe la prescripción de esa autoridad. Si convenimos en que los derechos que están establecidos por normas morales son derechos morales, de aquí se sigue que solo los derechos morales permiten justificar acciones y decisiones». NINO, C. S., (1990): «Sobre los derechos morales», p. 321.

²⁹ NINO, C. S., (1985): *La validez del derecho*, p. 130. Dentro del concepto de «razón justificatoria» distingue tres conceptos: a) el proceso psicológico que concluye causalmente en la formación de una intención, b) la inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas, y c) la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción.

³⁰ Cfr., NINO, C. S., (1989): *El constructivismo ético*, p. 23.

³¹ NINO, C. S., (1985): *La validez del derecho*, p. 131.

³² *Ibidem*, pp. 132-133.

(c) superveniencia: la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos razones a los fines de una razón operativa no solo debe ser genérica sino que también debe ser fáctica en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de esta u otra razón operativa; y

(d) carácter integrador: las razones, aunque pueden ser de muy diferente índole, son comparables entre sí y, en principio jerarquizables, siendo las *razones operativas de mayor jerarquía razones morales*; «este es –dice Nino– el principio de la unidad del razonamiento práctico».

IV. BALANCE DE AMBAS POSTURAS

1. Son dos los aspectos que interesa destacar en la tesis de Nino. En primer lugar, que el razonamiento judicial justificatorio es un razonamiento práctico que está estructurado en dos niveles. En el primero se encuentran *razones morales*: se trata de principios morales que se refieren a los derechos humanos (en tanto que derechos morales) y a la organización justa de una comunidad, que se concreta en un régimen democrático. Uno de los principios morales es el que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas (entre ellas está el deber de los jueces de aplicar el derecho). En el segundo, figuran enunciados «descriptivos» de las normas que conforman un ordenamiento; se trata de *razones autoritativas*. Cuando Nino se refiere al principio de unidad del razonamiento práctico, se está refiriendo al primer nivel de razonamiento. Es por esto que para Nino el razonamiento judicial no es completamente autónomo, sino parte de un discurso moral más amplio³³.

Creo que no se puede estar en desacuerdo con esto. La frecuente omisión de esta premisa del razonamiento práctico en los análisis del razonamiento judicial es explicable si se entiende que el juez actúa como participante, o lo que es lo mismo que al aplicar el derecho realiza un «juicio de adhesión normativa» (Nino) o un «enunciado comprometido» (Raz) o que considera el derecho desde el «punto de vista interno»: una norma considerada desde el punto de vista «interno» forma parte de las razones de quien acepta la norma, a diferencia de lo que sucede con una norma considerada desde el punto de vista externo, que solo puede transformarse en una razón para la acción si es el resultado de un cálculo independiente de los intereses en conflicto ofrece un saldo positivo que indique que hay que obedecer la norma.

El derecho de un Estado democrático (que es el que hay que tener en cuenta en el análisis de Nino) exige que, especialmente aquellos

³³ ROCA, V., hace un excelente reconstrucción del razonamiento justificatorio de Nino en (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, pp. 459-461.

que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional, acepten –apliquen autoritativamente– las decisiones democráticas aunque estas no coincidan con su propio juicio. Y ello, porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos casos, se tomen decisiones correctas. Las exigencias derivadas del carácter institucional del Derecho pueden entrar en tensión con determinados principios sustantivos derrotándolos, pero el elemento relevante en esta reconstrucción es que las razones últimas que fundamentan *la derrota de determinados principios sustantivos* frente a ciertos principios institucionales *son*, precisamente, *razones sustantivas*. Según Nino las restricciones que se derivan de la dimensión institucional del derecho, son tanto las referidas a plazos, competencias, etc., como las que presentan a *la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al arrojado por el discurso moral* (lo que lleva a la autorrestricción del poder judicial en favor del legislativo)³⁴.

El segundo aspecto a destacar es que para Nino que la obediencia de los jueces al derecho debe ser *por razones morales*. Estoy de acuerdo con Nino si situamos esta afirmación en el plano del deber ser; puesto que en el plano de los hechos puede que no sea así, por dos razones. De un lado, porque como señala Baier³⁵, la moralidad no comienza hasta tanto no nos cuestionamos acerca de la racionalidad y conveniencia de las normas a adoptar. De otro, porque cuestionándonoslas, las razones pueden ser de tipo prudencial («porque quiero ascender en la carrera judicial», «porque no quiero que me revoquen las sentencias», ...).

2. A diferencia de Nino, Alexy fundamenta la «unidad del discurso práctico» en dos ideas cardinales. De un lado, en la *pretensión de corrección (de justicia)* que deben tener las *premisas de derecho* del razonamiento judicial y que es inherente a todo «participante» en el sistema jurídico (tanto al legislador, como al juez, como a todo el que se sitúe como participante). De otro, en el papel que los *principios* tienen en el razonamiento judicial, que hace que las premisas de dicho razonamiento deban ser *justas*³⁶.

No es este el lugar para hacer un análisis de la obra del filósofo alemán (a la que por otra parte se han dedicado ingente número de páginas), pero en relación al tema que nos ocupa, dos son los principales problemas que presenta.

En primer lugar, la teoría de la unidad del razonamiento práctico de Alexy es incompatible con la dimensión institucional del derecho, puesto que para él los argumentos institucionales «solo gozan de una prevalencia *prima facie*», esto es, que «aun cuando los argumentos institucio-

³⁴ ROCA, V., (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, p. 456.

³⁵ BAIER, K., (1974): *The Moral Point of View*, p. 174.

³⁶ Cfr. VIGO, R. (2003): «Balance de la teoría jurídica discursiva de Alexy», pp. 209-210.

nales conduzcan a un resultado determinado, la argumentación jurídica sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales»³⁷.

Frente a esto hay que decir que la dimensión institucional del derecho implica, entre otras cosas, que las normas emanadas por una autoridad legítima, constituyen una restricción *a priori* a la discusión acerca del contenido de las normas³⁸. En palabras de Raz, las razones justificativas de una decisión judicial son «*independientes del contenido*». Cuando se ha prometido Φ , o cuando una autoridad ha ordenado Φ , tendríamos una razón Φ , esto es, una razón para actuar que no descansa en el valor intrínseco de la clase de acción que sea Φ y que se ha generado exclusivamente en virtud de haberse ejecutado ciertos actos ilocucionarios (en el marco de determinadas prácticas o instituciones sociales) a los que se supone capaces de alterar la situación desde el punto de vista práctico³⁹.

Para ser más precisos sobre esta noción, es obligado recurrir a las precisiones realizadas por Bayón. De un lado, en el sentido de que las razones independientes del contenido no pueden ser genuinas razones operativas, sino en todo caso razones auxiliares, es decir, ingredientes de razonamientos prácticos necesariamente más complejos. De otro, puesto que no existe una descripción «natural» de una acción y que todo acto individual es susceptible de diversas descripciones, es decir, como caso de múltiples actos genéricos, lo que digamos acerca de su contenido de una acción es relativo a una determinada descripción de la misma. Por lo tanto el calificar una razón como dependiente o independiente del contenido puede ser una cuestión de punto de vista. En definitiva, puede acogerse el concepto de Raz si lo reinterpretamos como sigue: Quien entiende que es valioso (i.e., que hay una razón para) Φ – siendo Φ una acción o un estado de cosas– y constata que *dadas ciertas circunstancias contingentes* hacer Φ es una forma de hacer o producir Φ , ha de concluir que, dadas las circunstancias, es valioso (i.e., hay una razón para) Φ . En un supuesto así, la existencia de ciertas circunstancias contingentes, como *razón auxiliar*, determina la aplicabilidad, a un acto individual de la razón operativa que, se den o no dichas circunstancias, se considera que existe para Φ ⁴⁰.

De otro lado, el concepto de razón «independiente del contenido» no excluye la presencia de razones morales, o más en general, valorativas, pues el juez tiene que dotar de contenido a los enunciados jurídicos en relación con al caso individual. Pero esto no significa convertir la argumentación judicial en una argumentación puramente moral.

³⁷ ALEXY, R., (2001): «Teoría del discurso y derechos humanos», pp. 58-59.

³⁸ LAPORTA, F., (1993): *Entre el derecho y la moral*, p. 120. Cfr. M. Atienza-J. Ruiz Manero (2001): «La dimensión institucional de Derecho y la justificación jurídica», p. 129.

³⁹ RAZ, J., (1986): *The Morality of Freedom*, p. 36. Vid., también H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, pp. 243, 245.

⁴⁰ BAYÓN, J. C., (1991): «Razones y reglas. Sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph. Raz», p. 55.

Como dice Atria, el problema [está refiriéndose al positivismo ético] es cómo integrar los argumentos morales en estos casos. La solución al ciclo [de la adjudicación] dice se encontrará en una forma de positivismo ético que permita una forma de argumentación jurídica abierta a consideraciones morales (al por menor) de modo que permita identificar los casos recalcitrantes, una que permita al juez ver y hacerse cargo en sus propios términos del caso particular al que se enfrenta, pero que no implique por eso la disolución del razonamiento jurídico en razonamiento moral»⁴¹.

En segundo término, el principio de unidad del razonamiento práctico de Alexy conduce a un déficit de legitimidad democrática, porque en su teoría la existencia de una decisión del legislador acerca de lo que debe hacerse en un caso concreto pasa a ser considerada como irrelevante (situación denominada por Nino paradoja de la «irrelevancia moral del gobierno»⁴²), puesto que –según Alexy– el juez dispone de un procedimiento capaz de justificar los principios. Esto implica que puede dejar de considerar las decisiones democráticas de la mayoría porque ellas son «moralmente superfluas»: «así como el agente moral podría determinar su acción con independencia de lo que prescriba el orden jurídico, el principialista podría determinar su acción directamente de la ponderación de principios constitucionales, con independencia de lo que prescriba el legislador infraconstitucional».⁴³ La teoría de las normas de Alexy constituye «un sofisticado artilugio para fundamentar la penetración de la moral en el sistema jurídico y el condicionamiento de la validez o aplicabilidad de la normas jurídicas por su compatibilidad con las normas morales, o con ciertas de ellas»⁴⁴.

Como pone de relieve Waldrom, «la dignidad de la legislación, el fundamento de la autoridad, y su pretensión de ser respetada por nosotros, tienen que ver con el tipo de *logro* que es. Nuestro respeto por la legislación es en parte el tributo que debemos pagar al logro de obtener acción colectiva concertada, cooperativa y coordinada en las circunstancias de la vida moderna»⁴⁵.

⁴¹ ATRIA, F., (2004): «La ironía del positivismo jurídico», pp. 112, 118. Dichas razones –dice Atria– no pueden ser jurídicamente controladas si el positivismo jurídico contemporáneo es correcto como una teoría del derecho porque (por definición) cualquier teoría que sostenga que el derecho es reducible a alguna clase especial de convención debe necesariamente concluir que cuando la convención es incierta o inexistente no hay convención y por consiguiente, hemos encontrado los «límites del derecho», p. 124.

⁴² NINO, C. S., (1989): *El constructivismo ético*, pp. 113 ss.

⁴³ BUSTAMANTE, Th., (2010): «Principios, reglas y derrotabilidad», p. 239.

⁴⁴ GARCÍA AMADO, J. A., (2010): «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico», p. 336.

⁴⁵ WALDROM, J. (1999): *Law as Disagreement*, p. 101. Waldrom llama la atención sobre el considerable esfuerzo desplegado por Rawls (*Political Liberalism*), a través de la idea de los *burdens of judgments*, para explicar el hecho de que los desacuerdos no tiendan a desaparecer por vía de la deliberación. ¿Por qué nuestro intento consciente de deliberar con otros no lleva a un acuerdo razonable?

BIBLIOGRAFÍA:

- AARNIO, A. (1991): *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (1988): «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5, pp. 139-151.
- (1989) «On Necessary Relations between Law and Morality», *Ratio Iuris*, 2 (2), pp. 167-183.
- (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1993): *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- (1994): *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa. Barcelona.
- (1999): «La tesis del caso especial», *Isegoria*, 21, pp. 23-35.
- (2000) «La institucionalización de la razón», *Persona y Derecho*, 43, pp. 217-246.
- (2001): *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (2003): «Justicia como corrección», *Doxa*, 26, pp. 161-171.
- (2005): *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada.
- (2009) «Los principales elementos de mi filosofía del derecho», *Doxa*, n.º 32, pp. 71-72.
- ATIENZA, M. (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, M.-RUIZ MANERO, J. (2001): «La dimensión institucional de Derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, pp. 115-130.
- ATRIA, F. (2004): «La ironía del positivismo jurídico», *Doxa*, 81-139.
- BAIER, K. (1974): *The Moral Point of View*, Cornell University Press, Ithaca.
- BAYÓN, J. C. (1991): *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1991): «Razones y reglas. Sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz», *Doxa*, 10, pp. 25-66.
- BETEGÓN, J. (1998): «Sobre la pretendida pretensión de corrección», *Doxa*, 21 (1), pp. 355-412.
- BULYGIN, E. (2000): «Alexy’s Thesis on Necessary Connection between Law and Morality», *Ratio Iuris*, 13 (2), pp. 133-137.
- «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?», R. Vázquez (comp.) *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, pp. 214-223.
- BUSTAMANTE, Th. (2010): «Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*», P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y derrotabilidad*, Bubok, España, pp. 205-284.
- CABRA Apalategui, J.M. (2000): «Racionalidad y argumentación jurídica», *Derechos y Libertades*, 5, pp. 151-188.
- CARACCILO, R. (1994): «L’argomento della credenza morale», *Analisi e diritto*, pp. 97-110.
- COMANDUCCI, P. (1996): «Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón», *Doxa*, 19, pp. 163-168.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2003): «La teoría de la argumentación: logros y carencias» *Ensayos de Filosofía Jurídica*, Themis, Bogotá, pp. 44-66.
- (2010): «Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas», P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, España, pp. 179-204.

- (2010): «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy», P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, España, pp. 285-343.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998): *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (1999): «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», *Doxa*, 22, pp. 195-220.
- GARZÓN VALDÉS., E. (1990): «Algo más acerca de la relación entre derecho y moral», *Doxa*, 8, pp. 111-130.
- HAGE, J. C.-PECZENIK, A. (2000): «Law, Morals and Defeasibility», *Ratio Juris*, pp. 306-313.
- HART, H. L. A. (1961): *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1982): *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- ITURRALDE, V. (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo blanch, Valencia.
- KAUFMAN, A. (1994): «Entorno al conocimiento científico del derecho», *Persona y Derecho*, 31, pp. 9-28.
- LAPORTA, F. (1990): «Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía iusnaturalista», *Doxa*, 8, pp. 131-147.
- (1993): *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México.
- MACCORMICK, N. (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- NINO, C. S. (1985): *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- (1989): *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1989): *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona.
- (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona.
- (1990): «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7, pp. 311-325.
- (1993): «Respuesta a J.J. Moreso; P.E., Navarro y M.C. Redondo», *Doxa*, 10, pp. 261-264.
- (1993): «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», *Ragion Pratica*, 1993, pp. 32-37.
- PÁRAMO, J. R. de (1988): «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22-24, pp. 89-119.
- PECZENIK, A. (1988): «Legal Reasoning as a Special Case of Judicial Reasoning», *Ratio Juris* (1988), 1 (2), pp. 123-136.
- (1988): «Dimensiones morales del derecho», *Doxa*, 8, pp. 89-109.
- POZZOLO, S. (1998): «Neconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», *Doxa*, 21 (I), pp. 339-353.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1999): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- (2003): *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Perú.
- RAZ, J. (1986): «Introducción», J. Raz (ed.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 7-39.
- (1986): *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- (1991): *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (1993): «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Iuris*, 6 (1), pp. 1-15.
- REDONDO (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1998): «El carácter práctico de los deberes jurídicos», *Doxa*, 21 (II), pp. 355-370.
- (1999): «Sulla rilevanza pratica del diritto», *Ragion pratica*, 13, pp. 203-218.
- Richards, D. A. J. (1971): *A Theory of Reasons for Actions*, Oxford University Press, Oxford.
- ROCA, V. (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- RUIZ MANERO, J. (1990), *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SASTRE ARIZA, S. (1999): *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, MacGraw-Hill, Madrid.
- SILTALA, R. (1990): «Derecho, moral y leyes inmorales», *Doxa*, 8, pp. 149-170.
- SOPER, P. (1993): *Una teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- VIGO, R. (2003): «Balance de la teoría jurídica discursiva de R. Alexy», *Doxa*, 26, pp. 203-224.
- WALDROM, J. (1999): *Law as Disagreement*, Clarendon Press, Oxford.
- WRIGHT, G. H. v. (1986): «De la llamada inferencia práctica», J. Raz (comp.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 91-120.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.

Derecho e incertidumbre

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

RESUMEN

La modernidad es tanto un proceso de conquista de certezas como de producción de incertidumbre. La certeza se afirma como una de las grandes aspiraciones del derecho. En una sociedad como la actual, dominada por la incertidumbre, el derecho tiene que aportar certeza. Lo que hace es transformar incertidumbre. Necesariamente opera con una incertidumbre interna que es constitutiva y está institucionalizada en el mismo Estado de Derecho. Ya no se trata tanto de buscar mejores certezas como de aprender a trabajar con la incertidumbre. El pensamiento jurídico tendrá que plantear sus certezas en función de la incertidumbre.

Palabras clave: *Certeza, Incertidumbre, Lógica jurídica.*

ABSTRACT

Modernity is not only a process of obtaining certainties but one of producing uncertainties. Certainty is one of the main objectives of the law. In the present society, dominated by uncertainty, law must bring certainty forward. What the law really does is to transform uncertainty. Necessarily operates with an internal uncertainty, which is constitutive and becomes institutional in the democratic State. The question is not so much to find better certainties but to learn how to work with the uncertainty. Legal thinking must propose its certainties depending on uncertainty.

Key words: *Certainty, Uncertainty, Legal Logic.*

SUMARIO: 1. LA EXPANSIÓN DE LA INCERTIDUMBRE.—2. FOCOS DE INCERTIDUMBRE EN EL DERECHO.—3. PROPUESTAS PARA UNA TEORÍA JURÍDICA DE LA INCERTIDUMBRE.

1. LA EXPANSIÓN DE LA INCERTIDUMBRE

Los nuestros son *tiempos de incertidumbre*. La incertidumbre no sólo se ha convertido en uno de los principales términos descriptores de la realidad sino también en una figura conceptual que exige plantear una *teoría de la incertidumbre*.

Todo ello se experimenta muy bien en el derecho, en donde no hay una sola faceta que no esté penetrada e incluso dominada por la incertidumbre. Queda ya muy lejos «el mundo de la seguridad», que fue también la edad de oro de la dogmática jurídica, cuando «todo tenía su norma, su medida y su peso determinados»¹.

La incertidumbre tiene su historia, incluso es un producto de la historia. Sería apasionante trazar una historia de la incertidumbre en el derecho, que necesariamente está muy relacionada con la situación social y política. La certeza del derecho es un problema «en cuyo planteamiento y solución han trabajado siglos de desarrollo cívico del hombre, que sólo una amplia investigación histórica y sociológica es capaz de plantear en sus justos términos». Un problema en el que el hombre se juega la vida, o al menos una vida digna. No olvidemos que «lo primero que hace un Estado despótico es romper la cadena de la certeza» para instaurar la arbitrariedad y la desprotección². Ahora las amenazas no vienen tanto desde la política como desde la economía. Sin certeza no hay bienestar ni progreso: no es posible preparar el futuro ni desarrollar proyectos.

Las *fuentes de certeza* de las que se nutre nuestra racionalidad y nuestra vida se forman y se transforman socialmente. La evolución social implica un «incremento de la incertidumbre»³, de una «incertidumbre autoproducida»⁴. Los sistemas sociales, y no los individuos, son los grandes productores de certezas y de incertidumbres. Y sus grandes *distribuidores*. Con las distintas formas de reparto unos ganan

¹ Así se refería ZWEIG, S., *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, trad. J. Fontcuberta y A. Orzeszek, Barcelona, Acatilado, 2002, p. 17, a la época anterior a la Primera Guerra Mundial.

² BOBBIO, N., «La certeza del diritto è un mito?», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 28, 1951, p. 151.

³ LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, Barcelona, Anthropos, 1998, p. 279. Plantea un «principio de la amplificación de la incertidumbre» (p. 282).

⁴ *Idem*, *La sociedad de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Herder, 2007, p. 893.

y otros pierden. Lo que es certeza para unos es incertidumbre para otros. Incluso las certezas de unos se obtienen a costa de las incertidumbres de otros. Tener poder es ser capaz de convertirse en fuente de incertidumbre para los demás⁵.

Precisamente la modernidad filosófica arranca con una famosa proclamación de incertidumbre: la duda cartesiana, que todo lo pone en tela de juicio. Es preciso «poner en duda todas las cosas»⁶. La duda es la única certeza. Todo queda *sub judice*⁷. Este gesto disolvente inaugura una sociedad autocrítica, confrontada consigo misma. Provoca una incertidumbre universal.

Hasta ese momento se partía de lo que parecía cierto. Pero desde entonces la duda es «el motor que ha movido todo pensamiento». La filosofía moderna no consiste sino en «las articulaciones y ramificaciones de la duda»⁸. La duda sigue viva y penetra en todas partes, también en un derecho que necesita un jurista problemático⁹.

Sin embargo para Descartes la duda es la palanca paradójica para encontrar mejores certezas, incluso evidencias. A través de la duda busca lo indudable¹⁰. Pero Pascal objetará: «anhelamos la verdad y no hallamos en nosotros más que incertidumbre»¹¹.

⁵ Cfr. CROZIER, M., *El fenómeno burocrático*, trad. J. M. Guitián de Lucas, Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1965, pp. 189 y ss.

⁶ DESCARTES, R., *Los principios de la filosofía*, trad. G. Quintás, Madrid, Alianza, 1995, I, 1, p. 21. Ya MONTAIGNE, M. de; *Ensayos*, trad. M. D. Picazo y A. Montojo, Madrid, Cátedra, 1992, confesaba: «no creo que haga nada bueno (...) sin rendirme a la duda o a la incertidumbre», Libro I, Cap. L (Vol. I, p. 371).

⁷ WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza*, trad. J. L. Prades y V. Raga, Barcelona, Gedisa, 1995, puntualiza que «quien quisiera dudar de todo, ni siquiera llegaría a dudar» pues «el mismo juego de la duda presupone ya la certeza». Se pregunta: «¿no se necesitan razones para dudar?» (§§ 115 y 122, p. 18). Nuestras dudas «descansan sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de duda» y son «como los ejes sobre los que giran aquéllas» (§ 341, p. 44). Las disputas giran sobre el eje de lo que se considera incontestable (cfr. § 655, p. 87).

⁸ ARENDT, H., *La condición humana*, trad. R. Gil, Barcelona, Paidós, 1993, p. 301. Advierte DEWEY, J., *La busca de la certeza: Un estudio de la relación entre el conocimiento y la acción*, trad. E. Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1952, que el método científico no es el camino que conduce a la verdad sino «una técnica para la utilización productiva de la duda» (p. 199). Dirá ORTEGA Y GASSET, J., *Ideas y creencias (y otros ensayos de filosofía)*, Madrid, Alianza, 1993, que el conocimiento «nace en la duda y conserva siempre viva esta fuerza que lo engendró» (p. 54). La certeza no cancela la duda sino que, remontándose sobre ella, la reproduce.

⁹ Confiesa RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, que la profesión de jurista implica «dudar de ella continuamente en alguna de las capas más profundas de nuestro ser» (p. 144). Y VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, plantea un «pensamiento problemático» que se orienta por la «dubitatio» (p. 54).

¹⁰ Apuntará GADAMER, H.-G., *Verdad y método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1984, que la de Descartes es «una duda artificial e hiperbólica» que forma parte de un experimento que «intenta retener sólo lo indudable» (p. 300).

¹¹ PASCAL, B., *Pensamientos*, trad. J. Llansó, Madrid, Alianza, 1994, p. 124 (núm. 437 de Brunschvicg).

No se puede permanecer en la duda. El escepticismo que «no persigue otra meta que la duda misma» es «indecisión del espíritu»¹². La duda es perplejidad e «irresolución», vacilación que «entraña fácilmente un desgarramiento del espíritu», que «produce inquietud y desazón» y «hace al hombre desgraciado»¹³. Pero la escisión, la negatividad, son estímulos decisivos. Por eso es preciso entregarse a «la potencia de la incertidumbre (*die Potenz der Ungewissheit*)». Una potencia que, mostrando lo inestable de las certezas a las que nos apegamos, «aniquila el dogmatismo común que pertenece inconscientemente a las costumbres y leyes»¹⁴.

Hegel lamentará que el «tránsito» de la certeza a la *verdad* presente en Descartes un «carácter simplista», en la forma abstracta de evidencias vacías¹⁵. La emergencia del sujeto (también del sujeto de derecho) es una *conquista de certeza*. Consiste en saberse y descubrirse a sí mismo, pero no en forma de postulado ni de declaración unilateral, sino en la confrontación con el otro. No sólo pensando sino actuando, arriesgándolo todo y *atravesando la máxima incertidumbre*, hasta lograr el reconocimiento recíproco. La certeza no es el punto de partida sino el *resultado de una lucha*¹⁶. Y la conquista de la certeza no es asunto meramente subjetivo, sino que implica una transformación de la realidad.

La modernidad jurídica fue una lucha tenaz contra la incertidumbre. El estado de naturaleza de los contractualistas es un *condensador* de las incertidumbres que es preciso despejar¹⁷. La certeza no es una condición natural sino el producto *artificial* de la racionalidad política y jurídica. Pensar jurídicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático¹⁸. La

¹² HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, Vol. III, p. 257.

¹³ *Ibidem*, Vol. II, p. 424.

¹⁴ *Idem*, *Relación del escepticismo con la filosofía*, trad. M. C. Paredes, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, p. 75. La expresión alemana puede verse en *Werke*, Vol. II: *Jenaer Schriften. 1801-1807*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, p. 241.

¹⁵ *Idem*, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, cit., Vol. III, p. 264.

¹⁶ Cfr. *Idem*, *Fenomenología del Espíritu*, trad. W. Roces y R. Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, IV: «La verdad de la certeza de sí mismo», pp. 107 y ss.

¹⁷ En su descripción del estado de naturaleza HOBBS, T., *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. C. Mellizo, Madrid, Alianza, presenta como «incierto» el resultado de la actividad humana (p. 107), pero su solución mediante un Estado absoluto provoca nuevas y poderosas incertidumbres. En otro contexto LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, trad. F. Giménez, Madrid, Espasa Calpe, 1991, se referirá a «la incertidumbre y mutabilidad de los asuntos humanos» (II, § 156, p. 318). Con KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, eliminar la incertidumbre (la provisionalidad) se formula como *postulado* y se convierte en un *deber* (cfr. I, §§ 41 y 42, pp. 136 y 137).

¹⁸ FICHTE, J. G., *Fundamento del Derecho natural según los principios de la Doctrina de la ciencia*, trad. J. L. Villacañas y otros, Madrid, Centro de Estudios

ideología de la certeza se afirmaba frente a la arbitrariedad de los jueces y los abusos de los juristas¹⁹. Se sueña con una *certeza perfecta*: el derecho se convertiría en una máquina, los juristas en autómatas, la práctica en mecánica.

El pensamiento decimonónico hizo un uso abusivo de la certeza. Todo se llena de supuestas certezas, en una autosuficiencia a la que no escapa una dogmática jurídica triunfalista²⁰. Pero, tras la ambición del sistema hegeliano, un pequeño libro de Kierkegaard nos devuelve al punto de partida: *de omnibus dubitandum est*²¹. Se inicia el paso de un pensamiento confiado a un pensamiento angustiado.

Ya en el siglo xx la aportación del pragmatismo será decisiva: «La característica distintiva de la actividad práctica, tan propia de ella que no puede ser eliminada, es, precisamente, su incertidumbre». El hombre aspira a «obtener un grado razonable de seguridad en la vida», e incluso se esfuerza por lograrlo «valiéndose de las mismas condiciones y fuerzas que le amenazan», a las que transforma en aliados²².

El ideal de certeza (tanto teórica como práctica) no se puede plantear separado de la acción. Tiene que ver con «el problema de la acción inteligente», de una «inteligencia operante» que «busca la seguridad por medio del control activo del curso cambiante de los fenómenos»²³. Las certezas son una respuesta humana, entre otras posibles, a las incertidumbres de la vida. En una «concepción operacional de los

Constitucionales, 1994, dirá que «el derecho en general es problemático, incierto» (p. 202), y «esta incertidumbre no puede continuar» (p. 203) y se pregunta: «¿Pero cómo debe eliminarse esta incertidumbre?» (p. 204).

¹⁹ VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, Buenos Aires, Sophos, 1940, hace de la voz «Certidumbre, Cierto», un alegato contra los errores judiciales, manifestaciones terribles de «la certidumbre incierta del espíritu humano» (Tomo II, p. 45). En la edición de 1770 declara: «En cuanto a nosotros, ya que no hemos realizado este *Diccionario* más que para hacer preguntas, estamos muy lejos de tener alguna certeza» (de lo que se informa en la edic. de esta obra por L. Martínez Drake, Madrid, Akal, 1985, nota 73, p. 162). Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, trad. J. A. de las Casas, Madrid, Alianza, 1990, propugna el «silogismo perfecto» frente al juez que «abre la puerta a la incertidumbre» (p. 31), para lo que hace falta un «código fijo» que ponga fin a la oscuridad de las leyes, que es «ocasión de la incertidumbre» (p. 32).

²⁰ Con momentos de vacilación, como cuando SAVIGNY, M. F. C. de, *Sistema del derecho romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s. a., alude a «la incertidumbre que generalmente tenemos sobre el móvil verdadero de la ley» (Tomo I, p. 251). Y declara IHERING, R. von; *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. T. A. Banzhaf, Madrid, Civitas, 1987, burlándose de la dogmática de Savigny: «Siento espanto cuando me pinto ese cuadro de la incertidumbre de las cosas humanas» (p. 78).

²¹ Cfr. KIERKEGAARD, S., *Johannes Climacus, o De todo hay que dudar. Relato*, trad. J. Teira, Barcelona, Alba, 2008. Entre los fragmentos relacionados con esta obra se encuentra la siguiente anotación: «*Duda*: es un momento más alto de la incertidumbre. En la duda, determino mi relación con la cosa; no así en la incertidumbre» (núm. 94, p. 138).

²² DEWEY, J., *La busca de la certeza*, cit., pp. 6, 8 y 3. Es una obra de 1929.

²³ *Ibidem*, pp. 38 y 179.

conceptos» éstos son «instrumentos», «artefactos», «herramientas» para tratar con la realidad²⁴.

Ortega y Gasset recurre a un giro muy expresivo de nuestra lengua: es preciso «saber a qué atenerse»²⁵. La vida es «radical inseguridad» y «partimos a la conquista de una seguridad radical» pues «necesitamos hacer pie, hallar algo firme»²⁶. Sentimos que «falla la firmeza» de nuestro suelo y nos parece «caer» en un «abismo», sin encontrar nada para «afirmarnos», en un paradójico «estar en lo inestable». A diferencia de la tierra firme, «lo dudoso es una realidad líquida donde el hombre no puede sostenerse, y cae»²⁷.

El apoyo se revelará como algo sumamente problemático. Heidegger insiste en el fondo que se desfonda, en la imposibilidad de hacer pie y tocar fondo. El fundamento (*Grund*) se resuelve en abismo (*Abgrund*)²⁸. Son los años en los que, desde el trauma del fascismo, un jurista señalaba que «actualmente el problema de la filosofía ha venido a ser, preponderante e intransigentemente, el de la *certeza*, como en la época anterior fue el de la *verdad* y en la época clásica lo fuera el de la *realidad*»²⁹.

En nuestro tiempo, aunque por otras razones, la incertidumbre se ha convertido en un motivo recurrente. Se dice que «nos encontramos en condiciones de incertidumbre endémica»³⁰. Sentimos una «incertidumbre “ambiental” y difusa, ubicua aunque aparentemente inespecí-

²⁴ *Ibidem*, pp. 128, 118 y 129.

²⁵ ORTEGA Y GASSET, J., *Ideas y creencias*, cit., p. 14. Esta expresión la tomará RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, pp. 297 y 298, y *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1995, p. 221. Distingue entre *certeza* (saber a qué atenerse) y *seguridad* (saber que eso sucederá forzosamente), cfr. *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1981, pp. 112 y 113, y *Tratado*, cit., p. 221. Y también GEIGER, T., *Estudios preliminares de sociología del derecho*, trad. A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Granada, Comares, 2001, p. 89, dirá que es preciso «saber a qué atenerse», distinguiendo entre *certeza de orientación* (seguridad en el sentido de *certus*) y de *realización* (*securus*).

²⁶ ORTEGA Y GASSET, J., *Unas lecciones de metafísica*, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial y Revista de Occidente, 1983, tomo XII, p. 108.

²⁷ *Idem*, *Ideas y creencias*, cit., pp. 35 y 36. En *Sobre la razón histórica*, en *Obras Completas*, cit., tomo XII, reitera que al dudar se está «en lo *infirmo*» en «un *estar* que es un *caer*: se *cae* en la duda». La duda es «como un elemento líquido o fluido, como un mar donde el hombre no hace pie» (p. 189). Ahora la «realidad líquida» orteguiana (que planteaba en una obra publicada en 1940) se ha convertido en habitual. Recuerda BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, que la modernidad, con su poder disolvente, fue desde el principio un «proceso de licuefacción». La «fluidez» y la «liquidez» son metáforas rectoras de la fase actual de la modernidad (cfr. p. 8).

²⁸ Cfr. HEIDEGGER, M., *Conceptos fundamentales (Curso del semestre de verano, Friburgo, 1941)*, trad. M. E. Vázquez, Madrid, Alianza, pp. 99 y ss.

²⁹ LOPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del derecho*, trad. S. Sentís y M. Ayerra, Granada, Comares, 2007, p. 6.

³⁰ BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, trad. C. Corral, Barcelona, Tusquets, 2009, p. 11.

fica y poco fundamentada y, por esta razón, más irritante y enojosa todavía»³¹. La sociología del riesgo proclama la irrupción de una incertidumbre a gran escala, que escapa a nuestros mecanismos de control³². La ciencia introduce nuevos espacios de incertidumbre³³. La teoría de la elección racional se enfrenta a sus propios límites y no puede decidir con certeza³⁴. Hay una incertidumbre ética que no se puede eliminar puesto que es la condición misma de la moralidad³⁵. Las incertidumbres del conocimiento y de la acción impulsan a sustituir el pensamiento simplista, que pretende grandes certezas, por un pensamiento complejo capaz de «dialogar con la incertidumbre»³⁶. La comunicación, por más que genere consenso, es un «factor de incertidumbre»³⁷. La democracia no es tanto el gobierno del pueblo

³¹ BAUMAN, Z., *El arte de la vida. De la vida como obra de arte*, trad. D. Udina, Barcelona, Paidós, 2009, p. 12.

³² Cfr. BECK, U., «Teoría de la sociedad del riesgo», en GIDDENS, A. y otros; *Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingencia y riesgo*, trad. C. Sánchez, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 211 y ss.

³³ El principio de incertidumbre de Heisenberg es un emblema de la situación actual. Queda ya lejos la ciencia determinista que «insistía en que la certeza era intrínsecamente posible», como apunta WALLERSTEIN, I., *The Uncertainties of Knowledge*, Philadelphia, Temple University Press, 2004, p. 37. Pero dirá PRIGOGINE, I., *El fin de las certidumbres*, trad. P. Jacomet, Madrid, Taurus, 1997, que no hay que verlo como una derrota (cfr. pp. 213 y ss.). En el mismo sentido se expresa TOULMIN, S., *Regreso a la razón*, trad. I. González-Gallarza, Barcelona, Península, 2003, pp. 294 y ss. En todo caso constata BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro y otros, Barcelona, Paidós, 1998, que «se incrementan los aspectos sujetos a incertidumbre en las ciencias» (p. 227), en parte originados por «la sobreproducción de resultados parciales, hipotéticos, inconexos y contradictorios» (p. 251), producto del desarrollo de una «ultracomplejidad» que escapa a sus propias reglas de control metodológico (p. 205). Sobre las implicaciones jurídicas de todo ello cfr. ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

³⁴ Cfr. por ejemplo ELSTER, J., *El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social*, trad. A. L. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 106.

³⁵ MORIN, E., *El Método*, Vol. 6: *Ética*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006, pp. 45 y ss. Para Bauman, Z., *Ética posmoderna*, trad. B. Ruiz de la Concha, México, Siglo XXI, «la incertidumbre forzosamente debe acompañar la condición del yo moral» (p. 19) pues «los problemas no tienen soluciones predeterminadas» (p. 40) y no se puede partir de la certeza de una «bondad codificada» (p. 73). La moral se basa en una «incierto certidumbre» (p. 94).

³⁶ MORIN, E., *La mente bien ordenada. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, trad. M. J. Buxó-Dulce, Barcelona, Seix Barral, 2000, p. 76. En ídem, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, trad. M. Vallejo-Gómez y otros, Barcelona, Paidós, 2001, plantea la necesidad de sustituir «el deseo de aniquilar la Incertidumbre» y «toda orientación hacia la gran Certeza» por un pensamiento capaz de «afrontar la incertidumbre». Tanto el conocimiento como la acción se presentan como «la navegación en un océano de incertidumbres entre archipiélagos de certezas» (p. 110). En ídem, *El método*, Vol. IV: *Las ideas. Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1992, considera las incertidumbres como impulso para alcanzar un «punto de vista metalógico» (pp. 207 y ss.).

³⁷ GRANT, C. B., *Uncertainty and Communication: New Theoretical Investigations*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 10.

como un proceso de institucionalización de la incertidumbre³⁸. La teoría económica expresa también «la gran incertidumbre con que se abordan los problemas en nuestro tiempo»³⁹.

Precisamente la economía es ahora la gran productora de incertidumbre. Pero la precariedad laboral «no es el producto de una *fatalidad económica* sino de una «*voluntad política*». Se inscribe en «un *modo de dominación* de nuevo cuño», que impone sus «estrategias de la *precarización*». Hay que denunciar que «lo que se ha presentando como un régimen económico regido por las leyes inflexibles de una especie de naturaleza social es, en realidad, un *régimen político* que sólo puede instaurarse con la complicidad activa o pasiva de los poderes directamente políticos»⁴⁰.

Se ha calificado de «*economía política de la incertidumbre*» a esta situación que hace vulnerable cualquier posición social y conlleva una falta de resistencia de los afectados. Se van imponiendo las «reglas para acabar con las reglas», promovidas por los poderes de una economía extraterritorial. Se pretende el «desarme de las instituciones» protectoras del Estado Social frente a la «incertidumbre salvaje» de las fuerzas del mercado⁴¹.

El terreno de las fuerzas globales está ya, en gran medida, «fuera del alcance del control político». Con este panorama «los gobiernos estatales, en su esfuerzo diario por capear los temporales que amenazan con arruinar sus programas y sus políticas, van dando tumbos *ad hoc* de una campaña de gestión de crisis a otra y de un conjunto de medidas de emergencia a otro, soñando sólo con mantenerse en el poder tras las próximas elecciones» o tan sólo con agotar la legislatura. El Estado «pierde gran parte de su fuerza, que ahora se evapora en el espacio global». Vivimos en «una sociedad impotente como nunca para decidir su curso con un mínimo grado de certeza, y para mantener el rumbo escogido una vez tomada la decisión». Ahora «la ausencia de control político convierte a los nuevos poderes emancipados en una fuente de profundas y, en principio, indomables incertidumbres»⁴².

El individuo queda a su suerte, sin redes de protección, expuesto a circunstancias que «trascienden la comprensión y la capacidad individual para actuar». Bajo la presión del mercado, que se alimenta de incertidumbre y la reproduce, «se ha dejado en manos de los individuos la búsqueda, la detección y la práctica de soluciones individuales

³⁸ Tomo la referencia de VECCA, S., *Dell' incertezza*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 175.

³⁹ GALBRAITH, J. K., *La era de la incertidumbre*, trad. J. Ferrer, Barcelona, Plaza & Janés, 1981, p. 12.

⁴⁰ BOURDIEU, P., «Actualmente, la precariedad está en todas partes», en ídem, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, trad. J. Jordá, Barcelona, Anagrama, 1999, pp. 124-126.

⁴¹ BAUMAN, Z., *En busca de la política*, trad. M. Rosenberg, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 180, 182 y 37.

⁴² *Idem*, *Tiempos líquidos*, cit., pp. 25, 40, 15 y 8.

a problemas originados por la sociedad», de individuos «equipados con instrumentos y recursos que resultan a todas luces inadecuados»⁴³.

Nos podemos preguntar hasta qué punto es posible afrontar esta situación. Las sociedades funcionalmente diferenciadas experimentan «una evolución no controlable centralmente»⁴⁴. Ninguna instancia puede aspirar a dirigir el conjunto dado que «una sociedad organizada en subsistemas *no dispone de ningún órgano central*». El derecho ya no gobierna la sociedad, como pretendía la clásica noción de soberanía. Vivimos en «una sociedad *sin vértice ni centro*»⁴⁵. Con todo, la política mantiene «*la ficción de un centro de dirección de la sociedad moderna*»⁴⁶. Se debilitan los mecanismos de participación y de control, y puede que no quede mucha capacidad de resistencia.

La capacidad del derecho de absorber incertidumbre es limitada. Tiene que seleccionar los problemas ante los que va a reaccionar y traducirlos a problemas jurídicos. Corre el riesgo de verse desbordado por una presión que no pueda soportar. No todo tipo de incertidumbre es susceptible de tratamiento jurídico. Y su capacidad de respuesta no sólo depende de que haya voluntad política y posibilidades de técnica jurídica. Depende también de los medios que tenga a su disposición, y muy especialmente de los recursos económicos con los que cuenta. Con lo que la incertidumbre generada por la economía puede desembocar de nuevo en el sistema económico, en una circularidad perversa.

2. FOCOS DE INCERTIDUMBRE EN EL DERECHO

Uno de los rasgos más significativos del pensamiento jurídico del siglo xx es una aguda *conciencia de la incertidumbre* en el propio Estado de Derecho. Veamos algunas manifestaciones en relación con la interpretación de las normas, la apreciación de los hechos, la decisión jurídica, la estructura del derecho y la lógica jurídica.

La incertidumbre producida por el lenguaje es bien conocida. Los conceptos presentan «contornos borrosos» y sólo se pueden definir «por medio de otros conceptos a su vez indeterminados»⁴⁷. Esto es lo

⁴³ *Ibidem*, pp. 11 y 25.

⁴⁴ LUHMANN, N., *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, 1992, p. 126.

⁴⁵ *Idem*, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1993, p. 43.

⁴⁶ BECK, U., *La sociedad del riesgo*, cit., p. 247. Nos encontramos con una «autoridad oficial, que se presenta como política y es impotente», y una «sociedad que lenta, aunque constantemente, pierde capacidad de decisión y se encuentra marginada al terreno de lo no político» (p. 239).

⁴⁷ KANTOROWICZ, G., «La lucha por la ciencia del derecho», trad. W. Goldschmidt, en SAVIGNY y otros; *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 337. Con su habitual provocación proclamó que «hay tantas lagunas como palabras» (p. 337).

normal pues «la mayoría de los conceptos jurídicos son, al menos parcialmente, indeterminados»⁴⁸.

La interpretación jurídica opera con la «indeterminación relativa» de los textos. La norma no es sino un «marco» que deja espacio para la «libre discrecionalidad». La estructura escalonada del ordenamiento articula niveles de indeterminación. Habrá que «evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido “correcto”». La jurisprudencia tradicional se servía de la «ficción de univocidad» para «mantener el ideal de la seguridad jurídica». Pero el «principio de flexibilidad del derecho» se encuentra «en relación inversa con el de seguridad jurídica»⁴⁹.

La interpretación aborda «puntos vitales de incertidumbre» dado que «la mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o más, cada uno de ellos construido en la forma de una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre». Es habitual que «no se pueda establecer con certeza el significado»⁵⁰.

Toda norma presenta la «dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda», que le aporta un «halo de vaguedad». Aflora la «irreductible textura abierta» del lenguaje, y hasta los términos claves de la teoría del derecho tienen su «penumbra de incertidumbre». La función de la incertidumbre es dejar abiertas cuestiones que, dada nuestra incapacidad para anticipar el futuro, no pueden resolverse razonablemente de antemano, sino sólo cuando se presentan. Es preciso poner a prueba las normas «en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará». Algunos sistemas jurídicos tienden a determinarlo todo por adelantado y puede que entonces «se sacrifique demasiado en aras de la certeza», mientras que otros se exceden en considerar sus decisiones adaptables y revisables⁵¹.

Es un error pretender que los conceptos jurídicos son «precisos y cerrados», que su significado está «predeterminado» antes de que surja el problema que hay que resolver, y que su manejo es «una simple operación lógica». Si dotamos a los términos jurídicos de «un rigor artificial» e intentamos «congelar» su significado acabaremos «prejuzgamos ciegamente» con planteamientos forzados⁵².

⁴⁸ ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001, p. 130. Precisa que «por concepto indeterminado entendemos un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto» (p. 130).

⁴⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pp. 349, 350, 356 y 262. En ídem, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. L. Legaz y Lacambra, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, la seguridad jurídica aparece como una «ilusión» (p. 65).

⁵⁰ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 70, 150 y 173.

⁵¹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 153, 159-160, 166, 167 y 162.

⁵² *Idem*, «El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna», trad. J. J. Moreso, en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (eds.); *El ámbito de*

Se ha denunciado la certeza como «el mito jurídico básico», como una «ilusión». Pero no hay que ocultar la incertidumbre sino saber afrontarla «conscientemente y con destreza». Hay una «incertidumbre inherente al derecho» y «el coeficiente de incertidumbre jurídica es incuestionablemente grande»⁵³. Incluso «*gran parte de la incertidumbre del derecho no es un accidente desafortunado: es de inmenso valor social*». Una realidad que se está transformando constantemente necesita un sistema jurídico «capaz de fluidez y flexibilidad», capaz de realizar «compromisos relativos y transitorios» entre estabilidad y cambio⁵⁴. Y junto a la incertidumbre normativa está la relacionada con la fijación de los hechos, que puede ser todavía mayor⁵⁵. Cualquier pleito «está usualmente en una “condición inestable” que hace imposible la predicción de su resultado»⁵⁶.

Por mucho que una norma sea válida no habrá «nunca certeza absoluta» de que se vaya a aplicar efectivamente. Nuestros pronósticos tendrán un valor relativo que va desde la «virtual certeza» a la probabilidad escasa de una «simple conjetura». Y aunque el fundamento jurídico esté claro, «la apreciación de la prueba está condicionada subjetivamente en tan alto grado, que esta razón por sí sola excluye toda posibilidad de calcular por anticipado con certeza el resultado de casos en los que haya hechos controvertidos»⁵⁷.

No se puede seguir pensado en términos de una «jurisprudencia mecánica», como si las decisiones estuvieran completamente programadas⁵⁸. Es bien sabido que «el juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones»⁵⁹. El sistema jurídico no es plenamente calculable pues «cada operación autopoiética modifica el sistema» y «coloca la máquina en otra posición». Pues «no se trata de una máquina trivial que transforma siempre de la misma manera *inputs* en *outputs*», sino de «una máquina que pone en

lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 113-115.

⁵³ FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970 (publicado originalmente en 1930), pp. 21, 15, 399, 8 y 6. El «principio de incertidumbre» de Heisenberg aparece citado en pp. 7 y 354.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁵ Cfr. *idem*, *Derecho e incertidumbre*, trad. de C. M. Bidegain del artículo titulado originalmente *Short of Sickness and Death: a Study of Moral Responsibility in Legal Criticism*, México, Fontamara, 2001, p. 136. Cfr. también *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1973, p. 410. Para KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., los hechos no son asunto de mera constatación, sino producto de una «función constitutiva» (p. 248), resultado de un «procedimiento de producción» (p. 251).

⁵⁶ FRANK, J., *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 121.

⁵⁷ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 71-72 y 69-70.

⁵⁸ Cfr. la crítica clásica de POUND, R., «Mechanical Jurisprudence», *Columbia Law Review*, 8, 1908, pp. 605 y ss.

⁵⁹ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 174.

juego su estado en cada operación» y «construye en cada momento operativo una nueva máquina»⁶⁰.

La posibilidad de predecir con total certeza el resultado de los procedimientos jurídicos sería incluso sospechosa. Un margen de incertidumbre es un «indicador» de que el sistema jurídico efectivamente funciona. La certeza absoluta sólo existe en las elecciones fraudulentas o en los pleitos amañados. Un derecho realmente operativo es «fuente de incertidumbre»⁶¹.

Por otra parte el sistema jurídico experimenta una complejidad creciente que introduce incertidumbre su propia estructura⁶². La unidad del ordenamiento se dispersa en «micro-sistemas» con lógicas diferentes. Se ha producido una «transición del *mono-sistema* decimonónico al *poli-sistema*». Y en un «ordenamiento *poli-sistemático*» se detectan además «normas *a-sistemáticas*», refractarias todo principio unificador. Un derecho «*policéntrico*» no reconoce fácilmente prioridades lógicas⁶³.

Los problemas son cada vez más complejos y las instancias de decisión cada vez más dispares. Por oposición al clásico «modelo supercentralizado, jerárquico y lineal», el derecho se orienta cada vez más hacia un «modelo superdescentralizado, circular y recursivo». Constituye un espacio incluso «anárquico» en el que «las relaciones que prevalecen responden a una lógica “horizontal” o “transversal” más que “vertical”», que opera con una «relativa imprevisibilidad» y desarrolla «estructuras de retroacción». Aparecen fenómenos de «jerarquía enredada» y «bucle extraño», que confunden niveles distintos y subvierten la lógica tradicional⁶⁴.

El derecho ya no puede concebirse de modo jerárquico sino «*heterárquico*»⁶⁵. Presenta la «*heterarquía* de una organización *modular*», de segmentos que se pueden ensamblar de distintas formas⁶⁶. Y su articula-

⁶⁰ LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 113 y 114.

⁶¹ ELSTER, J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, trad. E. Zaidenweg, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 109 y 111.

⁶² En el pensamiento jurídico hay una clara conciencia de los límites y las fracturas del sistema. Pero la realidad va más allá de lo que presenta CANARIS, C. W., *El sistema en la Jurisprudencia*, trad. J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, con concepciones como la del carácter abierto del sistema (pp. 71 y ss.) o el sistema móvil (pp. 85 y ss.).

⁶³ IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 59, 191, 138, 140 y 40.

⁶⁴ KERCHOVE, M. van de, y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de L. Hoyo, Madrid, Universidad Complutense, 1997, pp. 104 y 105.

⁶⁵ LUHMANN, N., «Positivität als selbstbestimmtheit des Rechts», *Rechtstheorie*, 19, 1988, p. 24.

⁶⁶ Tomo la expresión de ídem, *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, 1992, p. 236, referida al sistema económico. La tópica jurídica responde a esta visión del derecho como un conjunto de materiales susceptibles de adoptar distintas combinaciones y conexiones, según un *principio modular*, y en este sentido se justifica su conexión con un *ars combinatoria*. Cfr. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit.,

ción ni siquiera es lineal sino circular. La jerarquía normativa queda como una «estructura secundaria», que hay que relativizar en una red de operaciones en la que «todas las jerarquías son estructuras circulares»⁶⁷. En conjunto «se asemeja más a una masa nerviosa que a una jerarquía ejecutiva»⁶⁸.

Veamos lo que ocurre si en el lugar de la clásica pirámide de normas ponemos una red de decisiones. Pensemos en la multiplicación y ramificación de decisiones interdependientes, en decisiones que provocan otras decisiones, en decisiones sobre decisiones. Encontramos que «la proliferación del número de decisiones sólo puede significar que las posibilidades de control e influencia centralizados disminuyen (mientras no limiten este efecto medidas contrarias de técnica de control) y son reemplazados por mitologías»⁶⁹.

Los que deciden sobre las premisas de decisión de otros «no saben con seguridad lo que se decide antes de ellos, al mismo tiempo que ellos, ni después de ellos; con mucha frecuencia no saben exactamente qué deciden ellos mismos ni qué será visto y trabajado como su decisión en el sistema». Y «ni siquiera saben con seguridad suficiente ni con bastante exactitud qué decisiones o no decisiones provocan con su decidir». Los sistemas se han vuelto excesivamente complejos como para poder dirigir su propia «red de decisión»⁷⁰.

La red se presenta como la «nueva morfología» de la realidad social⁷¹. Ya no habría una «estructura» sino una «matriz de conexiones y desconexiones aleatorias» que estimula orientaciones «laterales» o transversales más que «verticales» y está en incesante transformación⁷². Todo lo que implica parámetros rígidos, un orden predeterminado, no se deja inscribir en la red. Surge así un mundo atomizado, con gran densidad de relaciones pero sin vínculos duraderos ni patrones estables, cada vez más incierto e imprevisible.

El derecho tiende a trabajar en red y a adoptar las características de la red. En el sistema clásico todo tenía un lugar determinado, pero en una organización reticular prima la «conectividad». Ahora no cuentan tanto las posiciones como las relaciones. Todo es interdependiente e interactivo, con lo que se relativizan las estructuras jerárquicas. La red es un «ámbito relacional» en el que cada punto es un «núcleo de rela-

pp. 113 y ss. Como en un almacén, los materiales de construcción se pueden organizar y clasificar mediante una «tópica de segundo grado» que redacta «catálogos» (p. 58). Pero no puede haber un índice sistemático; todo lo más un índice de materias.

⁶⁷ LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, 3.ª edic., Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 358-359.

⁶⁸ *Idem*, *Sociología del riesgo*, cit., p. 211, referido al sistema político.

⁶⁹ *Idem*, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, trad. D. Rodríguez Mansilla, Barcelona, Anthropos, p. 70.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 71 y 52.

⁷¹ M. CASTELLS, M., *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. I: *La sociedad red*, segunda edición revisada, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001, p. 549.

⁷² BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos*, cit., pp. 9 y 10.

ciones» y el presupuesto para nuevas, y a veces sorprendentes, formas de relación⁷³.

En este contexto el método jurídico experimenta unas fortísimas «pérdidas de certeza» que dificultan su capacidad para servir de guía y controlar la corrección de sus propuestas. Se ha llegado a plantear incluso «el final del método jurídico», al menos en la versión que ofrecía la dogmática que pretendía calcular con conceptos⁷⁴. Nuestro instrumental teórico, dependiente de categorías decimonónicas, se ve desbordado y provoca bloqueos epistemológicos. Nos queda la argumentación jurídica, pero es el campo de «lo verosímil, lo plausible, lo probable», de lo que «escapa a la certeza del cálculo»⁷⁵.

3. PROPUESTAS PARA UNA TEORÍA JURÍDICA DE LA INCERTIDUMBRE

Veamos ahora algunas pautas para abordar la incertidumbre con la que trabaja el derecho y con la que, cada vez de modo más insistente, se va a ver confrontado. Se invierte la perspectiva habitual y se pone el acento no en la certeza sino en la incertidumbre. La propia noción jurídica de certeza plantea grandes incertidumbres⁷⁶. Necesitamos una

⁷³ IZUZQUIZA, I., *Filosofía del presente: Una teoría de nuestro tiempo*, Madrid, Alianza, 2003, pp. 163 y 164.

⁷⁴ Cfr. HAVERKATE, G., *Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, pp. 156 y ss. Lo comenta LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, en el Epílogo a la cuarta edición, pp. 496 y ss. En la bibliografía española se ha hecho eco PEREZ LUÑO, A-E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 101 y ss.

⁷⁵ PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. J. Sevilla, Madrid, Gredos, 1989, p. 30.

⁷⁶ Irónicamente apunta GOMETZ, G., *La certeza giuridica como prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, que «pocos conceptos, entre los considerados por la filosofía jurídica, son tan inciertos como el de *certeza del derecho*» (p. 1). Como señala LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, abarca exigencias «contrastantes» (p. 568) que provocan «antinomias internas a la misma noción de certeza» (p. 592) y también con respecto a otros valores, lo que hace patente su «relatividad» (p. 592). Precisamente el núcleo del pensamiento de RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, son «las antinomias de la idea del derecho» (p. 95), de la que forma parte la certeza, con sus «agudas contradicciones» que hacen la vida «problemática» (p. 101). En su *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. W. Roces, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, dirá que su pugna con la justicia «representa un conflicto de la justicia consigo misma», que «no puede ser resuelto de una manera unívoca». En algunos casos la certeza «justificará», en cuanto «forma menor de la justicia», la obediencia a un derecho en cierta medida injusto (p. 44). Por su parte RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., plantea el «alcance limitado y relativo» de la certeza (p. 299). La sitúa en una estructura «bipolar» (p. 293), en tensión con otros valores, especialmente con la justicia (que implica a su vez un conjunto de valores en tensión). La tensión entre certeza y cambio social es también «una de las principales

nueva consideración de la incertidumbre y de su función en el derecho. El objetivo no es tanto la búsqueda de mejores certezas como aprender a trabajar con la incertidumbre.

– El derecho instaure certezas para afrontar la incertidumbre, para controlarla e incluso para dominarla. En todo caso *las certezas del derecho están en función de la incertidumbre*. Son formas de tratar con la incertidumbre.

– Para poder hacerlo genera su propia incertidumbre. Una sociedad abierta exige un *derecho abierto*, que se articula con elementos inestables⁷⁷. En lugares estratégicos interviene una *incertidumbre interna*, que no es un accidente sobrevenido sino un elemento *constitutivo* del Estado de Derecho. El derecho sólo puede operar y regularse con un margen de incertidumbre. De otro modo se bloquearía. Hay incertidumbres que no le vienen dadas sino que las genera para dotarse de *márgenes de maniobra*, para lograr *elasticidad*. La incertidumbre no es sólo un subproducto inevitable sino un *principio operativo*. Surge la pregunta de cuál es el grado de incertidumbre que tiene el derecho a su disposición y cuál es el que puede tolerar.

– Certeza e incertidumbre son límites ideales. Entre ambos extremos hay una amplia zona intermedia para transitar. Es una cuestión abierta dónde se sitúa la diferencia. La certeza es relativa, es cuestión de grado. Funciona como un *concepto móvil*, como un *diferencial* que puede desplazarse. Nada es cierto por sí mismo ni lo es de la misma manera. La noción de certeza es sólo la *contrapartida* de la incertidumbre, su contrapeso. Está sujeta a apreciaciones que varían según los puntos de vista y los contextos. El objetivo no es alcanzar la certeza

antinomias» del derecho (p. 304). Y como la certeza tiene un carácter *formal* e indiferente (*adiáfora*) respecto a su contenido provoca incertidumbre sobre lo que merece ser asegurado. Los planteamientos de jerarquía axiológica que encontramos en *Introducción al estudio del derecho*, cit., no cesan de generar incertidumbres. La certeza es un valor inferior con respecto a la justicia, pero a la vez «es condición indispensable y previa para el cumplimiento de los valores de superior jerarquía» (p. 136). Debe ser «puesta al servicio» de los valores superiores (p. 137) pero desde el nivel inferior se puede relativizar el superior: habrá que «tolerar imperfecciones» en un derecho que sea «*relativamente justo*», aunque la tolerancia «no debe ser ilimitada» (p. 138). La certeza no tiene el mismo peso en todas las cuestiones y DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992, plantea un «diferente valor marginal de la certeza» (p. 259). BAUMAN, Z., *En busca de la política*, cit., trata de una «*certeza incierta*» (p. 33 y ss.) y de la «*metaincertidumbre*» o «*incertidumbre en cuanto al grado de certeza*» que se puede alcanzar (p. 36).

⁷⁷ POPPER, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. E. Loedel, Barcelona, Paidós, 2010, concibe la sociedad cerrada como un mundo de «certeza» (p. 174). Pero «si queremos seguir siendo humanos, entonces sólo habrá un camino, el de la sociedad abierta». Esto implica que «debemos proseguir hacia lo desconocido, lo incierto y lo inestable sirviéndonos de la razón de que podamos disponer, para procurarnos la seguridad y libertad a que aspiramos» (p. 195). La sociedad cerrada niega la incertidumbre y favorece un pensamiento dogmático, mientras que la sociedad abierta la reconoce y desarrolla un pensamiento crítico. Una sociedad abierta se caracteriza por tener instituciones que permiten abordar la incertidumbre.

za absoluta (la evidencia) sino una *certeza suficiente*. Nos conformamos con lo que está –como se dice en ámbitos judiciales– más allá de toda duda razonable. Pero lo que denominamos razonable es una forma de acotar la incertidumbre.

– Enfrentamos la incertidumbre a la certeza. Pero no se trata simplemente de sustituir una por otra, como si fuera una dicotomía excluyente. Es más bien un *contraste*. La cuestión es cómo manejar una *polaridad* que abarca ambos lados, que los mantiene en tensión. Se necesita tanto la certeza como la incertidumbre. Hay que decidir dónde se establecen los apoyos y dónde se juega con la movilidad, dónde se mantiene la forma y dónde aparece lo informal. Es una cuestión de diseño institucional. Una pieza del derecho puede convertirse en el eje en torno al que giran otras o puede dejarse disponible, como un engranaje abierto. Es una dinámica que se puede invertir. Las zonas de holgura, los vacíos, las indecisiones, las suspensiones, no son necesariamente carencias. Pueden ser *reguladores*, *puntos de articulación* e *impulsos* para el derecho. La cuestión es cómo el derecho *distribuye sus certezas y sus incertidumbres*. Esta distribución se modifica constantemente. La propia práctica la va modificando.

– La incertidumbre no se reduce con certezas sino con incertidumbres de otro tipo: *una incertidumbre se reduce con otra*⁷⁸. Se pasa así de una incertidumbre indeterminada a una *incertidumbre determinada*, es decir parcialmente acotada, fijada, definida y estructurada en cierto modo. Las certezas *dan forma* a la incertidumbre. No la suprimen. Son modos de *resistencia* a la incertidumbre.

– Las certezas del derecho se mantienen como tales en la medida en que son capaces de *procesar y absorber* incertidumbre. No se afirman por su verdad intrínseca sino por sus efectos. No pueden concebirse como premisas indiscutibles, como axiomas que se desentienden de sus consecuencias.

– Hasta qué punto la incertidumbre es *funcional* y hasta qué punto se convierte en un *elemento disolvente* del derecho depende de cómo intervenga en las operaciones jurídicas. Estamos dispuestos a aceptar numerosas incógnitas si forman parte de ecuaciones cuyo resultado consideramos que es justo. Si se logra una mayor certeza en la esfera vital será una *incertidumbre productiva*. Si no contribuye a dar respuesta a los problemas habrá perdido su razón de ser. Pero esto no depende de que haya o no incertidumbre, sino de cómo el derecho trabaje con su propia incertidumbre.

– El derecho tiende a orientarse por sus consecuencias. Como la realidad es cambiante e imprevisible su capacidad de producir certeza en las relaciones sociales se logra a costa de sacrificar su certeza inter-

⁷⁸ Es lo mismo que ocurre con la complejidad. Dirá LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., que «sólo la complejidad puede reducir complejidad» (p. 49). Se trata siempre de la «reducción de una complejidad por otra», no del paso de lo complejo a lo simple sino de la producción de una «*diferencia* de complejidades» (p. 50).

na, su coherencia⁷⁹. La orientación del sistema hacia sus resultados, la programación por objetivos, deforma una lógica jurídica que ya no puede seguir siendo planteamiento formalista y abstracto. Con ello la racionalidad jurídica se arriesga a perder el control sobre sí misma⁸⁰.

– Hay incertidumbres que *no se eliminan sino que se transforman*. Cambian de formato. Las certezas son *transformadores* de incertidumbre y, al menos en parte, la retienen. El derecho canaliza la incertidumbre y la pone en circulación. Necesita elementos que sean transportadores de incertidumbre. No podría operar si no fuera capaz de mantener una *incertidumbre circulante*. Frente al planteamiento tradicional que busca «certezas inamovibles», se trata de hacer circular e *intercambiar* tanto la certeza como la incertidumbre. La circulación acaba por convertirse en *circularidad*: la certeza jurídica adquiere una estructura circular.

– Las certezas encubren incertidumbre, la vuelven latente. La desplazan a una zona de sombra, o la encierran para aislarla. Pero puede rebrotar, incluso con más virulencia. Frenan o bloquean un cuestionamiento que podría llevarse más allá. Son a la vez condensadores e interruptores de incertidumbre. Siempre podemos preguntarnos por *las incertidumbres de nuestras certezas*, por las inseguridades de nuestras seguridades. El que confía demasiado en la capacidad de orientación de los principios y las grandes palabras del derecho descubre que las respuestas se transforman pronto en preguntas.

– Las certezas jurídicas no se encuentran ya dadas. El derecho no las puede tomar de la moral, de la economía, de la política. Tiene que generarlas con sus propios medios. Son certezas *autoproducidas*. No se descubren sino que se construyen. La cuestión no es cómo se detectan sino cómo se determinan. Aparece así una problemática de *invención de la certeza*. En todo caso se trata de certezas jurídicas, que pueden no servir de nada, ser perturbadoras y ser rechazadas en otros ámbitos. Y no sólo hay que producirlas sino darles firmeza: sostenerlas, incluso imponerlas, lo que puede implicar un enorme esfuerzo. Se puede preguntar por el coste (económico, social, político, o incluso jurídico) que hay que pagar por ello, por *el precio de las certezas*.

– Claro está que no se trata de certezas personales sino de *certezas públicas*, de un sistema de referencias sobre el que se estructura la

⁷⁹ Las corrientes antiformalistas han promocionado la orientación hacia las consecuencias. IHERING, R. von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998, proponía que «la vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquella» (p. 1020). Y Weber dirá que la exigencia ética de responsabilidad consiste en hacerse cargo de las consecuencias. DEWEY, J., «Logical Method and Law», *The Cornell Law Quarterly*, 10, 1925, distingue una «certeza teórica», que pone el acento en los presupuestos y en la estricta deducción, de una «certeza práctica», que busca resultados capaces de satisfacer los requerimientos de la realidad (p. 25).

⁸⁰ Cfr. LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 48 y ss.

sociedad. Operan en un plano organizativo y no necesariamente psicológico. No son cuestión subjetiva sino objetiva: por medio de ellas se construye una realidad. Son instituciones y no tienen por qué ser convenciones.

– La capacidad que tiene el derecho de generar certeza, de *certificar*, no consiste en constatar sino en configurar. No hay descripción sino construcción. No se trata de un uso descriptivo o informativo del lenguaje sino, en la línea de las expresiones lingüísticas realizativas (*performative*), de «hacer cosas con palabras», de hacer que algo sea cierto. Pues *la certeza se fabrica*. El acto productor de certeza no es meramente declarativo sino *constitutivo*. No es una operación de conocimiento sino de *reconocimiento*.

– Las certezas no son verdades, son *convenciones*. No pertenecen al ámbito del conocimiento sino de la acción. No pretenden describir la realidad sino afrontar problemas. Son *certezas operativas* que aspiran a transformar la realidad para hacerla cierta, a convertir situaciones problemáticas en situaciones resueltas.

– El derecho plantea *una certeza sin verdad*. No tiene que ver con el orden de la verdad, como quiso el iusnaturalismo⁸¹. Incluso se atreve a tomar el lugar de la verdad, como cuando decreta que «*res iudicata pro veritate habetur*». Las certezas son invenciones, y en ese sentido *ficciones* (pero no irrealidades) que configuran la realidad. La ficción no se contrapone a la realidad. Hay una realidad de la ficción, y cuanto más desarrollada está una sociedad más necesita de la ficción. El derecho se apoya masivamente en la ficción. Lo que hace es *fingir certezas*, y también presuponerlas, darlas por supuesto.

– Otra cosa es que el derecho necesite generar *confianza*. Pero la confianza es *aceptación de la incertidumbre*. A diferencia del consenso, que se articula en torno a valores, planteamientos o mecanismos de participación, la confianza se basa en el desconocimiento (de otro modo sería un saber), compensado por mecanismos de control, por garantías. El derecho apenas se puede controlar desde parámetros prefijados, desde las certezas. Lo que se controla es la capacidad de absorber incertidumbre. Es esto reside la *fiabilidad* del sistema. El acento se desplaza de lo conocido a lo desconocido.

– El ámbito de la certeza está socialmente diversificado. Es *plural y contradictorio*. Lo que en un sistema se considera cierto puede ser simultáneamente incierto e insostenible para otro. La multiplicidad no se deja unificar y *no hay un sistema de certezas*. Este es uno de los rasgos que caracterizan el pluralismo de nuestras sociedades, que no consiste simplemente en la coexistencia de distintos esquemas de valores, sino en que los sistemas sociales promueven principios que no necesariamente son coherentes. Cada sistema es fuente de incerti-

⁸¹ VICO, G., *El Derecho universal*, trad. F. J. Navarro, Barcelona, Anthropos, 2009, distingue lo «verdadero (*verum*)», que se basa en la razón, de lo «cierto (*certum*)», que «se basa en la autoridad», aunque busca conectarlos, pp. 13 y 14.

dumbre para los otros (el derecho ve con preocupación a la política, la economía recela del derecho). La clásica problemática de la coherencia da paso a una nueva problemática de la *compatibilidad*.

– También las certezas jurídicas son *plurales y contradictorias*. La articulación del derecho depende de su interacción y de sus configuraciones. El papel de algunas es cuestionar a otras. Su antagonismo no siempre es una antinomia que deba resolverse dando prioridad a uno de los términos. Puede que se trate de trazar líneas de tensión. La confluencia puede adoptar distintas disposiciones: conjunción, suspensión, equilibrio, contrapeso, interferencia, complicación, implicación, entre otras posibilidades. Las certezas se agrupan en constelaciones variables. Inciden unas en otras, pero ninguna puede aspirar a dirigir el conjunto. Esto nos sitúa en *un ámbito de incertidumbre abierto precisamente por las propias certezas*. Se tendrá esta experiencia a poco que se trabaje con los principios del derecho, o se pregunte por cuáles son los valores presentes en un caso, o los bienes jurídicamente protegidos. El diseño del Estado de Derecho ilustra también esta problemática de contraposiciones y de certezas que se desafían, que se provocan mutuamente.

– La certeza jurídica es fluctuante y *reversible*. Las certezas son *variables* que el derecho redefine y transforma. Son *certezas inestables*⁸². Un sistema no se debe a sus certezas, no está comprometido absolutamente con ellas, sino que *están a disposición del sistema*, que las manejará incluso de forma oportunista, según su capacidad para orientar y resolver problemas. Las certezas no gobiernan el derecho. Es más bien el derecho el que intentará gobernar sus certezas. Los elementos fijos dependen de los móviles⁸³.

– La producción jurídica de certezas no está localizada en un solo lugar del sistema, desde el que se gobierne la lógica jurídica, sino diseminada por todo el derecho. En este aspecto el derecho no es jerárquico. No dispone de un lugar rector capaz de dominarlo. Esto plantea el problema de hasta qué punto es capaz de controlar sus propias certezas. Las instancias jurídicas de control no son simples garantes de la certeza y se convierten en nuevos factores de incertidumbre. Piénsese en cualquier tribunal constitucional.

⁸² Ahora, como detecta LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, trad. J. Beriain y J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, las estructuras de sentido se basan en elementos inestables y tienen una complejidad creciente. El sentido es «alternante entre la actualidad, que es cierta pero inestable, y la potencialidad, que es incierta pero estable». Puesto que ya «no tenemos acceso a la certidumbre estable» habrá que operar relacionando «la certidumbre inestable» con la «incertidumbre estable» (p. 29).

⁸³ Constata LUHMANN, N., «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en ídem, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, que «en la era del derecho positivo no se puede basar lo móvil en lo fijo; al contrario, lo fijo tiene que basarse en lo móvil» (p. 145).

– Nada es jurídicamente cierto *per se*, por ser intrínsecamente incuestionable, sino *per alterum*. El ámbito de la certeza no consiste en fijaciones, en anclajes, sino que depende de conexiones. Una certeza se apoya en otra, es cierta por otra. Es una *certeza relacional*. Las certezas se hacen fuertes entre sí formando un *tejido de certezas*. No se trata solo de derivación (esquemas deductivos, jerarquía normativa, silogismo jurídico) sino de *apoyo recíproco*⁸⁴. A una norma la sostiene tanto la que está encima como la que está debajo. La afirma tanto la norma superior de la que «procede» como el reglamento que la desarrolla. Se reafirma por la insistencia con la que forma parte de razonamientos jurídicos, por su recurrencia en cadenas normativas. La certeza está diseminada y se vuelve difícil de localizar. No hay una fuente, un primer principio u origen, sino desarrollos circulares.

– Además la certeza tiene que ver con la *posibilidad de sustitución*. Algo se mantiene como cierto porque no hay recambio. En vez de preguntar en qué se basa una norma o una decisión habría que preguntar por qué se podría reemplazar. La máxima certeza se obtiene por la falta de alternativas. Una certeza se desplaza con otra, pero puede que no tengamos nada que poner en su lugar.

– La certeza jurídica activa mecanismos de *indiferencia*. No se mantiene sólo suscitando adhesión sino también haciéndose inmune a los ataques. Por ejemplo la norma permanece como válida aunque no se cumpla. El derecho se desentiende del conocimiento que de él tengan los afectados. La verdad forense puede tener poco que ver con lo que aparece fuera del derecho. La democracia no sólo desarrolla procedimientos de participación sino también estrategias de distanciamiento.

– Las certezas jurídicas se vuelven cada vez más abstractas. Tienen a desplazarse de lo particular a lo general, de lo material a lo formal, de los resultados a los presupuestos. La certeza sustantiva cede el paso a la *certeza procedimental*. Interesan más las certezas dinámicas que las estáticas. Las reglas de juego son decisivas. En la medida de lo posible el derecho no basa sus certezas en resultados, que serán desconocidos de antemano, sino en episodios que procesan incertidumbre. Los principios se convierten en pautas y modos de proceder. La interpretación depende de un procedimiento de interpretación. La decisión es el resultado de un procedimiento de decisión.

– La certeza (y no sólo la incertidumbre) no se conecta con la noción de necesidad sino con la de *contingencia*, y por lo tanto con la

⁸⁴ WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza*, cit., plantea «un sistema cuyas consecuencias y premisas se sostienen *recíprocamente*» (núm. 142, p. 21), de modo que «no me aferro a una proposición, sino a una red de proposiciones» (núm. 225, p. 30). Nos encontramos con que el «fundamento es sostenido por el resto del edificio» (núm. 248, p. 33)

de *posibilidad*⁸⁵. No se trata sólo de que las certezas jurídicas podrían ser de otra manera. Las realmente importantes son las que abren otras posibilidades (las que producen alteridad). Son *certezas dinámicas*, puntos de apoyo no para aferrarse y arraigarse sino para desplazarse, que impulsan un *pensamiento de la diferencia*. Por ejemplo el principio de libertad favorece la diversidad, y el de igualdad promueve la diferencia.

– En el derecho tienen un gran papel las *certezas polémicas*. Designan debates y no se pueden afirmar sin controversia. Se mantienen como puntos de referencia y marcan un territorio, pero no son innegables. Están rodeadas por otras certezas rivales, o al menos por otras versiones de sí mismas. No aquietan el debate sino que lo suscitan y se sostienen en él.

– Encontramos también *certezas incómodas*, que están destinadas a ser *focos de inquietud* para el derecho. No podemos entender el papel de los derechos humanos, de los grandes valores y principios, sin tomar nota de su formidable capacidad para trastornar el derecho. El derecho aloja en su interior elementos que le perturban, certezas productoras de incertidumbre.

– El jurista está siempre interpretando. Interpretar es afrontar la incertidumbre de un hecho o de un texto, en principio abierto a varias interpretaciones, para determinar un sentido o un significado. Pero los criterios para interpretar están también sujetos a interpretación. Y el resultado de la interpretación es a su vez interpretable. Nos movemos así entre *certezas interpretables* que reproducen la incertidumbre.

– Y no hay derecho sin decisiones. La decisión efectúa un salto de la incertidumbre a la certeza. Si se supiera previamente lo que se va a decidir no habría decisión sino consecuencia necesaria. La decisión estaría decidida de antemano, el caso estaría prejuzgado. El derecho *decide sus certezas*. Pero a una decisión seguirá otra y, por mucho que se establezcan precedentes o que una decisión adquiera firmeza, el derecho no siempre se vincula a sus decisiones.

– La certeza es un factor de orden, un principio de estabilización; la incertidumbre representa el desorden, es un *principio de irritación*. Orden y desorden no sólo son dos estados antagónicos sino también cooperativos. El desorden puede ser un *estímulo* para construir un nuevo orden. No podemos ver la incertidumbre sólo como una perturbación destinada a ser reconducida a las certezas ya poseídas, en un esquema repetitivo. Puede ser la oportunidad para *alcanzar nuevas certezas*. Y aunque las certezas proporcionan seguridad no se pueden

⁸⁵ En palabras de LUHMANN, N., *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, «los valores propios de la sociedad moderna habrán de ser formulados en la forma modal de la contingencia» (p. 45). La *autopoiesis* de los sistemas exige «operaciones sin certeza última» (p. 117).

mantener sin asumir riesgos. Las certezas se convierten en riesgos específicos del derecho.

– La pregunta por la justicia *interrumpe la certeza del derecho*. La exigencia de justicia puede expresar una convicción absoluta, pero precisar qué es lo justo y argumentarlo es otra cosa. Siempre habrá que preguntarse si no sería posible una justicia mejor. Nadie puede pretender saber todo lo que significa la palabra justicia. Nadie puede apoderarse de ella, encerrarla, agotarla. No es un orden de perfección, un derecho superior, un repertorio de certezas al que aproximarse⁸⁶. Desde su propia incertidumbre la justicia no cesa de trastornar el derecho.

– La potencia de la lógica jurídica no se mide por sus certezas ni por su ausencia de incertidumbre, sino por la capacidad de *controlar tanto las certezas como las incertidumbres* del derecho. Excesivas certezas bloquean el sistema en su redundancia. Pocas certezas proporcionan pocos puntos de referencia. Excesivas incertidumbres son inmanejables. Pocas incertidumbres reducen los movimientos. La lógica jurídica tiene que ver con el grado de certeza y de incertidumbre *soportable* por el sistema, con la mejor combinación y articulación de ambos factores. El derecho se sostiene tanto por sus certezas como por sus incertidumbres.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.

⁸⁶ DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, trad. A. Barberá y P. Peñalver, Madrid, Tecnos, 1997, reconoce que no puede haber «certeza determinante» de la presencia de la justicia (p. 58). Siempre hay otra posible justicia que «destruye» desde dentro «toda certeza o toda pretendida criteriología que nos asegure la justicia de una decisión» (p. 57). Por su parte RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, comienza planteando una situación de elección «en condiciones de incertidumbre» (p. 181), aunque luego pretenda formular certezas.

La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*

Por JOSÉ JUAN MORESO MATEOS
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

As if I had performed a strategic
retreat into an inner citadel.

Isaiah Berlin (1958, 135).

RESUMEN

Este artículo versa sobre la incorporación de la moral en el derecho. En concreto, y a partir de algunos supuestos extraídos de la jurisdicción constitucional, se analiza si la inclusión en nuestros textos constitucionales y legales de conceptos morales comporta la entrada de la argumentación moral en las tareas de identificación y aplicación del derecho. Se estudian y rechazan algunas objeciones a dicha posibilidad y se defiende una versión del llamado positivismo jurídico incluyente que admite, de una manera limitada por la estructura institucional del derecho, la incorporación de la moral en el derecho.

Palabras clave: *interpretación constitucional, incorporacionismo moral, positivismo jurídico excluyente, positivismo jurídico incluyente.*

* Este trabajo fue presentado en las XXIII Jornadas de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social celebradas en Jaén los días 7 y 8 de abril de 2011. Agradezco a sus organizadores, y en especial al profesor José Antonio López García, la amable invitación y su hospitalidad, y todas las observaciones y comentarios que la ponencia suscitó en el auditorio.

ABSTRACT

This paper deals with the incorporation of morality into the law. Particularly, using certain constitutional cases, the thesis that the inclusion of moral concepts in our constitutional and legal provisions opens the doors to moral argument in the tasks of identification and application of law is assessed. Some objections to this thesis are analyzed and rejected and it is defended a version of the so-called inclusive legal positivism which admits, hedged by the institutional structure of law, the incorporation of morals into the law.

Key-words: *constitutional interpretation, moral incorporationism, exclusive legal positivism, inclusive legal positivism.*

SUMARIO: 1. UN CASO HIPOTÉTICO, TRES CONTEMPORÁNEOS Y UNA DE ROMANOS.-2. LA CERTEZA DEL DERECHO.-3. RECUPERANDO LAS INTENCIONES DEL CONSTITUYENTE-4. LA SOLUCIÓN ESTÁ EN LAS ENCUESTAS.-5. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (I).-6. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (II).-7. INTERLUDIO: PERTENENCIA Y APLICABILIDAD.-8. LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL EN EL DERECHO.

1. UN CASO HIPOTÉTICO, TRES CONTEMPORÁNEOS Y UNA DE ROMANOS

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como *conceptos jurídicos indeterminados*, son al menos tan antiguos como nuestro derecho privado: *buena fe, diligencia de un buen padre de familia*, etc. Otras llegaron con las declaraciones de derechos incluidas en Constituciones y Tratados internacionales: *dignidad humana, igualdad, prohibición de tratos inhumanos o degradantes*, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Cómo veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*¹, se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración universal de los derechos humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Pues bien, el Tribunal Constitucional español se refirió a ello² (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del *Bill of Rights* inglés de 1689) establece: «Excessive bail shall not be required, nor excessive

¹ KERR 1992. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente MORESO 2008, 11; 2009a, 33 y 2010a, 15-16.

² En la STC 2/1987, de 21 de enero.

finis imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted». Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es «una sanción extrema» no considera que sea «inherentemente cruel»³. Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado⁴.

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gem-buel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fuetazos (el fute es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que «nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano⁵, la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano –la *Lex Pompeia*– establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920, 119) cuando se produjo el *crack* financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generado por la Compañía inglesa de los Mares del Sur, «un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la compañía de los mares del sur en sacos con un perro,

³ *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

⁴ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida solo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

⁵ SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis». Olvidemos ahora las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no –en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón– el fuste, el aislamiento en celda o la pena de muerte? ¿No son argumentos morales los que conducen a una u otra conclusión? Veremos primero algunos modos de sostener que para establecer si determinada sanción es cruel o degradante no hay que recurrir al razonamiento moral y las razones por las cuales no me parecen plausibles. Finalizaré con una vindicación de la incorporación de la moralidad en el derecho en estos supuestos.

2. LA CERTEZA DEL DERECHO

En muchos casos, los autores más contrarios a la incorporación de la moralidad en el derecho están guiados por la idea según la cual si el derecho usa conceptos valorativos los comportamientos prohibidos devendrán inciertos, indeterminados. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y esta es la razón que anima las defensas recientes (Campbell 1996, Waldron 2001) o no tanto (Scarpelli 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*⁶.

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son los mismos.

3. RECUPERANDO LAS INTENCIONES DEL CONSTITUYENTE

Una estrategia consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución.

⁶ Que presenté y critiqué en MORESO 2004. Algunos ecos de esta posición entre nosotros en HIERRO 2002 y LAPORTA 2007.

Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta posición como *originalismo*⁷. De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo son crueles (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados crueles por los constituyentes.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aun en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como el coma punitivo, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos.

4. LA SOLUCIÓN ESTÁ EN LAS ENCUESTAS

Algunas veces se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como «tratos degradantes» no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro Código Civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas⁸. De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar

⁷ Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema SCALIA 1997.

⁸ Este argumento en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991. Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, TUSHNET 1999 y KRAMER 2004. Véase también GARGARELLA 2006.

dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya indistinguible del razonamiento moral (Moreso 2009a, 192).

5. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (I)

Tomemos como tesis definitoria del positivismo jurídico excluyente la siguiente formulación de Raz (1979, 185) de la tesis de las fuentes sociales del derecho⁹:

«Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.»

Esta tesis puede ser aceptada por dos razones verdaderamente diferentes entre sí. Puede ser aceptada, en primer lugar, como consecuencia de una posición escéptica acerca de la moralidad conforme a la cual, dado que no hay pautas morales objetivas, el derecho no puede incorporar la moralidad porque no hay nada que pueda ser incorporado. Es una razón ontológica: la inexistencia de la moral objetiva es la razón de la no incorporación¹⁰. Y, obviamente, cuando se usan estos términos en los textos legales se remite a la discrecionalidad, no controlable racionalmente, de los jueces; de hecho, a la arbitrariedad. Para este tipo de positivismo jurídico, el originalismo o la deferencia a las actitudes de la mayoría son intentos, algo desesperados, de evitar la discreción judicial y restaurar algún grado de certeza.

La refutación de esta posición debería argüir a favor del objetivismo en moral. Esta es una cuestión más allá del alcance de este trabajo, sin embargo tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco¹¹.

⁹ La misma idea en SHAPIRO 2011, cap. 9 y en MARMOR 2011, cap. 4.

¹⁰ Esta es la posición, por ejemplo, de BULYGIN 2006. Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a KELSEN (1957), ROSS (1958), BOBBIO (1965) y el realismo jurídico americano (véase LEITER 2001). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véanse respectivamente: GUASTINI 2006 y TROPER 2001.

¹¹ En MORESO 2009a, ensayo 2, he defendido un modo ecuménico de objetivismo moral, compatible con diversos enfoques metaéticos.

6. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (II)

Ahora bien, el modo escéptico no es el modo más habitual de defender la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del derecho. El modo más habitual es el que ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004)¹². Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz 1994, 218).

El argumento de Raz es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

¿Qué sucede entonces, según Raz, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos? Pues bien, sucede que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324) distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979, 75)¹³:

«Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos solo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones «neutras valorativamente» establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición “Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido” no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.»

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene

¹² Véase también SHAPIRO 1998 y MARMOR 2002.

¹³ Véase sobre este punto Endicott 2003.

ne), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque «cruel» es, sin duda, un término moral, «cruel» se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción¹⁴.

7. INTERLUDIO: PERTENENCIA Y APLICABILIDAD

Antes de presentar el modo, en mi opinión, en el cual el derecho incorpora la moralidad, voy a tratar de mostrar en qué sentido el debate entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente no es una mera cuestión de palabras¹⁵.

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y solo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso¹⁶. En el contexto de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente J. L. Coleman (1998: 404-405) plantea así la cuestión¹⁷:

«Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pau-

¹⁴ Se trata de un argumento presentado en MORESO 2004.

¹⁵ Se trata de un argumento que se remonta a MORESO 2009a, cap. 10.

¹⁶ Puede verse la distinción en estos términos en BULYGIN 1982, MORESO 1997, cap. 3, MORESO-NAVARRO 1997 y VILAJOSANA 1998.

¹⁷ COLEMAN 1998. El origen de la distinción en estos términos en RAZ 1979, 101-102, 119-120. Véase también WALUCHOW 1994, 157, SHAPIRO 2008, 506 y KRAMER 2000, 103-107.

tas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubes sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del derecho de la comunidad “huésped”. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.»

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor de positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

8. LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL EN EL DERECHO

Según el positivismo jurídico incluyente es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. La conexión del derecho con la moralidad

no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente¹⁸. Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart 2004), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil (Leiter 2002, 978): «las fuentes usuales del derecho –como las leyes y las disposiciones constitucionales– pueden incluir conceptos y consideraciones morales».

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas sanciones son o no tratos inhumanos o degradantes: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos. Me propongo, para concluir, analizar algunos de ellos con la esperanza de hacer, de este modo, más aceptable la tesis incorporacionista.

a) *Joseph Raz*

Veamos, en primer lugar, la siguiente objeción formulada por Joseph Raz (1979, 47 nota 8 y 2004, 17):

«Los defensores de tal concepción [del positivismo jurídico incluyente] del derecho tienen que proporcionarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de normas jurídicas preexistentes, de los casos de discreción judicial en las que el juez, al recurrir a consideraciones morales, está cambiando el derecho. No conozco ningún intento serio de proporcionarnos tal criterio.»

Creo que en esta crítica es preciso aclarar el significado de «discreción». Si por «discreción» se entiende la posición en la que se halla alguien que debe tomar una decisión en un caso de penumbra de la aplicación de un predicado, entonces los predicados morales están en la misma situación que otros predicados. El predicado *cruel* tiene casos claros de aplicación y casos marginales, como también lo tiene un predicado como *edificio en ruina*. El hecho que en los casos marginales la aplicación de las pautas morales lleve a la discreción judicial

¹⁸ Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en CARRÍO 1971, LYONS 1977, SOPER 1977, COLEMAN 1982 y HART 1994. Las dos defensas más articuladas en WALUCHOW 1994 y COLEMAN 2001. Véase una presentación general en HIMMA 2002 y MORESO 2009a, cap. 10.

no ha de representar una situación más grave que lo que sucede con la aplicación a los casos marginales de predicados empíricos.

Si, en cambio, por «discreción» se entiende la competencia del juez para, en determinadas circunstancias, cambiar el derecho en atención a razones morales; entonces hay que decir que la distinción puede mantenerse. Una cosa es decir, por ejemplo, que determinado comportamiento está castigado con la pena de muerte, pero que un Tribunal puede no usar esta sanción si la considera excesiva. Otra cosa muy distinta es decir que se prohíben las penas crueles, porque entonces si la pena de muerte es cruel estará jurídicamente prohibida. En el primer caso el Tribunal tiene discreción para aplicar la pena de muerte, en el segundo no tiene discreción para ello: si es cruel, no debe aplicarla y, si lo hace, no sólo se aparta sino que incumple el derecho.

b) *Luigi Ferrajoli*

Aunque Ferrajoli no objeta directamente el positivismo jurídico incluyente, su argumento vale claramente contra él. Veamos el porqué (Ferrajoli 1989, 100-101):

«Una alternativa todavía más clara se produce según que el lenguaje usado por el legislador excluya o incluya términos *valorativos*. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no un valor se puede señalar el art. 575 de nuestro código penal [el autor se refiere, es claro, al código penal italiano] que define el homicidio como el acto de “cualquiera que produce la muerte de un hombre”; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por lo tanto, infringe el principio de estricta legalidad [“*stretta legalità*” es el nombre que Ferrajoli reserva para el principio de taxatividad], podemos recordar el art. 529 del mismo código que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que “ofenden el pudor según el sentir común”. La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo “Ticio ha producido la muerte de un hombre”; la aplicación de la segunda supone, por el contrario, un juicio de valor del tipo “Ticio, según el sentir común, ha ofendido el pudor”. El primer juicio, al referirse a un hecho empírico objetivo, es (relativamente) verificable y falsable, y es de esta manera un acto de conocimiento y de jurisdicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e infalsable, y es, por lo tanto, un acto de valoración basado en una opinión subjetiva y meramente discrecional.»

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas jurídicas: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión.

Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas jurídicas constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación (este argumento en Moreso 2009a, cap. 11).

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque escéptico en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son sólo expresiones de emociones o bien prescripciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo. Aquí, como ya he dicho previamente, no es el lugar para una defensa del objetivismo en moral. Baste con apreciar que el argumento de Ferrajoli presupone el rechazo del objetivismo.

c) *Scott J. Shapiro*

Shapiro (2011: 279-28, también 2009) ha elaborado un argumento tratando de mostrar que la distinción entre aplicar y crear el derecho no es exhaustiva. Este es su argumento:

«[Los positivistas jurídicos incluyentes] imaginan que si los jueces encuentran el derecho en los casos difíciles, no pueden crearlo. La verdad, sin embargo, es que los jueces pueden hacer ambas cosas. Pueden aplicar el derecho actuando como la moralidad les requiere y aplicando derechos preexistentes decidiendo a favor de la parte con el mejor título moral. Aún así, pueden crear nuevo derecho y nuevos derechos al reconocer que una de las dos partes en litigio debe vencer. Bajo una descripción, “decidir por la parte con el mejor derecho desde el punto de vista moral”, la decisión es jurídicamente requerida; bajo la otra, “decidir por el destinatario de la promesa”, es jurídicamente no regulada.»

Este parece un extraño argumento. Vayamos a nuestro ejemplo: según Shapiro, los castigos crueles desde el punto de vista moral están prohibidos por el derecho y, bajo esta descripción, los jueces no tienen discreción; sin embargo, los jueces tienen discreción para aplicar, bajo esta descripción, la pena del saco. Si es verdad que la constitución prohíbe las penas crueles y es verdad que la *poena cullei* es cruel, entonces la pena cruel está prohibida por la constitución y los jueces no tienen discreción alguna. Sin embargo, para que esta respuesta a Shapiro fuese plenamente convincente debería mostrarse que el derecho requiere todo aquello que está implícitamente implicado por sus requerimientos. No suponerlo así sería, sin embargo, adoptar una versión algo ingenua del derecho; como si fuese el resultado deliberado de las órdenes de una sola persona. Sólo en este sentido, podría sostenerse que algo que es querido bajo una descripción, no lo es bajo otra.

De un modo, tal vez, semejante a como alguien pude decir que quiere comerse este plato de langosta, bajo la descripción de tomar algo sabroso con este *sauvignon* delicioso, y no lo quiere, bajo la descripción de tomar algo que aumenta el ácido úrico en el cuerpo.

d) *Andrei Marmor*

Marmor (2011, 97) desarrolla un argumento distinto, relativo a la posibilidad del error en la comunidad jurídica:

«Si se suscribe el criterio positivista conforme al cual la juridicidad es, al final, una cuestión de reglas sociales, entonces la idea de que una comunidad entera pueda equivocarse acerca de las leyes que la regulan es, como mínimo, misterioso.»

Sabemos que, en la literatura iuspositivista, a menudo se ha adoptado un enfoque convencionalista acerca de los criterios últimos de identificación del derecho. Entonces, arguye Marmor, no es razonable que estemos equivocados acerca de hechos que son convencionales y, en cambio, si es razonable que estemos (incluso todos) equivocados acerca de la moralidad de determinados comportamientos. Hay que reconocer, como veremos un poco más adelante, que es verdad que el derecho no sería comprensible como práctica social si cupiera el error generalizado sobre todos los aspectos. Sin embargo, esto es compatible con un error generalizado sobre algunos aspectos, precisamente aquellos en los que se remite a la moralidad. Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos decidió que la segregación racial en las escuelas era contraria a la constitución americana asumió que hasta ese momento había habido un error ampliamente generalizado acerca de lo que la Constitución requería.¹⁹

e) *Juan Carlos Bayón*

Bayón (2002a, 48; también 2002b) sostiene, convincentemente, que el incorporacionismo supone la posibilidad de que exista una convención para guiarse por criterios no convencionales y, de este modo, puede suponer que la existencia del derecho depende, en último término, de criterios convencionales aunque su contenido pueda ser identificado mediante criterios no convencionales. Y entonces arguye:

«Pero la réplica –que me parece correcta– del partidario de la versión fuerte de la tesis social es que esa vía media es ficticia, porque la idea misma de una convención de seguir criterios no convencionales resulta incoherente. Para que exista una regla convencional es necesaria una práctica social convergente y, por tanto, algún grado de acuerdo. Pero si hay acuerdo acerca del contenido de los criterios a los que esa presunta convención compleja se remite –y se

¹⁹ Véase *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

entiende que la extensión de ese acuerdo define la extensión de la convención—, entonces no es cierto que dichos criterios sean no convencionales; y si dicho acuerdo no existe, entonces no hay práctica social convergente alguna y por tanto no hay en realidad regla convencional. En suma, una presunta convención de seguir criterios no convencionales o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido no es en realidad seguir criterios no convencionales. Así que el incorporacionismo queda expuesto al siguiente dilema: o bien abandona el convencionalismo, o bien acaba siendo indistinguible del positivismo excluyente.»

Creo, no obstante, que el argumento de Bayón sería correcto si la convención pudiera, por así decirlo, autoanularse siempre. Pero si es posible mostrar que hay algunos elementos del derecho que no pueden recurrir a la moralidad, entonces es posible sostener un modo de escapar al dilema. Trataré de mostrar cómo en los dos apartados siguientes.

f) *Kenneth E. Himma*

K. E. Himma, que había mostrado simpatía hacia el positivismo jurídico incluyente (Himma 1999), ha cambiado su posición convencido de no haber tenido en cuenta anteriormente la importancia de las decisiones de las autoridades finales, es decir, el hecho de que lo que las sentencias que devienen firmes establecen, constituye la última palabra en el derecho (Himma 2003, 2005, 2009).

Dicho muy resumidamente el argumento de Himma es el siguiente: si el positivismo incluyente llevase la razón y dado que —esto no lo pone en duda el autor— la Constitución americana incorpora pautas morales, entonces el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos sería el siguiente (Himma 2009, 119):

«Formulación de la mejor interpretación objetiva: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida si y solo si se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.»

Según Himma, este no puede ser el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos, porque las decisiones finales de la Corte Suprema, aun si no toman en cuenta la mejor interpretación desde el punto de vista moral, son las que tienen fuerza de obligar a todos los operadores jurídicos, al resto de Tribunales y a los miembros de la administración, y esta es una obviedad que conocen todos los familiarizados con el sistema jurídico de los Estados Unidos. Lo mismo sucede con los sistemas jurídicos europeos. Las decisiones finales de nuestros Tribunales Constitucionales tienen fuerza vinculante para todos los jueces y Tribunales y para todos los órganos de la Administración. Y las decisiones finales de nuestros Tribunales Supremos también,

aunque de un modo diferente –como es obvio– al del sistema del *binding precedent* anglosajón.

Por esta razón, Himma sostiene que la anterior formulación (y otras muchas que ensaya en sus trabajos) deben ser abandonadas y sustituidas por la siguiente formulación del criterio último de validez (Himma 2009, 120):

«*Formulación de la mejor interpretación del Tribunal*: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida excepto si es declarada inconstitucional con arreglo a lo que la mayoría de los magistrados deciden que es, como una materia objetiva, la interpretación mejor desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.»

El problema de esta posición es, simplemente, que se convierte en otra versión del punto de vista según el cual el derecho es lo que los jueces dicen que es. Y esto no reconstruye razonablemente nuestra práctica que incluye la conciencia de que los jueces se equivocan. No reconstruye la práctica de que, dicho con Hart (2004, 141-147), una cosa es que las decisiones de determinados Tribunales sean finales, y otra muy distinta es que sean infalibles. En otros lugares he denominado a esta doctrina la doctrina *Julia Roberts* (MORESO 2009a, cap. 9 y 2010b) puesto que en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*²⁰, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*²¹, y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: «*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled». Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: «Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?», y la estudiante contesta: «Because, they are wrong».

g) *Ronald Dworkin*

Una de las críticas más fundamentales de Dworkin al positivismo jurídico (desde Dworkin 1986) reside en que dicha doctrina deja por

²⁰ 539 U.S. 558 (2003).

²¹ 478 U.S. 186 (1986).

explicar las discrepancias que se producen entre los juristas (Dworkin 2006, 233): «los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law*)». Es más, arguyendo contra la defensa de Jules Coleman del positivismo inclusivo, Dworkin sostiene que el argumento de Coleman presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade (Dworkin 2006, 194):

«Esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jueces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar.»

Me parece que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el derecho requiere en una sociedad²².

Sin embargo, el positivista incluyente todavía puede replicar con el argumento de que las discrepancias entre los juristas responden, en realidad, a un modo diverso de apelar a un presunto fundamento común. Las diversas concepciones acerca de la incorporación de la moralidad (y también las que niegan dicha incorporación) en el derecho responden, creo, a este factor.

En este sentido el positivismo incluyente y Dworkin transitan la misma vía. Recientemente Dworkin (2011, cap. 19) ha insistido en este punto de vista sosteniendo que, por una parte, el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política²³, y por otra que su

²² Un intento de contestar la crítica dworkiniana desde una posición positivista en Derecho y escéptica en moral en LEITER 2009, consistente en afirmar que cuando los jueces y los juristas en general discrepan en los casos difíciles en realidad o bien están todos en un error generalizado (creen que discrepan genuinamente) o bien fingen discrepar. A SHAPIRO (2007) la crítica le parece muy importante, aunque intenta una respuesta desde el positivismo excluyente. Mi propia posición en MORESO 2009b.

²³ De acuerdo con esta posición y con el espacio de la dimensión institucional del derecho, ATIENZA-RUIZ MANERO 2001. A los autores, como a Dworkin, les parece – por razones parcialmente similares – que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, ATIENZA-RUIZ MANERO 2007.

concepción del derecho como una práctica interpretativa es compatible (y «esto es crucial» añade) con «no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello que es el derecho y a aquello que debe ser» (Dworkin 2011, 407) y aceptar que tiene sentido (para los jueces que creían que *The Fugitive Slave Act* era constitucional)²⁴ afirmar que dicha ley, por ejemplo, «era derecho válido aunque demasiado injusto para ser aplicado» (Dworkin 2011, 411). En cambio, afirma (Dworkin 2011, 411) que no es sostenible en el caso de la monstruosa legislación nazi: «es moralmente más adecuado denegar que estos edictos sean derecho». Aunque, añade, tal y como se plantea tradicionalmente el venerable problema del derecho injusto se asemeja tristemente a una disputa verbal (Dworkin 2011, 412).

Dworkin también critica al positivismo haber sostenido una concepción de acuerdo con la cual el derecho y la moralidad son dos sistemas diferenciados y sostiene la visión unificada. Y añade (Dworkin 2011, 413):

«Sería difícil defender al positivismo, incluso conforme a dicha concepción [la de los dos sistemas diferenciados], si los jueces discreparan acerca de importantes cuestiones de procedimiento constitucional. Pero una vez rechazamos el modelo de los dos sistemas, e identificamos el derecho como una parte distintiva de la moralidad política, debemos tratar los principios estructurales particulares que separan el derecho del resto de la moralidad como propiamente principios políticos que necesitan una lectura moral.»

No me parece razonable, sin embargo, considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas, como en este texto parece sugerir Dworkin. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia si la práctica debe tener la cualidad procesal de poner un final institucional a las controversias. En mi opinión –y expuesto de modo muy tentativo– al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones²⁵:

a) Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.

²⁴ Dworkin no piensa así (DWORKIN 1975 y 2011, 486 nota 12), sino que considera que la legislación de 1850, que otorgaba el derecho a los propietarios de esclavos a recuperarlos aun si habían huido a otros estados en donde la esclavitud era ilegal, era inconstitucional y el famoso caso *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1856), erróneamente decidido por la Corte Suprema.

²⁵ Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Es un argumento que ya presenté en MORESO 2010b.

b) Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

c) Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

Los tres puntos merecen algún comentario. En relación con el primero, es obvio que las reglas que confieren poderes son controvertidas también por lo que refiere al contenido, a la competencia material, que suele estar limitada por disposiciones superiores ampliamente controvertidas: así el Parlamento limitado por las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la determinación de quién sea el Parlamento o el Tribunal Constitucional puede determinarse sin recurrir a juicios de valor.

Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*²⁶ que la decisión del Tribunal Supremo de Florida que establecía la necesidad de recomtar los resultados de la elección presidencial en el Estado de Florida era inconstitucional y, de este modo, permitió que George Bush fuera proclamado Presidente. Fue una decisión muy controvertida y destacados juristas piensan que es equivocada²⁷, pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio (1991), «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales), 303-328.
- ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan (2001), «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa* 24: 115-130.
- (2007): «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27: 7-28.
- BAYÓN, Juan Carlos (2002a), «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en V. ZAPATERO (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, (Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá), vol. 2, 33-54.

²⁶ 531 US 98 (2000).

²⁷ Véase por ejemplo, DWORKIN 2002.

- (2002b), «Derecho, convencionalismo y controversia» en P. E. NAVARRO, M. C. REDONDO (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, (Barcelona: Gedisa), 57-92.
- BERLIN, Isaiah (1958), «Two Concepts of Liberty», en I. BERLIN, *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), 118-172.
- BULYGIN, Eugenio (1982), «Time and Validity», en A. A. MARTINO (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (Amsterdam: North Holland), 65-82.
- (2006), *El positivismo jurídico* (México: Fontamara, 2006).
- CAMPBELL, Tom D. (1996), *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth).
- CARRIÓ, Genaro R. (1971), *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- COLEMAN, Jules L. (1982), «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11: 139-162,
- (1998), «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4: 381-426.
- (2001), *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press).
- DWORKIN, Ronald (1975), «The Law of the Slave-Catchers» en *Times Literary Supplement*, December, 5.
- (1986), *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (ed.) (2002), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy* (New York: The New Press).
- (2006), *Justice in Robes*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (2011), *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press)
- ENDICOTT, Timothy A. O. (2003), «Raz on Gaps-The Surprising Part», en Thomas POGGE, Lukas MEYER, & Stanley PAULSON (eds.), *Rights, Culture, and the Law-Essays After Joseph Raz* (Oxford: Oxford University Press), 99-117.
- FERRAJOLI, Luigi (1989), *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale* (Roma-Bari: Laterza).
- GARGARELLA, Roberto (2006), «El nacimiento del constitucionalismo popular», *Revista de Libros*, 112 (abril), 15-18.
- GUASTINI, Riccardo (2006), «Lo scetticismo interpretativo revisitado», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36: 227-236.
- HART, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.), (Oxford: Oxford University Press).
- HIERRO, Liborio (2002), «¿Por qué ser positivista?», *Doxa* 25: 263-302.
- HIMMA, Kenneth E. (1999), «Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms», *Legal Theory*, 5: 415-434.
- (2002), «Inclusive Legal Positivism» en J.L. COLEMAN, S.J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 125-165.
- (2003), «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law and Society*, 42: 149-218.
- (2005), «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24: 1-45.

- (2009), «Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition», en M.D. ADLER, K. E. HIMMA (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press), 95-121.
- KELSEN, Hans (1931), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, (Madrid: Tecnos, 1985).
- (1957), *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: California University Press, 1957).
- KERR, Philip (1992), *A Philosophical Investigation* (London: Chatto & Windus), traducida al castellano por M. BACH como *Una investigación filosófica* (Barcelona: Anagrama, 1996).
- KRAMER, Larry (2004), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, (Oxford: Oxford University Press).
- KRAMER, Matthew (2000), «How Moral Principles Can Enter into the Law» en *Legal Theory*, 6: 103-107.
- LAPORTA, Francisco J. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, (Madrid: Trotta).
- LEITER, Brian (2001), «Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered», *Ethics*, 111: 278-301.
- (2002), «Law and Objectivity» en J. COLEMAN, S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 969-989.
- (2009), «Explaining Theoretical Disagreement», *University of Chicago Law Review* 76: 1215-1250.
- LYONS, David (1977), «Principles, Positivism and Legal Theory» (*Yale Law Journal*, 87: 415-436).
- MARMOR, Andrei (2002), «Exclusive Legal Positivism», en J.L. COLEMAN, S.J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 104-124.
- (2011), *Philosophy of Law*, (Princeton: Princeton University Press).
- MORESO, José Juan (1997), *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- (2004), «Positivismo jurídico y aplicación del derecho», *Doxa* 27: 45-62.
- (2008), «La lectura moral del derecho», *Revista de libros* 142 (octubre), 11-13.
- (2009a), *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons).
- (2009b), «Legal Positivism and Legal Disagreements», *Ratio Juris*, 22: 62-73.
- (2010a), «Tomates, hongos y significado jurídico», en J.J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS, J. FERRER BELTRÁN, *Los desacuerdos en el Derecho*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 15-48.
- (2010b), «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables» en J.J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS, J. FERRER BELTRÁN, *Los desacuerdos en el Derecho*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 49-86.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E. (1997), «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy*, 16: 201-219.
- RADIN, Max (1920), «The Lex Pompeia and the Poena Cullei», *The Journal of Roman Studies*, 10: 119-130.
- Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press).
- (1994), *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press).
- (2004), «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10: 1-17.

- ROSS, Alf (1958), *On Law and Justice* (London: Stevens and Sons).
- SCALIA, Antonin (1997), *A Matter of Interpretation* (Princeton: Princeton University Press).
- SCARPELLI, Uberto (1965), *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano: Edizione di Comunità).
- SHAPIRO, Scott J. (1998), «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4: 469-508.
- (2007), «The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed», en A. RIPSTEIN (ed.), *Ronald Dworkin* (Cambridge: Cambridge University Press), 22-55.
- (2009), «Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?», *Ratio Juris*, 22: 326-338., aju_428 326..338
- (2011), *Legality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- SOPER, Philip: «Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, 75: 511-542.
- TROPER, Michel (2001), «Une théorie réaliste de l'interprétation», en Olivier JOUANJEAN (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, (Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001), 51-78.
- TUSHNET, Mark (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Cambridge., Mass.: Harvard University Press).
- VILAJOSANA, Josep M. (1998), «Sobre recepción de normas», *Isonomia*, 8: 181-191.
- WALUCHOW W. J. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, (Oxford: Oxford University Press).
- WALDRON, Jeremy (2001), «Normative (or Ethical) Positivism» en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), cap. 12.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.

II

ESTUDIO DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

La abducción como argumento¹

Por PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ
Universidade de Vigo

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es clarificar la propuesta de Peirce sobre la naturaleza del razonamiento abductivo y examinar sus posibles usos en la justificación de las decisiones judiciales. Sostendré (1) que se pueden distinguir dos formas de reconstruir la estructura o forma lógica de los argumentos abductivos en la obra de Peirce, y (2) que los jueces utilizan ambos tipos de abducciones en sus argumentaciones, principalmente para justificar la verdad de los enunciados fácticos. La exploración sobre la naturaleza de la abducción debería ser la base para poder ofrecer un aporte original en las discusiones sobre la naturaleza del razonamiento jurídico.

Palabras clave: *Abducción, Argumento, Lógica, Argumentación jurídica, Prueba.*

ABSTRACT

The aim of this study is to clarify the Peirce's proposal on the nature of abductive reasoning and discuss its possible uses in the justification of judicial decisions. Our hypotheses are (1) that there are two ways to rebuild the structure or logical form of abductive arguments in the works of Peirce, and

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN y titulado «Razonamiento abductivo y argumentación judicial».

(2) that judges use both types of abductions in their arguments, mainly to justify the truth of factual statements. The inquiry into the nature of abduction should be the basis to offer an original contribution in the discussions about the nature of legal reasoning.

Key words: *Abduction, Argument, Logic, Legal Argumentation, Evidence.*

El primer filósofo moderno que defendió la existencia de un tipo de argumento diferenciable de la deducción y de la inducción llamado «abducción» fue Charles S. Peirce. Las alusiones a este tipo de razonamientos se pueden rastrear hasta la obra de Aristóteles, pero el primer autor que los analizó en detalle y al que se remite todo el debate contemporáneo sobre su naturaleza es el filósofo norteamericano. Las explicaciones que ofreció pueden resultar confusas y poco sistemáticas, en parte porque fueron evolucionando a lo largo de su producción. El objetivo de este trabajo es clarificar la propuesta de Peirce sobre la naturaleza del razonamiento abductivo y examinar sus posibles usos en la justificación de las decisiones judiciales. Sostendré (1) que se pueden distinguir dos formas de reconstruir la estructura o forma lógica de los argumentos abductivos en la obra de Peirce, y (2) que los jueces utilizan abducciones en sus argumentaciones, principalmente para justificar la verdad de los enunciados fácticos.

El problema de determinar la naturaleza de la abducción es una cuestión relevante desde el punto de vista de la lógica y la teoría de la argumentación contemporáneas, como lo ponen de manifiesto las monografías y artículos publicados sobre el tema en los últimos años². La presencia de argumentos abductivos en otras áreas de conocimiento ha sido objeto de trabajos especializados. Por ejemplo en la química (Needham 1999), la sociología (Blanchowicz 1996), la inteligencia artificial (Boutilier 1996), la economía (Boutilier y Becher 1995), las ciencias cognitivas (Moriarty 1996), la antropología (Miermont 1994, Pollnac y Hickman 1975), la semiótica (Bonfantini 1987), e incluso el diagnóstico en medicina (Peng y Reggia 1990). Pero en nuestro medio no se le ha prestado la misma atención³, lo que justifica plantear el problema no sólo desde el punto de vista más general, sino desde el seno de la propia argumentación jurídica. La exploración sobre la naturaleza de la abducción debería ser la base para poder ofrecer un aporte original en las discusiones sobre la naturaleza del razonamiento jurídico.

² Véase BROWN 1993, BUNT y BLACK 2000, BYBEE 1996, DOMINO 1994, HEATHCOTE 1995, MAGNANI 2001, WHITE 1997, WALTON 2004, ALISEDA 2010.

³ En el campo del derecho existen obras dedicadas a la proyección del pensamiento de Peirce en el ámbito jurídico (KEVELSON ed. 1991, HAAS 1964), e incluso que exploran la incidencia de sus propuestas lógicas en el razonamiento jurídico (BONORINO 1993, De Asís 1998, GASCÓN ABELLAN 1999, UUSITALO 1991, WHITNEY 1991).

*

¿Qué es la abducción? Se pueden distinguir dos maneras de caracterizar las inferencias abductivas en la producción de Peirce: una corresponde a sus primeros trabajos (centrados en la teoría del silogismo) y otra a sus últimos aportes sobre el tema (ubicados en sus reflexiones sobre la naturaleza de la investigación científica). A pesar de los cambios que se pueden apreciar en sus explicaciones a lo largo del tiempo, Peirce sostuvo de manera invariable que la abducción poseía una forma o estructura lógica específica que permitía diferenciarla de las inferencias deductivas e inductivas⁴. La abducción es un argumento, independientemente de las diferentes funciones que se le atribuyan en la construcción del conocimiento científico. Debemos identificar esa estructura en los dos grandes períodos que he diferenciado en su obra.

En sus primeros trabajos Peirce propone una explicación de lo que es la abducción utilizando como marco de referencia la lógica silogística. Para Peirce el tipo de inferencia deductiva irreductible era el esquema silogístico *Barbara*, por ello caracteriza la inducción y la abducción a partir de combinaciones de los enunciados que componen dicha estructura silogística, a los que denomina «regla», «caso» y «resultado» según su ubicación. La distinción entre deducción, inducción y abducción se establece de la siguiente manera.

<i>Deducción (Barbara)</i>	<i>Inducción</i>	<i>Abducción</i>
Regla	Caso	Regla
<u>Caso</u>	<u>Resultado</u>	<u>Resultado</u>
Resultado	Regla	Caso

También ofrece algunos ejemplos. El más famoso –y el que se suele encontrar en la mayoría de los textos que tratan el tema– es el ejemplo de las judías y el saco (2.623)⁵.

Deducción

Premisa 1: [Regla] Todas las judías que proceden de este saco son blancas.

Premisa 2: [Caso] Estas judías proceden de este saco.

Conclusión: [Resultado] Estas judías son blancas.

⁴ Peirce utiliza indistintamente a lo largo de sus obras las expresiones «abducción», «hipótesis», «retroducción» y «razonamiento hipotético» para aludir al mismo tipo de argumentos.

⁵ Todas las referencias con este formato aluden a los ocho tomos de sus *Collected Papers* (PEIRCE 1960). Utilizo la forma habitual de citarlos: el número de volumen seguido del número de párrafo.

Inducción

Premisa 1: [Caso] Estas judías proceden de este saco.

Premisa 2: [Resultado] Estas judías son blancas.

Conclusión: [Regla] Todas las judías que proceden de este saco son blancas.

Abducción

Premisa 1: [Regla] Todas las judías que proceden de este saco son blancas.

Premisa 2: [Resultado] Estas judías son blancas.

Conclusión: [Caso] Estas judías proceden de este saco.

A pesar de la aparente claridad de ambas presentaciones, debemos examinar con más detalle cuál es el fundamento lógico de esta caracterización. Para Peirce la forma general de todo argumento es la de un silogismo categórico: una estructura compuesta por dos premisas y una conclusión, todas ellas enunciados categóricos (reducibles a la forma básica S es P) en los que aparecen tres términos generales o predicados (S, P y M). El argumento deductivo por excelencia al que pueden reducirse los otros esquemas silogísticos válidos es *Barbara*, que puede representarse de la siguiente manera:

$$\begin{array}{l} \text{Todo M es P} \\ \text{Todo S es M} \\ \hline \text{Todo S es P} \end{array}$$

Según Peirce, «a las tres proposiciones que se relacionan entre sí como la premisa mayor, la menor y la conclusión del silogismo de la primera figura se las puede llamar respectivamente, *Regla*, *Caso* y *Resultado*.» (1968: 41)⁶. Esta terminología es deudora, en parte, de la forma en la que Kant aludía a los modos válidos de la primera figura (*Barbara*, *Celarent*, *Darii*, *Ferio* y *subalternos*). En todos ellos consideraba presente el mecanismo de la subsunción: se establece una regla o ley general (positiva o negativa) en la premisa mayor, en la premisa menor se afirma que algo cumple cierta condición, y se concluye que –por ello– queda incluido o excluido de la regla inicial.

Para examinar con mayor precisión la estructura lógica que le atribuye a la abducción en este período deberíamos proceder a formalizar su explicación general y su famoso ejemplo utilizando el lenguaje de la teoría silogística⁷.

⁶ Las premisas del silogismo se clasifican en mayor o menor teniendo en cuenta la aparición en ellas del término mayor (predicado de la conclusión) o menor (sujeto de la conclusión). Las figuras aluden a la posición del término medio en las premisas: la primera figura es aquella en la que es sujeto en la premisa mayor y predicado en la menor.

⁷ Los cambios de letras que se pueden percibir en las nuevas formulaciones obedecen a la forma en la que se entienden los términos sujetos (S) y predicado

Deducción (modo Barbara en la primera figura)

Todo M es P
Todo S es M
 Todo S es P

Abducción (esquema)

Todo P (M) es M (P)
Todo S es M (P)
 Todo S es P (M)

Abducción (ejemplo)

Todo P (M) es M (P)
Algún S es M (P)
 Algún S es P (M)

Lo primero que salta a la vista es que no estamos ante esquemas idénticos, Peirce no utiliza el mismo esquema para caracterizar la abducción de manera general que para ofrecernos un ejemplo de ella. El esquema general responde al modo Barbara (porque todos sus enunciados son universales afirmativos) pero el ejemplo responde al modo Darii (premisa mayor es universal afirmativa, mientras que la premisa menor y la conclusión son particulares afirmativas). En ambos casos estamos ante esquemas inválidos (no deductivos), porque al pertenecer a la segunda figura la verdad de sus premisas no permite asegurar la verdad de la conclusión. Para Peirce la abducción es un tipo de inferencia ampliativa (permite aumentar nuestro conocimiento, mientras que la deducción sólo permite conocer las consecuencias de lo que ya sabemos) que puede responder al menos a dos modos diferentes de silogismo categórico: Barbara y Darii.

Peirce no propone el esquema regla-resultado-caso como la mejor forma de caracterizar la abducción desde un principio, sino que llega a él luego de aplicarle una serie de operaciones de transformación para poderlo reducir al modo que considera paradigmático: Barbara. Si prestamos atención al punto de partida de ese proceso (y a algunos otros ejemplos que ha dado en otros textos) podremos obtener un esquema del razonamiento abductivo más complejo.

Las inferencias ampliativas (a diferencia de lo que ocurre en la deducción) deben su fuerza lógica a la acumulación de evidencia que ofrecen en sus premisas. Si aumentamos el número de premisas la inducción o la abducción pueden aumentar el grado de probabilidad de sus respectivas conclusiones. La inducción es un esquema en el que sus premisas ofrecen información sobre algunos individuos de una clase para apoyar como conclusión una afirmación general sobre toda la clase. La abducción, en cambio, examina las características de ciertos individuos para establecer como conclusión su pertenencia a una clase.

Peirce muestra como la inducción y la hipótesis pueden reducirse al tipo general del silogismo dando lugar a los siguientes esquemas:

(P) en la teoría de las proposiciones categóricas (único tipo de enunciados de los que se vale la silogística). Con ellos se alude al término sujeto y predicado de la conclusión, reservándose la expresión M para aludir al término medio (término que no aparece más que en las premisas). Al trasladar los enunciados de Barbara a su nueva ubicación para obtener una abducción –tal como sugiere Peirce– resulta necesario reajustar la denominación de los términos a la nueva configuración de la conclusión.

Inducción

S, S', S'' son P

Casi todo M tiene los caracteres comunes de S, S', S''

Por lo tanto Casi todo M es P.

Hipótesis

Todo lo que es a la vez P', P'', P''' es como M

S es P', P'', P''';

Por lo tanto S es como M.

«Por consiguiente, la inducción puede definirse como un argumento que supone que una colección completa, de la que se han tomado al azar algunos casos, tiene todos los caracteres comunes de tales casos, y la hipótesis como un argumento que supone que un término que entraña necesariamente cierto número de caracteres, que han ido recojiéndose a medida que se presentaban sin ninguna selección, se puede predicar de todo objeto que tenga todos esos caracteres» (1968: 64).

Un ejemplo de abducción antes de ser sometida al proceso de reducción a la forma de un silogismo categórico de modo Barbara, es uno de los que propone Peirce en un artículo de 1892 llamado «La ley de la mente» (1988: 251-280).

«O, supongamos, que encuentro a un hombre [S] de apariencia semiclerical [M₁] y de aire semifarisaico [M₂], que aparece como si mirara las cosas desde el punto de vista de un dualismo mas bien vacío [M₃]. Cita textos diversos de las Escrituras [M₄], y siempre con especial énfasis en sus implicaciones lógicas [M₅]; y manifiesta hacia los malhechores en general una severidad casi rayana a la vengatividad [M₆]. Rápidamente concluyo que es un ministro de una cierta denominación [Nota 28: Nombre con el que se conocen las sectas protestantes norteamericanas.] [P].» (Peirce 1988: 271-72).

«Esto es inferencia hipotética. Es decir, selecciono un cierto número de características fácilmente verificable de un [ministro de una cierta denominación], encuentro que este hombre las tiene, e infiero que tiene todas las demás que integran a un pensador de esta índole.» (Peirce 1988: 271-72).

Cómo la lógica para Peirce se reduce a la silogística, el esquema del argumento abductivo que se puede reconstruir a partir de estas afirmaciones sería el siguiente:

Abducción

Todo P es M₁ y M₂ y M₃ y M₄ y M₅ y M₆

Algún S es M₁ y M₂ y M₃ y M₄ y M₅ y M₆

Algún S es P

La propuesta de Peirce en esta primera etapa de su producción se ve condicionada por los presupuestos lógicos de los que parte. La decisión

de Peirce de operar desde el sistema de lógica de tradición aristotélica a los efectos de fundar sus investigaciones hace que sus resultados (entre los que se incluye la caracterización de la abducción analizada) tengan un alcance demasiado restringido⁸. Uno de los presupuestos más importantes de la construcción lógica de Aristóteles es la posibilidad de representar toda proposición con la forma S es P, en la que el término sujeto hace alusión a objetos y el término predicado a ciertas propiedades de los mismos. Esto resulta coherente tanto con la ontología como con la concepción del lenguaje aristotélica, pero trae serias dificultades a la teoría lógica. La crítica principal que se hace a este intento de reducir todos los posibles enunciados a la forma «S es P» y, consiguientemente, todo argumento a la forma silogística, es que con la misma no se puede dar cuenta de los enunciados que establecen relaciones y, por lo tanto, gran cantidad de argumentos comunes en la ciencia y en el derecho quedarían al margen de dicha representación o deberían considerarse inválidos. Si se reconoce la existencia de enunciados dotados de una estructura tal que no se puede describir sin apelar a palabras de relación, entonces se debe concluir que, dado que los hechos del mundo se estructuran de manera distinta a la supuesta por el aristotelismo, es necesario abandonar el esquema «S es P» como forma lógica común a todos los enunciados. Enunciados como por ejemplo «x es mayor que y» o «p asesinó a q» presentan grandes dificultades para ser reducidos al esquema criticado, a pesar de su importancia en el discurso científico y cotidiano. De más está decir que un argumento que los incluya, si bien podrá ser formalizado considerando que la propiedad «ser mayor que y» o «ser asesinado por p» sea una propiedad inherente a x, no resultará una forma silogística válida. Esto requiere un desarrollo lógico que permita dar cuenta de todos los sujetos intervinientes así como de las diferentes estructuras de los predicados. No se puede remitir todo el análisis de la deducción al análisis de las consecuencias de tipo silogístico. Argumentos «intuitivamente válidos» como «Todo círculo es una figura; luego, todo el que dibuja círculos dibuja figuras» sometidos a la «formalización aristotélica» resultaría de la siguiente forma visiblemente inválida:

Todo A es B

Todo C es D

En verdad, es el esquema «S es P» el responsable de que no se puedan formalizar adecuadamente todos los argumentos y una de las razones principales para rechazar la reducción de la argumentación deductiva a la argumentación silogística. Con esto no quiero decir que Peirce no haya visto esta dificultad. Todo lo contrario, es considerado, y con razón, uno de los precursores del cálculo de predicados tal cuál

⁸ He desarrollado esta crítica en la comunicación «La abducción en el derecho: un nuevo punto de partida», que presenté en las *XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política* llevadas a cabo en Jaén el 7 y 8 de abril de 2011.

se lo concibe hoy en día. Esto no quita que en los textos analizados, en los que pretende justificar la singularidad «lógica» de los argumentos abductivos, plantee su trabajo a partir de las bases que estamos criticando. El mismo Peirce reconoce las limitaciones de su exposición anterior, lo que lleva a las explicaciones que ofrece en sus escritos posteriores al año 1900⁹.

En esta etapa final de su producción, Peirce sostiene que la abducción es el tipo de inferencia que permite generar nuevas hipótesis (mientras que la inducción y la deducción son las herramientas que permiten verificarlas)¹⁰. Reconoce que en sus trabajos anteriores pudo ofrecer una reconstrucción confusa de la estructura de la abducción, por lo que propone el siguiente esquema para explicar su forma lógica:

«El hecho sorprendente, C, es observado;

Pero si A fuera verdadera, C podría ser un hecho rutinario,

En consecuencia, hay razones para sospechar que A es verdadera»
(5.189.)¹¹

Esta forma de explicar la abducción fue objeto de varias críticas (muchas de las cuáles aún se reflejan en los textos que aluden a la propuesta de Peirce en este período). Uno de los primeros críticos fue Frankfurt (1958), quien puso de manifiesto que si la hipótesis A debe aparecer en las premisas de la abducción (según el esquema), no se puede afirmar al mismo tiempo que surge como su conclusión. Es evidente que la hipótesis debió ser generada o inventada con anterioridad a la formulación del argumento abductivo. Pero para Frankfurt hay más: si se presta atención al esquema se puede ver que la hipótesis no es la conclusión de la abducción, sino que su conclusión es un enunciado que afirma que hay evidencia para apoyar la verdad de la hipótesis. Según Frankfurt, estas razones son suficientes para rechazar las dos principales afirmaciones de Peirce: que las hipótesis se originan como conclusión de abducciones y que la abducción puede dar lugar al surgimiento de nuevas ideas. La respuesta que da Peirce a estos cuestionamientos no parecen ayudar a la defensa de la abducción como un argumento con una estructura lógica definida. Porque en muchos textos afirma que las nuevas hipótesis son el producto de ilu-

⁹ En 1902 afirma: «As long as I held that opinion, my conceptions of Abduction necessarily confused two kinds of reasoning. When, after repeated attempts, I finally succeeded in clearing the matter up, the fact shone out that probability proper had nothing to do with the validity of Abduction, unless in a doubly indirect manner.» (2.2102).

¹⁰ «Abduction is the process of forming explanatory hypotheses. It is the only logical operation which introduces any new idea.» (5.145).

¹¹ «The surprising fact, C, is observed; but if A were true, C would be a matter of course; hence, there is reason to suspect that A is true.» La traducción que utilizo en el texto me pertenece.

minaciones o destellos, de una poderosa facultad imaginativa inherente a los seres humanos¹². Esto hace, a los ojos de críticos como Frankfurt, aún más insostenible su posición: no se puede afirmar al mismo tiempo que el origen de las nuevas hipótesis es la imaginación y que se trata de una inferencia con una forma o estructura lógica determinada.

Los defensores de Peirce sostienen que esta crítica confunde distintos aspectos relacionados con la etapa inicial de la investigación científica (Cf. Anderson 1986, Fann 1970). El surgimiento de una nueva idea puede ser un fenómeno psicológico, pero el aceptar una nueva idea como una hipótesis digna de ser tenida en cuenta no lo es. Y diferente también es la operación de seleccionar una hipótesis entre todas las que se proponen como explicación de ciertos hechos observados. Las inferencias abductivas dan cuenta de estas dos últimas, que son operaciones en las que el investigador debe dar razones para considerar que un enunciado es una hipótesis y para seleccionar entre varias hipótesis alternativas la que considera verdadera. Para Peirce un enunciado puede ser aceptado como una hipótesis si cumple dos requisitos (*a*) permite explicar los hechos observados, y (*b*) es susceptible de confirmación empírica. Estos requisitos son muy débiles, por lo que serán varias las hipótesis que concurren como posibles explicaciones de un conjunto determinado de hechos. En ese caso, Peirce afirma que el criterio con el que se debe elegir entre ellas es la economía: no debemos entretenernos con una hipótesis si el dinero, el tiempo, el esfuerzo mental y la energía que nos exige para ponerla a prueba es mayor que el que necesitaríamos para cualquier otra hipótesis rival (Cf. Brown 1983)¹³.

La abducción en Peirce, a pesar de los cambios en su concepción a lo largo del tiempo, es un argumento que tiene una forma lógica que permite diferenciarlo de otros tipos de inferencias (como las deductivas y las inductivas). En su primera etapa esa estructura está ligada a la forma silogística, en la segunda ya no se encuentra constreñida por dichos presupuestos. Pero el esquema que ofrece como alternativa no resulta lo suficientemente complejo como para dar cuenta de la función que cumple la abducción en el

¹² «It appears to me that the clearest statement we can make of the logical situation... is to say that men have a certain insight, no strong enough to be overwhelmingly more often wrong than right... The relative frequency with which it is right is on the whole the most wonderful thing in our constitution.» [5.173].

¹³ «Proposal for hypotheses inundate us in an overwhelming flood, while the process of verification to which each one must be subjected before it can count as at all an item, even of likely knowledge, is so very costly in time, energy, and money – and consequently in ideas which might have been had for that time, energy, and money, that Economy would override every other consideration even if there were any other serious considerations. In fact there are no others. For abduction commits us to nothing. It merely causes a hypothesis to be set down upon our docket of cases to be tried.» (5.602).

razonamiento científico. En la próxima sección propondré una estructura capaz de dar cuenta de esas complejidades, y ajustada a algunas características comunes del contexto jurídico en que nos interesa ponerla a prueba.

* * *

Propongo trabajar de manera inversa a como lo venimos haciendo. En lugar de continuar analizando los debates y las distintas alternativas que la propuesta de Peirce ha generado en el plano teórico, tomemos algunos candidatos a servir como ejemplo de argumento abductivo en el marco de la tarea de justificar una decisión judicial. A esta altura ya debe haber quedado claro que he abandonado «el deseo de que los problemas filosóficos puedan reducirse, mediante algunas operaciones estereotipadas, a los problemas típicos de la Lógica Formal» –como afirma Ryle. «La Lógica Formal puede proveer al Lógico Informal de una brújula que lo guíe en su exploración, pero no puede proporcionarle una trayectoria para su viaje, menos todavía rieles que lo dispensen de conducir. Donde hay bosque virgen, no puede haber rieles; donde existen rieles la jungla ha sido desmontada tiempo atrás.» (Ryle 1979: 146). Los trabajos de Peirce me servirán de brújula en estas primeras exploraciones, aunque el objetivo sea mejorar la propia brújula al terminar la aventura (más allá de los límites que impone este trabajo).

Los argumentos probatorios que se formulan en la práctica judicial constituyen nuestros mejores candidatos para servir como nuevos puntos de partida. Son aquellos argumentos que se utilizan para probar que cierto enunciado fáctico es verdadero. Por «enunciado fáctico» entiendo un enunciado en el que se describen ciertos hechos relevantes para la determinación de un caso individual, o bien aquel enunciado que describe un caso individual. Las normas jurídicas regulan la conducta humana enlazando ciertas consecuencias jurídicas a la descripción de ciertos hechos o conductas mediante un conjunto de términos generales que delimitan lo que se denomina un «caso genérico». La existencia en un tiempo y lugar determinado de ciertos hechos con ciertas características constituye un «caso individual». La expresión «matar a otro» delimita el caso genérico de homicidio, mientras que la expresión «Juan le clavó una daga en el corazón a su amigo Pedro en la noche de su boda el día x, a la hora z, en el lugar w, causándole la muerte» describe un caso individual de homicidio (Cf. Alchourrón y Bulygin 1975). La relación entre un caso genérico y un caso individual es la denominada relación de subsunción, y no constituye una relación lógica (Cf. Alchourrón y Bulygin 1991). Emplearé la expresión «probar» para aludir a la tarea de *explicar los datos o elementos de prueba incorporados legalmente durante un proceso judicial* (formulados mediante los que denominaremos *enunciados probatorios*), mediante la formulación de un enunciado diferente

en el que se describe la conducta intencional de un sujeto, al que denominaremos *enunciado probado*¹⁴. En un argumento probatorio los enunciados que describen los elementos de prueba (enunciados probatorios) forman parte del subconjunto de las premisas, mientras que el enunciado que describe la conducta intencional de un sujeto (enunciado probado) ocupa la posición de su conclusión¹⁵.

El primer tipo de abducciones que distinguía Peirce podían tener alguna de las siguientes estructuras:

Todo P es M_1, M_2, \dots, M_n	Todo P es M_1, M_2, \dots, M_n
<u>Algún S es M_1, M_2, \dots, M_n</u>	<u>Todo S es M_1, M_2, \dots, M_n</u>
Algún S es P	Todo S es P

Pongamos un ejemplo de argumento probatorio que responda a la primera (modo silogístico Darii), en la que la conclusión se refiere a un individuo de una clase.

(Enunciado Probatorio - Premisa 1) Todos los traficantes de drogas usan teléfonos celulares de última generación, conducen coches deportivos caros, y se mueven en horarios inusuales.

(EP - Premisa 2) Jorge usa un teléfono celular de última generación, conduce un coche deportivo caro y se mueve en horarios inusuales.

(Enunciado Probado - Conclusión) Jorge es un traficante de drogas.

Las abducciones son argumentos no demostrativos –o inferencias ampliativas como las denominaba Peirce. Empleo la noción «argumento demostrativo» como sinónimo de «argumento válido» o «argumento deductivo» (Barker 1963). Un argumento es «deductivo», «válido» o «demostrativo» si el enunciado condicional formado por sus premisas como antecedente, y su conclusión como consecuente es *necesariamente* verdadero. En otras palabras, no es posible concebir un argumento demostrativo que, teniendo premisas verdaderas, tenga una conclusión falsa. En estos casos es la llamada lógica deductiva (también llamada lógica formal, lógica simbólica, o simplemente lógica, ver Alchourrón 1995) la que garantiza que el condicional en

¹⁴ Estas cuestiones son objeto de importantes debates en los que no ingresaré para poder continuar él con las cuestiones centrales de este trabajo. Como muestra de esta diversidad se pueden consultar los siguientes trabajos: ITURRALDE 2003, IGARTUA 2010, GASCÓN ABELLÁN 1999, GONZÁLEZ LAGIER 2003.

¹⁵ Los enunciados probatorios pueden a su vez estar apoyados por otros argumentos probatorios (subargumentos), en ese caso cumplirían la función de enunciado probado mientras que nuevos enunciados probatorios harían las veces de premisas. Dichos argumentos probatorios pueden responder a distintas estructuras lógicas, incluso en ocasiones pueden ser deductivas (Cf. BONORINO 1999). No obstante, el argumento probatorio central, aquel cuya conclusión es el enunciado fáctico del argumento con el que juez justifica el contenido de su acto de decisión, responderá en la mayoría de los casos a la estructura que estamos analizando.

cuestión constituya una verdad lógica. Lo que determina la validez o corrección lógica de un argumento no es el contenido de sus premisas sino su *forma lógica o estructura*. Por ello la aplicación de los métodos de la lógica para determinar la validez de un argumento exige previamente su formalización, a los efectos de evaluar solo los aspectos relevantes para la estructura del argumento, sin que pueda tener ingerencia alguna su contenido particular.

La categoría de los «argumentos no demostrativos» queda definida por exclusión a partir de la definición dada anteriormente para «argumentos demostrativos» (Cf. Barker 1963). La clase de los argumentos queda dividida por dos clases mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas: «argumentos demostrativos» y «argumentos no demostrativos». Serán considerados como no demostrativos todos aquellos argumentos que no sean argumentos demostrativos, esto es, aquellos en los que la verdad de las premisas no permita determinar *necesariamente* la verdad de la conclusión. De ellos se dice que la evidencia que aportan sus premisas hace altamente improbable que su conclusión sea falsa si todas sus premisas son verdaderas. La expresión que alude al grado de apoyo que las premisas dan a la conclusión de un argumento no demostrativo es la de «fuerza inductiva». La fuerza inductiva no proviene de la forma del argumento —como en el caso de la validez— sino de la fuerza de la evidencia que contienen sus premisas. Pero se pueden establecer distinciones entre los argumentos inválidos: los hay que pueden ofrecer cierto apoyo a la conclusión y los hay que no brindan ningún tipo de apoyo a la conclusión. La lógica inductiva es la que ofrece criterios para determinar el grado de apoyo que un argumento no demostrativo es capaz de dar a su conclusión. La fuerza inductiva de un argumento mide el grado de probabilidad que tiene la conclusión en el caso de que todas las premisas de un argumento no demostrativo sean verdaderas. A veces se utiliza la expresión «argumento inductivo» como sinónimo de «argumento no demostrativo», lo que puede llevar a confundir la «inducción» como tipo de argumento no demostrativo —junto a la analogía, el argumento estadístico, etc.— con el género al que pertenecen todos ellos que es lo que se quiere reflejar con aquella. Por ello he optado por emplear la noción «argumento no demostrativo» para referirme a la propuesta sobre la naturaleza de la abducción de Peirce que estoy analizando.

Ante un argumento no demostrativo, como la primera forma de abducción que propone Peirce, su estructura nos debe guiar en la búsqueda de criterios que permitan distinguir aquellos que ofrecen un mayor grado de apoyo a la conclusión (que tienen mayor fuerza inductiva) de los que le otorgan un apoyo escaso o nulo. Este tipo de abducción pretende mostrar que dos entidades (S y P) son coextensivas (al menos en ciertos casos) por compartir ciertas características (o predicados). Bybee (1991) sostiene que este esquema nos permite identificar los casos límites de debilidad y fortaleza de los argumentos abductivos. Un argumento abductivo de esta forma es muy débil si sólo

establece un predicado en común para las entidades que pretende emparejar. Siguiendo con nuestro ejemplo, un argumento que (manteniendo la misma forma lógica de la abducción) tuviera el siguiente contenido, tendría claramente menos fuerza inductiva que el que puse en un primer momento:

- (Enunciado Probatorio - Premisa 1) Todos los traficantes de drogas usan teléfonos celulares de última generación.
 (EP - Premisa 2) Jorge usa un teléfono celular de última generación.
 (Enunciado Probado - Conclusión) Jorge es un traficante de drogas.

El caso de mayor fuerza inductiva sería aquel en el que se pudieran listar todas las propiedades presentes en un traficante de drogas en la primera premisa, y que en la segunda se hiciera constar la presencia de todas ellas en Jorge. Es lo que se puede denominar una «abducción perfecta». Entre los dos extremos se mueven el resto de abducciones, ante las que hay que proceder a evaluar contextualmente el grado de apoyo mayor o menor que pueden dar a su conclusión. Bybee sugiere como regla para la formulación de este tipo de abducciones que se debe tratar de llegar a la formulación de una abducción perfecta, lo que en la práctica se traduciría en un imperativo que nos llevaría a tratar tener en cuenta la mayor cantidad posible de predicados compartidos entre las dos entidades que se pretendiera emparejar en la conclusión. En nuestro ejemplo, la siguiente abducción aportaría mayor grado de apoyo a la conclusión que los otros dos casos considerados:

- (Enunciado Probatorio - Premisa 1) Todos los traficantes de drogas usan teléfonos celulares de última generación, conducen coches deportivos caros, se mueven en horarios inusuales, y poseen dinero en efectivo cuyo origen no pueden justificar.
 (EP - Premisa 2) Jorge usa un teléfono celular de última generación, conduce un coche deportivo caro, se mueve en horarios inusuales, y posee dinero en efectivo cuyo origen no puede justificar.
 (Enunciado Probado - Conclusión) Jorge es un traficante de drogas.

Alguien podría decir que con un argumento probatorio como este ningún juez consideraría suficientemente probada la verdad de la conclusión. Si pensamos en la motivación de una sentencia condenatoria seguramente deberíamos darle la razón. Pero los jueces deben tomar decisiones y justificarlas en etapas muy diversas de un proceso penal, incluso antes de que se pueda considerar formalmente iniciado. Imagínense que quien formula el argumento abductivo es un oficial de policía que está investigando una denuncia realizada por un vecino y lo que solicita al juez es una orden para intervenir el teléfono del sos-

pechoso. El juez debe decidir si la otorga o no, evaluando el grado de plausibilidad que el argumento permite atribuirle a su conclusión. Visto de esta manera ya no resulta tan claro que nuestro ejemplo de abducción no fuera representativo de ciertos argumentos probatorios que se formulan en la práctica judicial. Siguiendo con esta línea de análisis podemos decir que las investigaciones posteriores buscarán hallar más predicados comunes entre los traficantes de drogas y Jorge. Y en la medida en la que los argumentos abductivos que se puedan construir se acerquen más y más a una abducción perfecta, los mismos podrán servir de fundamento para decisiones judiciales cada vez más importantes en un proceso penal: procesamiento, prisión preventiva e incluso la condena¹⁶.

Pasemos a la segunda forma de explicar la estructura de la abducción que propuso Peirce en la última etapa de su producción. Su esquema era el siguiente:

- [Premisa 1] El hecho sorprendente, C, es observado;
- [Premisa 2] Pero si A fuera verdadera, C podría ser un hecho rutinario,
- [Conclusión] En consecuencia, hay razones para sospechar que A es verdadera.

Tomemos un ejemplo complejo de lo que podría ser un argumento probatorio formulado en el marco de un proceso judicial:

- (Enunciado Probatorio - Premisa 1) González fue asesinado en su casa con un revolver calibre 38 que pertenecía a Pérez.
- (EP - Premisa 2) Pérez necesitaba dinero para saldar sus deudas de juego.
- (EP - Premisa 3) Pérez odiaba a González desde hacía mucho tiempo.
- (EP - Premisa 4) Pérez era amante de la esposa de González, la que era la única beneficiaria del seguro de vida de su marido.
- (EP - Premisa 5) Dos testigos fidedignos vieron a Pérez salir de la casa de González diez minutos después de la hora estimada de su deceso.
- (EP - Premisa 6) Las huellas digitales de Pérez fueron halladas en el arma empleada para asesinar a González.
- (EP - Premisa 7) La esposa de González reconoció que había conspirado con Pérez para asesinar a su marido.
- (Enunciado Probado - Conclusión) Pérez asesinó a González.

¹⁶ Esta presentación está demasiado simplificada. Un análisis más profundo debería tener en cuenta no sólo la cantidad de predicados que se comparan, sino también su calidad. No es lo mismo tener en común con un narcotraficante la propiedad de «necesitar oxígeno para vivir», que «poseer sustancias que habitualmente se utilizan para cortar estupefacientes» (Cf. Domino 1994). Esta cuestión deberá ser tratada en futuros trabajos.

¿Cuál es la estructura de este tipo de argumentos? ¿Cómo podemos evaluar su fuerza? El primer esquema de Peirce resulta insatisfactorio, porque un ejemplo como este no se puede reducir a un esquema silogístico de dos premisas y conclusión, todas ellas formadas por enunciados categóricos. Es claramente visible que la conclusión, por poner sólo un ejemplo, al estar formulada con la expresión relacional «asesinar a» no podría reconducirse a la forma S es P sin una pérdida considerable de sentido. Pero podemos apelar a la manera de entender la abducción en la segunda etapa de su producción. Para salvar las críticas iniciales, el esquema propuesto por Peirce debería complejizarse para dar cuenta de los dos tipos de razones que aporta la abducción (a) aceptar una hipótesis como tal, y (b) escoger entre todas las que concurren frente al mismo conjunto de hechos. El esquema sería

- (1) A tiene las siguientes características $H_1, H_2, H_3, H_4, H_5, H_6, H_7$.
- (2) B permite explicar las características $H_1, H_2, H_3, H_4, H_5, H_6, H_7$ presentes en A.
- (C) B

En nuestro ejemplo, el fenómeno A del que queremos saber más –en una inferencia ampliativa siempre aumentamos nuestro conocimiento– es la muerte de González, de la que sólo conocemos los hechos descritos en las premisas 1-7 (presentadas en el esquema como $H_1, H_2, H_3, H_4, H_5, H_6, H_7$). Una posible explicación para todos esos hechos es B, esto es, «Pérez ha asesinado a González». En una abducción se afirma como conclusión el enunciado que permite explicar mejor todos los hechos que se mencionan en las premisas y que brinda nueva información sobre el fenómeno que se pretende conocer. Aquí cobra relevancia un hecho ya señalado por Peirce: es la existencia de una anomalía o problema lo que lleva a razonar abductivamente. La búsqueda de información está guiada por ese problema, que en el ejemplo sería «¿quién asesinó a González?» (aunque podría muy bien ser otro). En ese caso los hechos que se considerarían relevantes y las explicaciones posibles también serían diferentes¹⁷.

Pero todavía podemos mejorar nuestro punto de partida, ya que esta estructura parece demasiado simple para dar cuenta de todos los aspectos relevantes de nuestro ejemplo. Pensemos en él nuevamente. En una de las premisas se menciona lo dicho por dos testigos como fundamento de su contenido, mientras que en otra se alude sin más a las huellas dactilares encontradas en el arma. En ambos casos percibimos la presencia de argumentos con premisas o conclusiones tácitas cuya estructura no se refleja en el esquema. Por ello una de las primeras cosas que se debe hacer es ofrecer una forma de entender este tipo

¹⁷ ¿No se debería incluir la pregunta en el esquema inferencial aunque ello nos obligara a trasladarnos al espinoso terreno de la lógica erotética (o de las preguntas y respuestas)?

de inferencias que se aproxime un poco más a la complejidad que presentan en la vida cotidiana y en la práctica judicial. Considero que el método más adecuado para lograr este objetivo es dual: una aproximación teórica al problema de la naturaleza de la abducción acompañado de un trabajo sobre sentencias judiciales para verificar su conexión con la práctica. Otras formas de abducción podrían jugar un papel importante en estos subargumentos (incluso la que ya hemos analizado al inicio de esta sección). La clase de enunciados que ocupan la posición de conclusión en los argumentos abductivos coinciden en muchas ocasiones con el tipo de enunciado que son objeto de prueba en un proceso judicial. Son los llamados enunciados fácticos que aparecen en la justificación de una sentencia judicial, los que también suelen aparecer en la conclusión de los llamados argumentos interpretativos - en los que se explica el sentido de un enunciado jurídico. Si tenemos éxito deberíamos ofrecer criterios que permitan controlar racionalmente una parte fundamental de la labor de justificación de las decisiones judiciales¹⁸.

El esquema tal como lo presenté resulta excesivamente simple también para las funciones que Peirce atribuye a la abducción en la segunda etapa de su producción. Por un lado, las características que se mencionan del fenómeno a explicar son necesariamente una selección de todas sus posibles características, constituyen el subconjunto de las condiciones relevantes para el que considera necesaria la explicación de A. Por otro, el predicado relacional «mejor que» nos pone sobre la pista de los elementos ocultos en esta primera reconstrucción. Para que la explicación B se pueda defender como «la mejor» se presupone (a) la existencia de explicaciones alternativas, (b) el rechazo de dichas explicaciones por resultar peores que la escogida. El esquema debería ser ajustado de la siguiente manera:

(1) A presenta las siguientes características relevantes $H_1, H_2, H_3, H_4, H_5, H_6, H_7$.

(2) B o C... o N permiten explicar la conjunción de las características relevantes $H_1, H_2, H_3, H_4, H_5, H_6, H_7$ presentes en A.

(3) B es mejor explicación que C...o N para la conjunción de las características relevantes $H_1, H_2, H_3, H_4, H_5, H_6, H_7$ presentes en A.

(C) B

Este esquema más complejo nos permite reflexionar mejor sobre los criterios con los que se puede evaluar la fuerza de un argumento abductivo. En primer lugar, se pone de manifiesto que cuantas más características se consideren relevantes, menos hipótesis serán capaces de ofrecer una explicación para todas ellas. Además, teniendo en cuenta nuestra segunda hipótesis, se puede especular sobre la natura-

¹⁸ Dar cuenta de estas cuestiones excedería los límites del presente artículo, por lo que deberán ser analizadas en trabajos posteriores.

leza de la propia conclusión de los argumentos abductivos según el tipo de argumento probatorio que estemos analizando. En algunos casos, cuando el enunciado probado es un hecho, la noción de explicación sería la clave para aumentar nuestro conocimiento sobre ellos. Pero en aquellos casos en lo que se afirma como conclusión es la hipótesis fáctica del argumento justificatorio del juez, que por regla general consiste en una afirmación sobre una acción humana, ¿no sería más adecuado suponer que estamos ante una «inferencia a la mejor comprensión»? Esto llevaría a reconsiderar la disputa epistemológica de fondo y sopesar cuál de las alternativas «explicación/comprensión» resultaría más adecuada para los objetivos prácticos que se pretenden conseguir en cada caso.

Esta reconstrucción también permite evitar algunas de las objeciones más corrientes a la caracterización de la abducción como argumento. No se puede reducir su estructura a una falacia de afirmación del consecuente (sin aceptar previamente que toda explicación debe ser nomológica deductiva) ni se lo puede considerar un caso claro de petición de principio (pues el enunciado que aparece en la conclusión no es afirmado sin más en las premisas, sino que forma parte de un enunciado complejo de tipo relacional). Y tiene algunas ventajas en el plano judicial: la argumentación enfrentada de las partes (sea sobre cuestiones interpretativas o probatorias) se ve reflejada en la premisa que alude a la competencia entre distintas explicaciones rivales.

Resulta plausible afirmar, en consecuencia, que los jueces se valen de las dos formas que puede adoptar la abducción según Peirce. Con esto no quiero decir que todos los argumentos que se formulan para justificar la adopción de la premisa fáctica en una decisión judicial deban ser reconstruidos como abducciones. Mi tesis es mucho más débil, pero no por eso menos útil para el jurista práctico.

* * *

En este trabajo me propuse clarificar la propuesta de Peirce sobre la naturaleza de los argumentos abductivos, para examinar sus posibles usos en la justificación de las decisiones judiciales. He mostrado que se pueden distinguir dos formas de reconstruir la estructura o forma lógica de los argumentos abductivos en la obra de Peirce, cada una de ellas defendida en períodos distintos de su producción y apelando a razones diferentes en cada caso. También he podido dar algunos ejemplos de como los jueces se valen de las dos formas de abducciones en sus argumentaciones probatorias, lo que permite mostrar la importancia de continuar trabajando en esta línea. El artículo deja más problemas planteados que los que ha podido resolver, entre ellos la discusión de aquellas propuestas recientes para reconstruir la abducción que no se enlazan directamente con las propuestas de Peirce (Aliseda 2010, Walton 2004), o el embate crítico que ha sufrido la recons-

trucción de la abducción como una inferencia a la mejor explicación (Cf. Armstrong 1988, Psillos 1996, 1997, Richmond 1999, van Fraassen 1980, 1987). Si aceptamos que la tarea de la filosofía consiste en formular nuevas preguntas, y no defender dogmáticamente respuestas a ciertos problemas, entonces este artículo debe considerarse moderadamente exitoso, porque deja mucho trabajo por hacer y la incertidumbre intacta sobre la posible futilidad de esa tarea.

REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, CARLOS E. 1995, «Concepciones de la lógica». En Carlos E. ALCHOURRÓN, JOSÉ M. MÉNDEZ y RAÚL ORAYEN (eds.), *Lógica*, Madrid: Trotta-C.S.I.C. 11-48.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN. 1975, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- 1991, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico». En Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN (eds.), *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 303-328.
- ALISEDA, A. 2010, *Abductive Reasoning. Logical Investigations into Discovery and Explanations*. Dordrecht: Springer.
- ANDERSON, DOUGLAS R. 1986, «The evolution of Peirce's concept of abduction». *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, núm. 22: 145-164.
- ARMSTRONG, D. 1988, «Discussion: Reply to van Fraassen». *Australasian Journal of Philosophy* 66, núm. 2: 224-229.
- BARKER, STEPHEN F. 1963, *Inducción e Hipótesis. Estudio sobre la Lógica de la Confirmación*, Bs.As., Eudeba.
- BLACHOWICZ, James. 1996, «Ampliative abduction». *International Studies in the Philosophy of Science* 10, núm. 2: 141-158.
- BONFANTINI, Massimo A. 1987, *La semiosi e l'abduzione*. Milán: Bompiani.
- BONORINO, Pablo Raúl. 1993, «Sobre la abducción», *Doxa*, 14, 207-241.
- 1999, «Lógica y prueba judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI, 15-24.
- BOUTILIER, C. 1996, «Abduction to plausible causes: An event-based model of belief update». *Artificial Intelligence* 83, núm. 1: 143-166.
- BOUTILIER, C. y V. BECHER. 1995, «Abduction as belief revision». *Artificial Intelligence* 77, núm. 1: 43-94.
- BROWN, W. M. 1983, «The economy of Peirce's abduction». *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, núm. 4: 397-411.
- BUNT, HARRY C. y W. J. BLACK. 2000, *Abduction, Belief, and Context in Dialogue : Studies in Computational Pragmatics*. Amsterdam; Philadelphia: J. Benjamins.
- BYBEE, MICHAEL D. 1991, «Abduction and rhetorical theory», *Philosophy and Rhetoric* 24, núm. 4: 281-300.
- 1996, «Abductive inferences and the structure of scientific knowledge». *Argumentation* 10: 25-46.
- DE ASÍS, Rafael. 1998, *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, MacGraw-Hill.
- DOMINO, B. 1994, «Two models of abductive inquiry». *Philosophy and Rhetoric*, núm. 27.

- FANN, K. T. 1970, *Peirce's Theory of Abduction*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- FRANKFURT, HARRY G. 1958, «Peirce's notion of abduction», *The Journal of Philosophy* 55: 593-597.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. 1999, *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. 2003, «Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal», en BONORINO, Pablo Raúl (ed.), *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, Bogotá, UNC.
- HAAS O. P., WILLIAM Paul. 1964, *The Conception of Law and the Unity of Peirce's Philosophy*. Notre Dame, Indiana: The University of Notre Dame Press.
- HEATHCOTE, Adrian. 1995, «Abductive inference and invalidity». *Theoria* LXI: 231-260.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. 2010, «Los indicios tomados en serio», en Pablo BONORINO (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Madrid, Bubok, pp. 31-66.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. 2003, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- KEVELSON, Roberta, ed. 1991, *Peirce and Law. Issues in pragmatism, legal realism, and semiotics*. New York: Peter Lag.
- MAGNANI, Lorenzo. 2001, *Abduction, reason, and science: Processes of discovery and explanation*. New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers.
- MIERMONT, Jacques. 1994, «Identity, abduction and autonomy». *World Futures* 72, núm. 1-2: 85-96.
- MORIARTY, SANDRA E. 1996, «Abduction: A theory of visual interpretation». *Communication Theory* 6, núm. 2: 167-187.
- NEEDHAM, Paul. 1999, «Reduction and abduction in chemistry». A response to Scerri. *International Studies in the Philosophy of Science* 13, núm. 2: 169-194.
- PENG, YUN y James A. REGGIA. 1990, *Abductive inference models for diagnostic problem-solving*. New York: Springer-Verlag.
- PEIRCE, CHARLES S. 1960, *Collected Papers*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press. Editados por Charles Hartshorne y Paul Weiss los volúmenes I-VI, y por Arthur W. Burks los volúmenes VII y VIII.
- 1968, *Escritos lógicos*, Madrid: Alianza.
- 1988, *El hombre, un signúm. El pragmatismo de Peirce*. Barcelona: Crítica.
- POLLNAC, R. B. & J. M. HICKMAN. 1975, «Abduction and statistical inference of interaction patterns: An analysis of data from Peru, Uganda and Iron Age France». *Sociologus* 25, núm. 1: 28-61.
- PSILLOS, Stathis. 1996, «On Van Frassen's critique of abductive reasoning». *The Philosophical Quarterly* 46, núm. 182: 31-47.
- 1997, «How not to defend constructive empiricism: A rejoinder». *The Philosophical Quarterly* 47, núm. 188: 369-372.
- RICHMOND, Alasdair. 1999, «Between abduction and the deep blue sea». *The Philosophical Quarterly* 49, núm. 194: 86-91.
- RYLE, Gilbert. 1979, *Dilemas*. México: UNAM.
- UUSITALO, Jyrki. 1991, «Abduction, legal reasoning, and reflexive law», en Roberta KEVELSON (ed.), *Peirce and Law. Issues in pragmatism, legal realism, and semiotics*, New York: Peter Lag, 163-185.

- VAN FRASSEN, Bas. 1980, *The scientific image*. Oxford: Oxford University Press.
- 1987, «Armstrong on laws and probabilities». *Australasian Journal of Philosophy* 65, núm. 3: 243-260.
- WALTON, DOUGLAS N. 2004, *Abductive Reasoning*. Tuscaloosa: The Alabama University Press.
- WHITE, Susan. 1997, «Beyond retrodution? Hermeneutics, reflexivity and social work practice». *British Journal of Social Work* 27, núm. 5: 739-754.
- WHITNEY, GORDON E. 1991, «The place of thirdness in legal reasoning», en Roberta KEVELSON (ed.), *Peirce and Law. Issues in pragmatism, legal realism, and semiotics*, New York: Peter Lag, 203-220.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 8/10/2011.

Confiabilidad y abogacía: principios deontológicos

Por HILDA GARRIDO SUÁREZ
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El objeto de este artículo es el estudio, desde una perspectiva filosófico-jurídica, de uno de los aspectos esenciales de la profesión de abogado y parte intrínseca de su profesión. En concreto, se aborda la relación abogado-cliente y la confianza como uno de sus principales elementos. Para ello, se efectúa una aproximación al papel que ejerce el abogado como operador jurídico, el papel que juega la confianza en esta relación, así como el estudio de un elemento fundamental y sin embargo poco estudiado en España como es el concepto de la confiabilidad. Así mismo se realiza un repaso de los principios deontológicos más importantes, en clave de confianza y confiabilidad. Los conceptos de confianza y confiabilidad, como fundamentación de los principios de actuación del abogado, son por tanto el eje fundamental de este artículo.

Palabras clave: *Confiabilidad, Abogado, Profesional, Confianza, Principios Deontológicos.*

ABSTRACT

The object of this article is the study from a philosophical and legal perspective of one of the essential aspects of the legal profession and an intrinsic part of his profession. To be precise, it is tackled the lawyer-client relationship and the trust as one of its more important elements. For that an approach

is carried out to the role played by the lawyer as a legal professional, the role played by the trust in this relationship, as well as the study of a fundamental element, nevertheless very little studied in Spain as the trustworthiness concept. Also a review of the more important ethic principles is carried out in trust and trustworthiness key. Therefore the concepts of trust and trustworthiness, as fundamentals of the lawyers conduct are the fundamental axe of this article.

Key words: *Trustworthiness, Lawyer, Professional, Trust, Ethic Principles.*

SUMARIO: I. EL ABOGADO COMO OPERADOR JURÍDICO.—II. LA CONFIANZA.—III. LA CONFIABILIDAD.—IV. CONFIANZA Y CONFIABILIDAD EN LA ABOGACÍA.—V. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN.—VI. CONCLUSIONES.

I. EL ABOGADO COMO OPERADOR JURÍDICO

Operadores jurídicos son todos aquéllos que se dedican a actuar dentro del ámbito del Derecho con una habitualidad profesional, como aplicadores del Derecho pero también como creadores, intérpretes o consultores del mismo¹. Considero más precisa esta denominación y no la de jurista² ya que, como indica el profesor Peces-Barba, éste de operadores jurídicos es un término más amplio; todo el que ejerce como jurista es un operador jurídico, pero no todos los operadores jurídicos tienen porqué ser juristas; así desde un juez de paz hasta un asesor fiscal, pasando por todo un elenco de cargos políticos que desempeñan funciones, por ejemplo de legislador, pueden estar ejerciendo labores como operadores jurídicos sin haber cursado estudios de Derecho.

No obstante, profesión jurídica sería toda aquélla en la que la titulación resulta una condición indispensable para el servicio o trabajo que se realiza, es decir, para ser un operador del Derecho³. Cuando se habla de titulación, no hemos de entender exclusivamente la Licenciatura o el Grado en Derecho, aunque continúe siendo la principal, sino

¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los operadores jurídicos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 72, 1986-1987, pp. 447-469.

² Comúnmente se denomina jurista a todo aquel que ha terminado los estudios de Derecho.

³ HIERRO, L., «Las profesiones jurídicas: Una visión de conjunto», *Sistema*, núm. 137, 1997, pp. 27-44.

todas aquéllas otras titulaciones que proporcionen un conocimiento técnico jurídico para poder operar como tal profesional⁴.

Una forma más visual de reflejar esta relación podría ser a través de círculos concéntricos. Un primer círculo estaría formado por los operadores del Derecho, que actúan dentro del ámbito del Derecho con una habitualidad profesional. Dentro de este primer círculo nace otro más restringido con aquellos operadores jurídicos cuya formación les dota de competencias para ejercer en el ámbito jurídico. Este círculo será el de los profesionales jurídicos. El tercer y último círculo es el más restringido de todos. Está formado por los operadores del Derecho que son profesionales jurídicos, pero que tienen además la titulación en Derecho. Son los juristas. De esta forma un jurista será siempre un licenciado o graduado en Derecho que ejerce dentro del ámbito jurídico; esto lo convierte en un profesional del Derecho y a su vez, en un operador jurídico. Igualmente, un profesional jurídico siempre será un operador del Derecho, pero no tendrá porqué ser un jurista (caso de un administrador de fincas). Por último, un operador jurídico no tiene porqué ser un profesional del Derecho ni un jurista y no por ello pierde su condición de operador del Derecho (éste sería el caso de un diputado que no tuviera titulación o cuya titulación no tuviese relación con el ámbito jurídico).

Como ejemplo de lo mencionado, observemos el caso de un senador⁵ (al que suponemos ingeniero de minas), quien en su función legislativa ejerce como operador jurídico. Sin embargo este operador no es un profesional jurídico, pues su titulación no le dota de ningún conocimiento técnico-jurídico específico que le habilite como tal; de igual modo, este operador tampoco es un licenciado en Derecho ejerciendo como jurista. Ahora bien, pongamos el caso de un profesional graduado social⁶ que trabaja en los juzgados ejerciendo como perito. Éste sería un operador jurídico puesto que se dedica a actuar en el ámbito del Derecho, pero sería además un profesional del Derecho puesto que su titulación se considera habilitante de un conocimiento técnico para poder operar en alguna función jurídica; sin embargo, tampoco sería un jurista. Por su parte, un fiscal que ejerce sus funciones ante los Tribunales es un jurista y por lo tanto un profesional jurídico, así como un operador del Derecho.

⁴ Existen algunas titulaciones que conducen o permiten el ejercicio dentro del ámbito jurídico, como los Administradores de Fincas, que no requieren ser licenciados en Derecho, aunque pueden serlo; en la misma situación se encuentran los asesores fiscales. Los titulados en Relaciones Laborales, en Graduado Social o en Ciencias del Trabajo pueden ejercer también como profesionales jurídicos.

⁵ El alcalde es uno de los operadores jurídicos que se pone como ejemplo en PECES- BARBA MARTÍNEZ, G., *op. cit.*, pp. 448.

⁶ Graduado Social es una de las titulaciones que se ponen de ejemplo como habilitante de un conocimiento técnico jurídico para poder operar en alguna función jurídica en HIERRO, L., *op. cit.*, pp. 29.

Si bien la ordenación de estos operadores y profesionales no es la finalidad del artículo, he considerado interesante tenerlas presentes para ubicar correctamente la profesión de abogado y efectuar una adecuada reflexión sobre la importancia de la confiabilidad en el ejercicio de esta profesión.

Los abogados son considerados uno de los principales profesionales del ámbito jurídico, pues desempeñan una labor fundamental en la Administración de Justicia. Esta Administración de Justicia gestiona y resuelve conflictos sumamente importantes, para los individuos en particular, y para la sociedad en general. En sus salas se resuelve sobre la libertad o encarcelamiento de personas, la tutela de menores o la constitucionalidad o no de ciertas leyes o decisiones. Por ello, reflexionar y estudiar sobre cualquier profesional que participe en la Administración de Justicia es hacerlo sobre los problemas de los ciudadanos, es analizar la verdadera aplicación del Derecho a una tutela judicial efectiva; es en definitiva, investigar sobre uno de los pilares necesarios de todo Estado de Derecho.

Sin embargo, desde la Filosofía del Derecho, tradicionalmente no se ha prestado excesiva atención al abogado. El iusfilósofo ha permanecido más preocupado por la figura del legislador, del soberano, y en todo caso, y sobre todo en los últimos tiempos, del juez⁷. Por ello los abogados han quedado siempre en un segundo plano, en aquél donde se encuentran los que no deciden nada⁸. Efectivamente, los abogados no deciden las normas ni dictan las sentencias, pero su misión también es fundamental; tienen que recoger las aspiraciones del ciudadano y *encajarlas en el complejo y amplio mundo del ordenamiento jurídico*⁹. Son a la vez, el asesor, el mediador y el defensor del ciudadano y de sus intereses.

Al abogado se le suele ver como el *profesional que asume la dirección técnica en la preparación del procedimiento y la consecución de los medios de prueba*¹⁰ y como aquél que *representa a las partes en juicio*¹¹. La imagen que predomina del abogado es por tanto la clásica del litigador. Pero de hecho, el abogado es mucho más que eso. Es un profesional liberal que al mismo tiempo tiene una misión como ele-

⁷ LA TORRE, M., «Juristas, malos cristianos». *Abogacía y Ética Jurídica*, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 17, 2007, pp. 71-108.

⁸ Como indica Massimo La Torre, el iuspositivista ha estado obsesionado por el momento de la decisión. *Sin decisión no hay derecho* y desde luego, *el abogado a su pesar, no decide nada*. LA TORRE, M., «Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-2009, pp. 13-34; p. 15.

⁹ MARTÍ MINGARRO, L., «Prólogo» de ROSAL R. DEL., *Normas deontológicas de la Abogacía Española*, Madrid, Thomson Civitas, 2002.

¹⁰ WEBER, M., *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1969, pp. 588.

¹¹ WEBER, M., *Economía y Sociedad*, *cit.* pp. 589. Según explica Max Weber, en Inglaterra, la primera función fue la de «asumir la dirección técnica» siendo anterior por tanto a la de representar a las partes en juicio.

mento imprescindible para la realización de la Justicia. El abogado garantiza la información y el asesoramiento, la contradicción y la igualdad de las partes, y encarna el derecho de defensa¹². De este modo, el abogado no es sólo el representante de un cliente; también es un operador del sistema legal, interesado en el buen funcionamiento del mismo¹³.

Aunque todavía hoy, la imagen de abogado que predomina es la del litigador, no es esa la única función que tiene asignada este profesional. Sin que esa imagen sea falsa, pues efectivamente los abogados pueden¹⁴ actuar en el seno de un procedimiento judicial, haciendo valer la posición de su cliente ante el sistema de justicia, no es sin embargo la única función que estos profesionales ejercen. Cuando un ciudadano, potencial cliente, entra en un despacho de abogados es porque se le plantea un conflicto y necesita que dicho profesional se lo resuelva o le ayude a evitarlo. La fórmula para resolver ese conflicto no siempre es acudir a un proceso judicial. Es más, en muchas ocasiones, la mejor forma de resolver o de evitar una dificultad o un problema es acudir a otras fórmulas resolutorias de conflictos. El ámbito de ejercicio del abogado es variado y además esta variedad va en aumento por lo que otras funciones de la abogacía, además de la de litigar, van cobrando importancia en el trabajo diario de estos profesionales.

De este modo, además de litigador, el abogado puede ser un asesor o consejero. En este caso informa a un cliente de sus derechos y obligaciones, de sus implicaciones prácticas y le presta su consejo sobre el mejor curso de acción; o puede actuar simplemente como un evaluador, examinando los asuntos legales de su cliente e informándole de su situación. Así, no hay que olvidar que una de las funciones del abogado en su misión de asesoramiento es la prevención. Prevención de disputas, pleitos o de recursos inútiles ante los tribunales, enseñando o incluso guiando a su cliente por el camino prescrito por la ley¹⁵. Esto no implica que un abogado se convierta en cómplice o en cooperador si finalmente su cliente decide no seguir el consejo de su abogado y abandonar por lo tanto la senda de la legalidad, pero sí es necesario que el profesional señale a su cliente los límites que establece la

¹² Así lo indica el propio Código Deontológico de la Abogacía Española en su Preámbulo.

¹³ ZAPATERO, V., *El Arte de Legislar*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 286

¹⁴ Recordemos que de hecho, es el único que puede representar los intereses de un cliente en un litigio. Veremos que para las demás funciones que ejerce un abogado, no es obligatorio para el cliente optar por dicho profesional, si bien en algunos casos es el más recomendable o preparado para ello, las competencias de los abogados se ven aquí confundidas en ocasiones con diferentes asesores (como en el caso de los asesores fiscales) o negociadores o mediadores que no tienen por qué ser abogados o ni siquiera licenciados en Derecho y que en ocasiones provienen de ramas muy diferentes como la educación social o la psicología.

¹⁵ De una forma parecida lo expresaba POUND, R., *The Lawyer form Antiquity to Modern Times*, St. Paul (Minnesota), West Publishing, 1953, pp. 23

legislación y que, aunque no pueda tomar ninguna decisión por él, no se convierta con su actitud ni con sus actos en el cómplice de éste. En nuestro país, la función de asesoramiento se ha dado por supuesta como una función previa o preparatoria del litigio. No obstante, es cada vez mayor el número de abogados que dedica una gran parte de su tiempo a realizar únicamente este tipo de labor, sin que haya de ser previa a ningún pleito. En muchos de estos casos son asesoramientos, generalmente bajo forma de dictámenes o informes, empleados no como medio, sino como finalidad, pues dicho asesoramiento o dictamen representa el trabajo que se le requería.

Además de litigar y asesorar, un abogado puede desempeñar una función de representación de su cliente en el curso de una negociación. Un abogado es también un negociador que trata de llegar a acuerdos que benefician a su cliente. También en este caso, son cada vez más los abogados que se adentran en la utilización de métodos alternativos para la resolución de conflictos, por la razón aducida de que la primera obligación de un abogado para con su cliente consiste en salvaguardar sus intereses y perseguir sus objetivos a través del medio más seguro o eficaz que pueda garantizarlos. Un pleito no siempre es el mejor medio, ni el más rápido para conseguir su objetivo, por lo que los profesionales de la abogacía se valen cada vez en mayor medida de técnicas como la mediación o el arbitraje, si bien éstas no son las únicas¹⁶. De esta forma, el pleito se convierte en una de las técnicas utilizadas por el abogado para resolver los conflictos de su cliente, pero sin mantener la hegemonía que mantenía en momentos anteriores.

El profesional de la abogacía, lejos de tener un modelo de ejercicio homogéneo y sencillo, nos introduce en un mundo donde asesorar, litigar y negociar, pueden ir de la mano en un solo profesional¹⁷, donde el abogado es el profesional que valora el caso, los costes, busca los pactos posibles, los puntos fuertes y débiles del caso, de su cliente y

¹⁶ Jorge Falcón explica que en casos de Uniones Temporales de Empresas o en las relaciones que nacen de un proyecto urbanístico (por lo general muy complejas), se están implantando paneles de expertos neutrales, con capacidad de decidir sobre la marcha de cualquier disputa que pueda surgir a lo largo de la iniciativa empresarial. Sus resoluciones, a priori son vinculantes, aunque las empresas tienen la posibilidad, una vez acabado el proyecto de impugnar tales decisiones, sometiénolas a mediación o a procedimiento judicial. En FALCÓN MARTÍNEZ DE MARAÑÓN, J., «El Abogado y la mediación. Algunas cuestiones sobre el asesoramiento y el rol del abogado en la mediación», en ROMERO NAVARRO, F., (Compilador); *La mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, pp. 386

¹⁷ Y estas son sólo funciones relacionadas con la relación abogado-cliente, pero los ámbitos en los que puede encontrarse a un abogado desempeñando funciones son múltiples. Nuestros Gobiernos y Cortes están repletas de abogados dedicados temporal o fundamentalmente a la política, ZARAGOZA, A., *Abogacía y política*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974; pero también encontramos abogados en los Consejos de Administraciones de empresas públicas o privadas, gestionando empresas, es decir, actuando como hombres y mujeres de negocios e incluso como árbitros. MULLERAT, R., «La profesión de abogado en 2010», *La Ley*, vol. I, 2001, D-31.

de la otra parte¹⁸, así como el mejor mecanismo para conseguir los objetivos y defender los intereses del cliente. De este modo, se debe abandonar la imagen simplista del abogado pleiteador, para verlo como un profesional completo y complejo.

Por todo ello, es esencial que se reflexione en estos momentos sobre la figura del abogado. Es importante que desde el mundo del Derecho se investigue sobre este operador elemental: qué es, qué ha sido y el futuro que le depara. Al mismo tiempo, son muchas las cuestiones que pueden plantearse en relación con su profesión, con su adscripción, su deontología, la función que ejerce dentro del sistema jurídico o su relación con otros operadores jurídicos como el juez o el fiscal.

Dentro del ejercicio de su profesión y lo que ello supone, una de las cuestiones más elementales es su relación con el cliente. Sin la existencia de relación entre un abogado y su cliente, no podremos afirmar la existencia de un verdadero derecho de defensa. En consecuencia, el derecho a una tutela efectiva por parte de los jueces y tribunales requiere de la existencia de abogados y de que la relación entre éstos y los clientes se desarrolle de forma adecuada. Así, esta relación y su efectiva protección no deben ser únicamente un interés de las partes, sino un interés a proteger por el Estado, pues de su existencia depende la aplicación efectiva de uno de los derechos fundamentales que promulga la Constitución. De todos los aspectos que condicionan esta relación, es fundamental realizar una aproximación a la idea de confianza, un elemento que se constituye como clave de esta relación.¹⁹

II. LA CONFIANZA

El concepto de confianza²⁰ es complejo y generalmente va acompañado de una gran confusión²¹. Por confianza podemos entender la

¹⁸ FALCÓN MARTÍNEZ DE MARAÑÓN, J., *op. cit.*, 398 pp.

¹⁹ El propio Código Deontológico de la Abogacía Española indica en su artículo 4 relativo a la confianza e integridad que *la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra*. Además, las virtudes establecidas por el Código Deontológico constituyen según él, *la causa de las necesarias relaciones de confianza Abogado-Cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión*. Para el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea, la confianza es uno de los principios generales de actuación del abogado afirmando que *las relaciones de confianza no pueden existir si existe duda alguna sobre (...) el abogado*.

²⁰ En este trabajo se reflexiona sobre la confianza que una persona deposita en otra (aplicando este modelo a la confianza de un cliente en su abogado) y los elementos clave de esta confianza frente a aquéllos de la confiabilidad. Sería muy interesante poder llevar a cabo una aproximación a otros niveles de confianza, como la confianza en las instituciones, o las formas de confianza colectiva y confianza social. Sin embargo esto alargaría en exceso el trabajo y además se saldría del objeto del mismo.

²¹ NOOTBOOM, B., *Trust: Forms, Foundations, Functions, Failures and Figures*, Northampton (Massachusetts), Edward Elgar Publishing Limited, 2002, pp. 1

esperanza firme que se tiene de alguien o algo²². La noción de confianza²³ tiene dos notas o rasgos característicos. Por un lado, es una relación en la que intervienen tres elementos y por otro lado, la confianza es susceptible de graduarse.²⁴ De esta manera, en una relación de confianza se ven afectados dos sujetos o partes y un objeto, por lo que, planteado como si de una fórmula se tratara, podríamos decir que A confía en B respecto a X.

Al mismo tiempo afirmamos que la confianza implica una cuestión de grado pues no se confía en las personas de una misma forma. Así, A puede confiar en B más que en C y menos que en D. Esta graduación de la confianza se percibe en las relaciones que establecemos constantemente, pues un individuo puede confiar en su amigo mucho más que en su socio de negocios, por ejemplo, pero menos que en su esposa. Al mismo tiempo, la confianza puede tenerse respecto a un asunto en concreto y por ello decimos que se confía respecto a algo; por ejemplo, una persona puede confiarle la defensa de unos asuntos a su abogada, pero no le confiaría ninguno de sus asuntos sentimentales; o puede confiar en que su hermano escuchará discretamente sus problemas, pero no le confiaría la elaboración de un concurso de acreedores.

Para que se dé la confianza, es necesario que la persona que confía acepte las condiciones que acompañan al acto de confiar. Una de ellas es la asunción del riesgo de que la confianza sea traicionada o al menos de cierto grado de riesgo. Pero al mismo tiempo también es necesario que esa persona confíe en que la persona en la que deposita la confianza no va a defraudar sus expectativas. De este modo, el optimismo y la aceptación del riesgo son los elementos principales de la confianza.

Confiar implica aceptar cierto grado de vulnerabilidad²⁵ o riesgo; el riesgo de que la persona en la que se ha confiado, traicione la confianza depositada. Si la persona no es consciente del riesgo de ser traicionado, más que de confianza, estaríamos hablando de fe ciega²⁶ en alguien, situándose esas creencias en un plano diferente al de la confianza. Este riesgo se sitúa por lo tanto, como un elemento esencial de la relación de confianza, vinculando su existencia a la de la rela-

²² Es la definición por la que ha optado la Real Academia Española en su Diccionario de la Lengua Española, vigésimo segunda edición. Aunque es una de las definiciones, veremos que hay muchas otras que van completando un término tan complejo.

²³ Al igual que la de desconfianza. HARDIN, R., *Distrust, Working Paper from the Working Group of Trust, Russell Sage Foundation, 1999.*

²⁴ HARDIN, R., *Distrust, cit.*

²⁵ WARREN, M.E., *Democracy and Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 1.

²⁶ ROTHSTEIN, B., «Social Capital and Institutional Legitimacy: The Corleone Collection», en PRAKASH, P. & SELLE P., *Investigating Social Capital: Comparative perspectives on Civil Society Participation and Governance*, New Delhi, Sage Publications, 2004, pp. 113.

ción. Sin embargo, aunque no sea posible una garantía absoluta de ausencia del riesgo, tampoco puede darse esta relación si el riesgo es desproporcionado, ya que entonces no se establecería una efectiva relación de confianza²⁷. Así, quien confía habrá de tener ciertas garantías de que el riesgo no se hará efectivo, aunque dichas garantías nunca sean absolutas.

Tampoco se puede confiar si el comportamiento generalizado de una persona hacia los demás tiende, por sistema, a la desconfianza. Si esa persona siempre asume que los demás tienen razones encubiertas o pérfidas para actuar como lo hacen, establecerá relaciones de desconfianza antes que de confianza. Por ello, el otro elemento esencial que debe darse para que puedan generarse relaciones de confianza es el optimismo. Este optimismo actúa no solo como un elemento de la confianza sino como una de sus raíces²⁸, por lo que la confianza implica una tendencia hacia el optimismo más que al pesimismo, respecto al comportamiento del otro.

No obstante, ello no conlleva que una persona deba confiar en otra de manera inmediata, ni que tenga que confiar siempre; de este modo, cuando conozco a alguien con quien deseo tratar o me veo obligado a hacerlo, puedo iniciar la relación con un escepticismo razonable²⁹. Generalmente, ese escepticismo no tiene su origen en esa persona en particular, sino en una situación determinada, pues los seres humanos formulamos juicios escépticos, sobre todo por la generalización con respecto a pasados encuentros con otras personas. De este modo, mi grado de confianza en la nueva persona ha sido aprendido.

La aceptación del riesgo y el optimismo son por lo tanto los elementos clave del concepto de confianza y han de darse en aquél que confía, para que esa relación de confianza se genere o se mantenga. La confianza y sus elementos afectan siempre por tanto a la persona que deposita la confianza. Sin embargo la relación de confianza afecta siempre a dos sujetos: el que deposita la confianza y el que es depositario de ésta. Mientras que la confianza es propia del primero, la confiabilidad deberá ser, por el contrario, lo que caracterice al segundo.

Por ello, los elementos de la confianza son aquéllos que tienen que ver directamente con el que confía, pues es el que realiza efectivamente el acto de confiar, mientras que los elementos que caractericen al depositario de esa confianza, serán considerados elementos de la confiabilidad, pues en realidad, la persona en la que se confía poco puede

²⁷ En sentido contrario, la desconfianza implica que la persona no está dispuesta a asumir dicho riesgo y de esta manera, si uno desconfía de la gente de una forma generalizada, no se arriesgará a cooperar con otros. HARDIN, R., *Distrust*, cit.

²⁸ USLANER, E. M., *The moral foundations of Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 79

²⁹ HARDIN, R., «Trustworthiness», *Ethics*, vol. 107, núm.1 (Oct. 1996), pp. 26-42, p. 27

influir en la confianza, sino más bien en la confiabilidad o en la apariencia de la misma.

III. LA CONFIABILIDAD

Confianza y confiabilidad, aunque son términos aparentemente parecidos y se encuentran en contacto constante, no pueden ser considerados como sinónimos, pues ello nos conduciría a enormes confusiones en lo que a su naturaleza conceptual se refiere. Mientras que la confianza puede ser definida como la esperanza firme que se tiene de alguien o algo, la confiabilidad es la cualidad de aquél en quien se puede confiar³⁰, es decir, de quien es digno de confianza.

Estos dos conceptos son equiparados en muchos debates y disertaciones, con afirmaciones sobre la confianza, que en realidad quedan fuera de su ámbito y que bien podrían ser aplicables a la confiabilidad. Tanto es así que en muchos de los textos que se han escrito sobre la confianza, aunque apenas se menciona la confiabilidad, mucho de lo que se plasma, está referido mayoritariamente a la confiabilidad y no a la confianza³¹.

Si afirmamos que, mientras que el acto de confiar³² –confianza– es un acto puramente subjetivo³³ de aquél que deposita la confianza y la confiabilidad es la cualidad del sujeto que es digno o merecedor de esta confianza, la diferencia entre estos dos conceptos se comprenderá mucho mejor. La confiabilidad se sitúa, por tanto, como el elemento objetivo de la confianza; alguien es digno de confianza (o confiable) o

³⁰ Para la Real Academia Española la confiabilidad es la cualidad de confiable, indicando como confiable la persona en la que se puede confiar. Así lo define en su Diccionario de la Lengua Española, vigésimo segunda edición.

³¹ Hardin analiza lo que él considera tres casos llamativos referentes a esta aparente confusión. En el primero, Bernard Williams, bajo la apariencia de tratar la confianza, da una relación de las posibilidades de confiabilidad general, desde la cual, la confianza es meramente inferida. En el segundo caso, Roland Mckean, economista, trata la economía de la confianza, pero su verdadero problema es el de la confiabilidad. En el tercer caso, más complejo, el sociólogo Niklas Luhmann realiza determinadas afirmaciones sobre la confianza, pero de nuevo, el problema focal es la confiabilidad y no la confianza. De hecho, Luhmann dice que le preocupan los mecanismos sociales que generan confianza, sustituyendo el interés por la confianza por el interés por la confiabilidad. El mejor mecanismo para crear confianza (según Hardin) es establecer y apoyar la confiabilidad. HARDIN, R., «Trustworthiness», *cit.*, pp. 28

³² La Real Academia Española lo define como *depositar en alguien, sin más seguridad que la buena fe y la opinión que de él se tiene, la hacienda, el secreto o cualquier otra cosa*, en su Diccionario de la Lengua Española, vigésimo segunda edición.

³³ Entendiendo aquí que lo subjetivo es aquello perteneciente al modo de pensar o de sentir del sujeto, y no tanto al objeto en sí mismo o a sus cualidades. Por el contrario, lo objetivo es lo relativo al objeto en sí mismo y a sus cualidades, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir de cada sujeto.

no lo es, objetivamente, independientemente de si acaba convirtiéndose o no, en depositario de confianza. De hecho, no en todos los casos la confiabilidad es condición imprescindible o necesaria para que se produzca el acto de confiar, por lo que se podría confiar en alguien sin que esta persona sea confiable y podría no depositarse la confianza en una persona a pesar de que ésta fuese confiable. De este modo A puede que confíe en B aún no siendo B una persona confiable y puede que no confíe en C, que sí es confiable, por una cuestión meramente subjetiva, ya sea una afinidad en el equipo de fútbol al que se anima o debido a la apariencia física. Vemos, por lo tanto, que aunque existe una relación estrechísima entre ambos conceptos, ni son lo mismo, ni siempre el uno va acompañado del otro. Son independientes entre sí, pero en las relaciones de confianza basadas en la racionalidad, la confianza sí debe ser consecuencia de la confiabilidad.

Para que podamos confiar en alguien, la persona que deposita su confianza tiene que ser consciente del riesgo pero ser al mismo tiempo optimista en que sus expectativas no se verán defraudadas. Dicho de otro modo, confiamos porque somos optimistas en que la persona en la que depositamos nuestra confianza es competente para llevar a cabo aquello que le hemos confiado y que se encuentra comprometida a hacerlo. Por lo tanto, para que una persona pueda ser denominada de confianza o confiable, ésta tiene que estar comprometida con la persona o con la causa que se le ha confiado, es decir, que exista un elemento motivacional, además de ser competente para llevarla a cabo. Estas características son las que convierten a una persona en digna de confianza o confiable y son precisamente los elementos de la confiabilidad.

Una definición del concepto de confianza es aquella que la sitúa como una actitud de optimismo de la persona que confía en que la buena voluntad y la competencia del otro³⁴, hará llegar nuestros asuntos a buen término. Si tenemos en cuenta esta definición y al mismo tiempo decimos que los elementos de la confiabilidad son la competencia y el compromiso, podemos ver cómo de una definición de confianza pueden extraerse los elementos de la confiabilidad. Esta relación (entre ambos términos) tiene sentido desde el momento en el que establecemos que la actitud de optimismo necesaria para la relación de confianza nace de la competencia y buena voluntad (o compromiso) de la persona en la que se deposita la confianza. Los elementos de la confiabilidad (compromiso y competencia) están estrechamente

³⁴ JONES, K., «Trust as an Affective Attitude», *Ethics*, vol. 107 (Oct. 1996), pp. 4-25. Traducida al completo, su definición establece que *la confianza es una actitud de optimismo de aquella persona que confía en que la buena voluntad y competencia de otro se ampliará para abarcar el ámbito de interacción con él, junto con la expectativa de que ese otro actuará directa y favorablemente movido por la idea de que contamos con él.*

relacionados con los de la confianza (optimismo y aceptación del riesgo), por lo que se explica la habitual confusión que se da entre ellos.

Existe un consenso general en cuanto a que tanto la competencia como el elemento motivacional del compromiso³⁵ son cruciales para la existencia de la confiabilidad. Sin embargo no existe unanimidad respecto a la naturaleza de este compromiso y efectivamente esta naturaleza es ciertamente compleja, pues si bien hacemos una declaración de compromiso en un determinado momento, quienes deben confiar en nosotros deben esperar no una mera declaración de compromiso, sino que ese compromiso realmente motivará e impulsará acciones relevantes en un futuro. Por ello, lo realmente relevante en este elemento es la expectativa de que ese compromiso se mantendrá en el futuro.

Asimismo, este elemento del compromiso también genera debate en la propia naturaleza de su origen pues si bien algunos centran su atención en la existencia o duración del compromiso, otros la focalizan en su inicio, pues afirman que no todas las motivaciones que dan lugar a un compromiso son compatibles con la esencia de la confiabilidad. De este modo, catalogamos tres categorías generales³⁶ de razones para el cumplimiento de los compromisos. De un lado están los incentivos internos, de otro lado los externos y entre ambos, los incentivos mixtos (internos y externos). Así, las motivaciones internas, aunque variadas y de naturalezas muy distintas, se adquieren por el impulso de un compromiso claro desde una compulsión moral, un sentimiento de protección o aprecio, debido a la adscripción a una determinada escala de valores o desde un sentimiento de lealtad. Los incentivos externos, sin embargo, procuran alinear los intereses del que se ha comprometido o ha de comprometerse con los objetivos de dicho compromiso, con el fin de que a la hora de cumplir con el compromiso, el individuo esté a su vez protegiendo o llevando a cabo algún interés propio. Los mecanismos institucionales, sociales e incluso legales pueden proporcionarnos fuertes incentivos para ser dignos de confianza. En los incentivos mixtos conviven y se combinan los dos tipos de motivaciones anteriores; en la práctica solemos estar incentivados por normas que motiven o incluso sancionen el comportamiento, y sin embargo dichas normas pueden ser interiorizadas, por lo que nosotros simplemente actuamos por adscripción y no para evitar la sanción.

Pero para que se sostenga una relación de confianza, además del compromiso de la persona en la cual se deposita la confianza, es necesario que ésta sea competente para llevar a cabo la tarea confiada. La competencia a la que nos referimos es por tanto, una competencia téc-

³⁵ Hardin explica que el problema central en la confiabilidad es el compromiso de uno mismo para cumplir con la confianza que otro deposita en él. HARDIN, R., *Trust and Trustworthiness*, New York, Russell Sage Foundation, 2002, pp. 28

³⁶ HARDIN, R., *Trust and Trustworthiness*, *cit.*, pp. 28

nica, aunque algunos autores³⁷ sostienen que la competencia exigible a una persona a la hora de confiar en ella no tiene por que ser siempre técnica. Según este razonamiento, si uno confía en un amigo, la competencia que le exige es una competencia moral, una lealtad, bondad o generosidad. Sin embargo, sería razonable asumir que este tipo de competencia plasmada en el ejemplo, esta «competencia moral», tiene más cabida en el ámbito del compromiso, que en el de la competencia en sí misma.

Cuando declaramos una expectativa de competencia del otro no le estamos exigiendo tanto un sentimiento de lealtad como que tenga los conocimientos y técnicas necesarias para llevar a buen término el asunto que le confiamos; técnicas y conocimientos que el que confía generalmente desconoce o no conoce tan bien como la persona en la que deposita la confianza. Por ello, en este supuesto, sería necesario hablar de competencia técnica. Esta exigencia de competencia técnica es aún más clara cuando la persona acude a un profesional para que le ayude a resolver un asunto concreto. Tanto si se trata de un arquitecto, un médico, o un abogado, de un fontanero o un electricista, cuando acudimos a un experto en una materia cualquiera, esperamos de éste que tenga la capacidad suficiente para hacerse cargo de nuestro asunto. Que posea los conocimientos y técnicas suficientes para llevarlo a cabo. Si bien la competencia es necesaria en todos aquellos profesionales o personas que ejercen un oficio, lo cierto es que esta competencia se hace aún más necesaria en determinadas profesiones en las que se ponen en juego bienes esenciales para los seres humanos, como son la vida, la integridad física o moral, la propiedad o la libertad, entre otros. Esta exigencia de competencia técnica es uno de los motivos, si no el principal, de la exigencia de los títulos universitarios para poder ejercer determinadas profesiones, reforzado por la exigencia, además, de pertenecer a un colegio profesional que está respaldando al profesional y certificando, entre otras cuestiones, la competencia de éste.

Es esta competencia la que nos convierte en personas técnicamente confiables, mientras que, por su parte, el compromiso nos hace moralmente confiables. Esta confiabilidad no sólo es la parte objetiva de las relaciones de confianza, sino que es además el sustento de las mismas.

IV. CONFIANZA Y CONFIABILIDAD EN LA ABOGACÍA

Las relaciones de confianza son vitales para las relaciones humanas, pero cobran además una particular relevancia cuando se generan en situaciones de especial dependencia. Estas situaciones se dan cuan-

³⁷ Karen Jones diferencia entre la competencia técnica que se le exige a los profesionales cuando acudimos a ellos, de la competencia «moral» que se le exige a una persona que bien puede ser un amigo. En JONES K., *cit.*, pp. 7.

do, quién deposita la confianza, depende especialmente del depositario de ésta. Así es la situación de un paciente con su médico o de una persona dependiente con su cuidador. De alguna manera, esta situación especial de dependencia también se da entre un cliente y su abogado. Todos estos casos tienen en común que la confianza se deposita en una persona con ciertas responsabilidades respecto a los intereses de quién deposita la confianza y que además, tiene un conocimiento superior, más experiencia y/o más capacidad que aquél que deposita la confianza, al menos, en lo que refiere al asunto confiado. A esta situación de prevalencia del depositario de la confianza, se le añade una circunstancia de urgente o imperativa necesidad de confiar por parte de aquél que deposita la confianza; en esos casos, son prácticamente las circunstancias las que nos fuerzan a confiar³⁸. Estas circunstancias se dan en la mayoría de los casos en que un ciudadano acude a un profesional y debe confiar en él.

A pesar de las circunstancias particulares que encierra esta relación de confianza, como la especial dependencia del que confía y la necesidad de establecer dicha relación, se verifican también los elementos de cualquier relación de confianza; estos elementos son la aceptación del riesgo y el optimismo. Aunque la relación de confianza de un cliente con su abogado pueda surgir de la necesidad de aquél, es necesario que en ese acto voluntario de confianza, se dé la aceptación del riesgo de que esa confianza pueda verse traicionada por el abogado, y sin embargo debe ser optimista y confiar en que su abogado defenderá sus intereses de la mejor manera posible.

Es precisamente en este tipo de relaciones en las que la confiabilidad juega un papel especialmente importante y destacado, pues aunque la confianza es el elemento necesario para una optimización de las relaciones humanas y para la relación abogado-cliente, esta confianza es una convicción o suposición personal. Para intentar asegurar esta confianza, será necesario garantizar la confiabilidad del abogado así como la confiabilidad de la profesión, siendo esta confiabilidad, la cualidad por la que una persona, colectivo o institución, se convierte en digno de confianza. De este modo, el abogado confiable será aquél que cumpla los requisitos o características mínimas y necesarias para que los demás confíen en él. Será el profesional digno de confianza.

Los elementos comunes para que una persona sea confiable son el compromiso y la competencia. No obstante, dependiendo de cuáles sean las responsabilidades que haya de asumir o el papel que tenga que jugar el depositario de la confianza, será necesario el cumplimiento de ciertos requisitos particulares para que se considere que esa persona es verdaderamente confiable. En el caso de los abogados, éstos tendrán que cumplir determinadas condiciones para que se considere

³⁸ PELLEGRINO, E. D., *Ethics, Trust and the professions. Philosophical and Cultural Aspects*, Washington D.C., Georgetown University Press, 1991, pp. 69

que son profesionales confiables. Confianza y confiabilidad son dos conceptos fundamentales para el ejercicio de la abogacía.

La confianza ha sido un factor fundamental de impulso de la ética profesional durante mucho tiempo. En la creación de las normas deontológicas se ha dado una especial importancia a este concepto, llegando a establecerse la confianza como uno de los Principios Generales de la Abogacía, y afirmando que *las relaciones de confianza dependen directamente de la inexistencia de cualquier duda sobre la probidad, la honradez, la rectitud o la integridad del Abogado*³⁹. La confianza se establece, en este tipo de relaciones, como una *conditio sine qua non* para la formación del correcto y verdadero vínculo que une a un abogado con su cliente⁴⁰. Esta confianza se convierte así en una condición imprescindible para el efectivo cumplimiento del derecho de defensa letrada, pues sin la existencia del vínculo de confianza, el derecho de defensa no sería realizado de una manera eficaz, sino que nos hallaríamos ante un mero cumplimiento formal del mismo.

Es fundamental realizar una aproximación a los principios que rigen la abogacía y de este modo ver cuáles son los que cumplen con la condición o requisito necesario para la confiabilidad, pues es ésta la que debe fundamentar la existencia y la exigencia de cumplimiento de estas normas de comportamiento. Con el cumplimiento de estas normas/condiciones de confiabilidad, se garantizará la confiabilidad del profesional de la abogacía, al tiempo que se establece un marco propicio para la generación de relaciones de confianza.

V. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN

Hemos señalado la importancia que tiene la confianza en las relaciones que establece un abogado con su cliente; igualmente se ha apuntado el papel vital que cumple la confiabilidad para la generación y conservación de dichas relaciones de confianza. De todo ello hemos podido deducir el carácter fundamental que ostenta la confiabilidad en la regulación del comportamiento de los profesionales. Una confiabilidad que debe actuar como fin último en la regulación profesional.

Para que esta confiabilidad pueda ser favorecida, son necesarios ciertos principios de actuación que deben ser de obligado cumplimiento para todos los abogados. El vínculo que existe entre las normas deontológicas y las relaciones de confianza ya se ha establecido

³⁹ Así lo indica el Código de Deontología de los Abogados Europeos en su punto 2.2 sobre confianza e integridad.

⁴⁰ El Código Deontológico de la Abogacía Española establece esta necesidad de confianza ya en el preámbulo, si bien dedica todo un artículo, el cuarto a regular la confianza junto con la integridad. En este artículo, el Código insiste en el carácter fundamental de la confianza en las relaciones abogado-cliente.

en algunos textos profesionales⁴¹. Estos principios deben garantizar al ciudadano que su abogado actuará, al menos, confidencial y lealmente, con diligencia y competencia, con libertad e independencia. Estos principios de actuación son el mecanismo necesario para la garantía que necesita todo ciudadano cuando deposita su confianza en un abogado. Es por lo tanto, la exigencia de la confiabilidad y la salvaguarda de la confianza en las relaciones abogado-cliente, uno de los fundamentos a la hora de establecer un catálogo mínimo de principios de actuación que todo abogado debe satisfacer. Estos principios deben ser, al menos, los de libertad, independencia, lealtad, competencia, diligencia y secreto profesional, pues la actuación de un abogado siguiendo estos principios es garantía de un comportamiento digno de confianza.

No obstante, este catálogo no es excluyente y aunque pueden existir otros deberes o principios importantes para el ejercicio de la abogacía, estos seis principios son vitales, debido a su carácter fundamental para la confiabilidad del abogado. Un abogado requiere de estos seis principios en el desempeño de su ejercicio profesional para que su comportamiento sea confiable y se genere o sostenga una relación de confianza con su cliente. De este modo, si un abogado falta a cualquiera de estos seis principios, su actuación atentaría claramente contra la confianza de su cliente, socavaría su relación con él y por lo tanto estaría atentando contra el derecho a la defensa de ese ciudadano.

El secreto profesional, si bien cuenta con algunos detractores que lo consideran exagerado y afirman que puede suponer un obstáculo para la función judicial⁴², es uno de estos principios de actuación y quizá el más conocido de la abogacía. Este principio es considerado como uno de los más necesarios y fundamentales. El secreto profesional se basa fundamentalmente en la confianza y a su vez es base necesaria para la misma. En este siglo donde la transparencia parece ser exigida y primada por encima de muchos otros derechos y aspectos de la vida personal, política o institucional, en el mundo de la abogacía todavía parece reinar cierta opacidad. La justificación de que en la actualidad se sostenga y se prime este secreto profesional es precisa-

⁴¹ La Declaración de Perugia establece que *la buena ejecución del trabajo del abogado no puede llevarse a cabo más que con la entera confianza de cada persona concernida*. Así esta misma declaración expone que *Toda regla deontológica se funda desde su origen en la necesidad de ser digno de esta confianza*. Esta afirmación se sitúa como fundamental en la explicación de la relación de la confianza con los distintos deberes y principios deontológicos así como de la importancia de la confianza en las relaciones del abogado con su cliente.

⁴² Para algunos autores como William Simon este «culto» al secreto es exagerado y llega a entorpecer en algunos casos la labor judicial. En SIMON, W.H., «The Confidentiality Fetish: The problem with attorney-client privilege», *The Atlantic Monthly*, diciembre 2004, pp. 113-116.

mente, que la confidencialidad es vital para que pueda darse una relación de confianza⁴³.

Cuando una persona acude a un abogado⁴⁴ para plantearle un conflicto con la pretensión de que éste pueda orientarle en cómo resolverlo, es necesario que ese individuo le cuente exactamente todos los aspectos del conflicto y todo aquello que puede influir en él o en su resolución. Para ello, esa persona tiene que confiar en su abogado y confiar en que el contenido de sus comunicaciones, sus conversaciones, sus datos, en definitiva, el objeto que se le ha confiado no va a ser revelado. Si este secreto no es observado o es violado, se está atentando contra uno de los pilares de la confianza entre un ciudadano y su abogado, por lo que se está menoscabando el derecho a la defensa.

Del mismo modo que un cliente debe confiar en que su abogado respetará el secreto profesional, debe confiar también en que actuará de una forma leal hacia él o hacia sus intereses. Cuando se habla de un comportamiento leal no debe pensarse en un comportamiento sumiso, obediente o cómplice con el del cliente, pues identificar la lealtad con la obediencia ciega es desvirtuarla⁴⁵. Esta concepción de lealtad, denominada crítica, es aquélla en la cual el sujeto se compromete, pero no suspende su juicio, y es la relación de lealtad más cercana a la relación que debe mantener un profesional de la abogacía con su cliente⁴⁶.

El concepto de lealtad es un concepto normativo que designa un vínculo que, además de generar obligaciones, se manifiesta en una consideración especial de los intereses de otra persona, grupo o institución y que tiene como consecuencia un trato diferenciado y particularizado, en razón del valor que se reconoce a esta relación⁴⁷. La fórmula básica de la lealtad⁴⁸ se basa por lo tanto en el vínculo especial

⁴³ MULLERAT, R., «Los diversos enfoques del secreto profesional del abogado y sus excepciones en los Estados Unidos de América», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1-1997 D70. Cualquier atentado a este deber de secreto supone por lo tanto un uso indebido o abuso de la confianza.

⁴⁴ El deber de sigilo o secreto profesional no es exclusivo de la abogacía, pues se da también en otras profesiones como la médica o la periodística. Principalmente en aquellas que basan su trabajo o parte del mismo en establecer relaciones de confianza. De esta manera, incluso los sacerdotes también se encuentran vinculados por el sigilo sacramental de tal forma que éste no puede quebrantarlo bajo ningún pretexto y adquiriendo un carácter perpetuo. CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., «El sigilo sacramental», *ABZ/Repensar, Red de penalistas*, núm. 111, febrero 2000, pp. 12.

⁴⁵ CALSAMIGLIA, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2000, 56 pp.

⁴⁶ Para Albert Calsamiglia esta concepción de lealtad es un elemento importante para la democracia. En este caso aplicamos dicha concepción a las relaciones profesionales. En CALSAMIGLIA, A., *op. cit.*, 57 pp.

⁴⁷ CALSAMIGLIA, A., *op. cit.*, 45 pp.

⁴⁸ CALSAMIGLIA, A., *op. cit.*, 50 pp.

que se crea de un sujeto hacia otro. En el caso que nos concierne, este vínculo se crea, principalmente, entre el abogado y su cliente.⁴⁹

Si un cliente se planteara que su abogado podría actuar de forma poco leal o directamente desleal con él, sería prácticamente imposible que se diera una relación de confianza entre ellos. Por ello la lealtad es, junto con el secreto profesional, otro de los principios de actuación que se consideran vitales en el ejercicio de la profesión.

La libertad del abogado⁵⁰ es una de las principales manifestaciones de la autonomía privada de este profesional. Es el reflejo de la autode-terminación en la toma de decisiones que afectan a su trabajo y responsabilidad. Pero por encima de todo, esta autonomía es necesaria para que el abogado realice sus funciones y por ello supone, como ya estableció el Tribunal Constitucional⁵¹, una *parte esencial e imprescindible de la función de defensa*.

La protección de la libertad del profesional se establece, por lo tanto, como un mecanismo de protección de su autonomía. Así el cliente sabe que su abogado puede actuar con una libertad de expresión reforzada en el ejercicio de sus funciones y que será él y no por la imposición de otro, el que decida qué procedimientos o acciones son más favorables. Al mismo tiempo, al establecerse que bajo el manto de la libertad del abogado éste puede rechazar determinados casos, el principio de libertad se constituye como una garantía del principio de lealtad, pues si un abogado tiene serias dudas sobre si puede ser leal a determinado cliente, está amparado en la decisión de rechazar ese caso. En consecuencia, cuando un cliente entabla una relación con un abogado determinado, sabe que éste establece y mantiene la relación con él porque así lo quiere y que no se encuentra obligado a ser su abogado. Esta es otra de las cuestiones que mejora la posibilidad de originar y mantener relaciones de confianza entre ambos.

Mientras que el principio de libertad pretende, sobre todo, garantizar una libertad de actuación, de pensamiento y expresión, el principio de independencia, por su parte tiene como finalidad mantener el ejercicio de la abogacía libre de cualquier injerencia, presión o manipulación externa. Los principios de independencia y libertad profesional están, por lo tanto, estrechamente vinculados, siendo dos mecanismos

⁴⁹ Aunque al abogado también se le exigen comportamientos leales hacia otros actores del proceso como los Tribunales.

⁵⁰ Aunque se hable de libertad de defensa en un sentido general, en realidad, ésta engloba además la libertad de expresión, la libertad de dirección y organización, así como la libertad para dirigir técnicamente un asunto. De esta forma, la libertad del profesional se entiende también como una proyección de la exigencia ética general de *obrar según ciencia y conciencia*. Esto implica que se debe tener un margen de libertad para actuar o para decidir como técnico jurídico, para expresarse en un ámbito de libertad en el ejercicio de sus funciones, y además, como una libertad intelectual y de conciencia, que decidirá en las cuestiones más sustantivas.

⁵¹ En el Fundamento Jurídico 5 de su Sentencia 157/1996 de 15 de octubre.

que se emplean para alcanzar una misma finalidad, la protección de la relación entre abogado y cliente.

La independencia debe entenderse como la ausencia de cualquier tipo o forma de injerencia, interferencia, vínculo o presión que pretenda influir o desviar la acción y decisión del profesional⁵². Este principio refleja el ámbito negativo de la protección, pues supone la *ausencia de injerencias o presiones*, mientras que la libertad se erige en el ámbito positivo de la acción, pues es *la libertad de elección, pensamiento, organización y expresión*, en la realización de sus funciones. El propósito de este principio de independencia es *asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes*⁵³, asegurando así un comportamiento propicio para las relaciones de confianza necesarias con su cliente.

La competencia es un elemento esencial de la relación entre un abogado y su cliente. Tanto es así, que cuando hablábamos de los elementos que convierten o que hacen que una persona sea confiable, ya se establecía como uno de los dos elementos necesarios, la competencia técnica de la persona en la que se deposita la confianza. El abogado debe demostrar, por tanto, competencia profesional de cara a sus clientes. El principio de competencia se constituye de este modo como otro de los principios esenciales de la profesión de la abogacía.

La diligencia se encuentra siempre relacionada e incluso confundida con la competencia⁵⁴. La diligencia implica que el abogado debe ser consciente de que el hecho de aceptar un caso o encargo, supone un compromiso, no sólo monetario sino de responsabilidad profesional. Se compromete con ello a trabajar y a invertir el esfuerzo y la atención necesaria para que el asunto confiado se resuelva de la mejor forma posible. Presupone por ello una actitud ante el trabajo por parte del profesional, que tiene claras consecuencias en la calidad y el resultado del mismo, en definitiva, en su excelencia técnica y moral⁵⁵.

La necesidad de exigir que los abogados actúen de forma leal, libre e independiente, competente y diligentemente, manteniendo una relación confidencial, se basa en la necesidad de asegurar la confiabilidad de los profesionales de la abogacía. La finalidad última de estos principios es, por lo tanto, conseguir crear, mantener y asegurar los vínculos de confianza del cliente con su abogado, pues sólo con la existencia de este vínculo y con el cumplimiento de estos principios se garantiza que exista un efectivo derecho a la defensa.

⁵² LEGA, C., *Deontología de la profesión de abogado*, Miguel Sánchez Morón (trad.), Madrid, Civitas, 1983, pp. 77

⁵³ Así lo establece el Código Deontológico de la Abogacía Española en su artículo 2.

⁵⁴ El propio Código Deontológico de la Abogacía Española establece en su preámbulo que *El abogado debe actuar siempre honesta y diligentemente, con competencia*.

⁵⁵ EN APARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, Ed. Eunsa, 2006, 295 pp.

VI. CONCLUSIONES

El abogado no sólo forma parte de la Administración de Justicia, sino que juega un papel básico en su desarrollo. Tiene además algunas circunstancias muy particulares; Un abogado⁵⁶, en cuanto miembro de una profesión jurídica, es al mismo tiempo el representante de un cliente, un operador del sistema jurídico y un ciudadano que tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de la calidad del sistema de justicia.

Como tal operador, el abogado debe demostrar respeto por el sistema jurídico y de justicia, así como por aquéllos que lo sirven y lo hacen efectivo; como ciudadano con una especial responsabilidad, debe buscar la mejora del sistema jurídico, el acceso a la Administración de Justicia y la calidad del servicio ofrecido por esta profesión jurídica; como representante de un cliente sus funciones son variadas⁵⁷, pudiendo asesorar o representar en juicio a un mismo cliente, pero actuando también como negociador tratando de llegar a acuerdos con otros persiguiendo el interés de éste, e incluso hacer de evaluador de los asuntos legales del cliente, informándole de su situación⁵⁸.

La abogacía ejerce diversas funciones, como diferentes son también sus modos y estilos de ejercicio. Un abogado puede asumir el papel de profesional de un despacho dedicado a la consulta de textos y jurisprudencia con la finalidad de asesorar o de elaborar dictámenes, para lo que despliega una tarea reflexiva en el servicio al cliente; puede igualmente ejercer su profesión en los juzgados, representando así la imagen más típica y conocida del abogado litigador; pero también puede optar por ejercer en el ámbito empresarial como abogado de empresa, insertado de pleno en la vida de las empresas y en sus diversas actividades negociales⁵⁹. Por supuesto, un cuarto estilo podría ser el del abogado capaz de dedicarse y compatibilizar los tres estilos anteriores.

⁵⁶ Preámbulo de las *ABA Model Rules of Professional Conduct* (2004). La ABA es una asociación de colegios de abogados y de abogados que propone regular la ética profesional a través de las *Model Rules of Professional Conduct*. Estas *Model Rules* no son obligatorias pero sirven de modelo para su adopción voluntaria por los estados. Algunos estados las han adoptado plenamente, otros parcialmente y sólo unos pocos estados (como en el caso de California) no han adoptado estas normas. Ramón Mullerat hace un estudio breve pero interesante sobre estas normas en MULLERAT, R., «El Internet y la deontología del abogado en los Estados Unidos de América (Plus ça change, plus c'est la même chose)», *Diario La Ley*, núm. 6857, Sección Doctrina, 9 de enero 2008, Año XXIX, Ref. D-7.

⁵⁷ Roscoe Pound ya apuntaba en 1953 que el abogado «puede ser agente en litigio, defensor y consultor o consejero». POUND, R., *cit.*, pp. 23

⁵⁸ Estas mismas funciones son descritas por Virgilio Zapatero en ZAPATERO, V., *El Arte de Legislar*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2009, pp. 285 y ss.

⁵⁹ Esta misma distinción ya se realizaba en HERNÁNDEZ GIL, A., *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, Sucs. De Rivadeneyra S.A. (Impresor), 1975, pp. 217

Como operador complejo del sistema jurídico, el abogado establece relaciones con diferentes profesionales que resultan, tanto los operadores como las relaciones que establecen entre ellos, fundamentales. Los abogados tratan en su trabajo con los jueces, fiscales, técnicos de la Administración de Justicia, peritos, incluso compañeros de profesión que representan a otras partes interesadas. Pero de entre las relaciones que entabla el abogado como profesional, la más vital es aquélla que establece con su cliente. Las relaciones abogado-cliente desempeñan un papel fundamental para este profesional. Por ello, es esencial tratar de asegurar que estas relaciones se generen y desarrollen con normalidad.

Existe un elemento indispensable sin el cual estas relaciones no pueden llevarse a cabo: la confianza. Esta confianza se configura como un elemento necesario para establecer y mantener relaciones interpersonales, considerándose especialmente esencial cuando una persona deposita bienes imprescindibles en otra, como pueden ser la propiedad, la libertad o la vida. Aunque en una relación de confianza pueden influir diferentes factores derivados entre otros, de la subjetividad y del elemento psicológico, que pueden llegar a ser factores muy importantes, lo más normal es que esta relación se dé como consecuencia lógica de la confiabilidad.

La confiabilidad es el elemento que genera confianza, pues contiene los aspectos objetivos que hacen que una persona sea digna de confianza o confiable. Generalmente las personas depositamos nuestra confianza en otros seres humanos o en instituciones porque nos parecen dignos de confianza o porque se nos muestran confiables. Por ello, para generar y mantener la confianza elemental y necesaria en toda relación abogado-cliente, debe existir una garantía de que el profesional en el que se deposita la confianza es confiable.

La confiabilidad se convierte así en el fundamento clave de la necesidad de que el abogado ejerza adecuadamente sus funciones. La finalidad debe ser la de generar y sostener relaciones de confianza, no sólo en las relaciones cliente-abogado, sino en las relaciones del ciudadano con la Administración de Justicia y por ende, de la sociedad en dicha Administración. Si un cliente no tiene la garantía de que su abogado actuará comprometido con él o con sus intereses y con la competencia requerida, la confianza se romperá.

Sin la confianza entre un abogado y su cliente, entre un ciudadano y la abogacía, entre una persona y la Administración de Justicia, el sistema de justicia, tal y como está planteado en nuestro ordenamiento, quebraría, pues, si bien la confianza de la ciudadanía hacia uno de los actores no garantiza la confianza hacia el sistema, la desconfianza hacia uno de los profesionales sí asegura la desconfianza en el sistema en general.

Los principios de actuación pretenden asegurar los comportamientos profesionales que constituyen los dos requisitos de la confiabilidad: el compromiso y la competencia. Así, la competencia es uno de

los requisitos básicos de la confiabilidad de cualquier persona en general y del abogado en particular y se establece como un principio de actuación con contenido propio. El resto de principios de actuación forman parte de lo que se considera como el requisito del compromiso. Un abogado comprometido será aquél que ejerza de una forma libre e independiente, que actúe de forma diligente y leal y que mantenga el secreto profesional. Si a estos principios de actuación que conforman el requisito del compromiso, se le añade el requisito de la competencia, estaremos ante un profesional confiable. Este profesional confiable será el que genere y sustente las relaciones de confianza con su cliente, garantizando la existencia de un efectivo derecho a la defensa, que se constituye como indispensable para la tutela judicial efectiva, pilar fundamental de todo Estado de Derecho.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 8/10/2011.

El derecho al cuidado en el Estado Social de Derecho

Por NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ
Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN

En el presente artículo se argumenta la necesidad de un cambio respecto a la responsabilidad sobre los cuidados de las personas. Todos los individuos, en varios momentos de su trayectoria vital, necesitan ser cuidados por otros/as para sobrevivir. Con ello, se quiebra el mito del ciudadano autónomo e independiente sobre el que nuestros modelos de Estado de Derecho se construyen. Los cuidados necesarios de un recién nacido/a, desde que nace hasta que se convierte en un ser autónomo capaz de sobrevivir por sí mismo, constituye un ejemplo, de lo que debería ser por tanto, una responsabilidad de toda la sociedad, y no tanto, una responsabilidad individual de las mujeres. Este derecho a ser cuidado de cada nuevo ciudadano/a debería traducirse en una exigencia de actuación estatal en el marco de un Estado Social de Derecho.

Palabras clave: *Cuidados, Estado Social de derecho, maternidad, paternidad.*

ABSTRACT

In this article we argue the need for a shift regarding the responsibility for the care of people. All individuals, at various times of his/her own life need to be cared by others to survive, breaking thus the myth of autonomous and independent citizens in which our State models are built. The necessary

care of a newborn from birth until it becomes an autonomous being able to survive on its own constitute an example of what should be therefore a responsibility of society, rather than an individual responsibility of women. This right to be cared of every new citizen should result in a requirement of state action in the framework of the rule of law.

Key words: *Care, Social State of Law, maternity, paternity.*

SUMARIO: 1. LOS CUIDADOS DE LOS NUEVOS/AS CIUDADANOS/AS DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—2. EL ROL DEL ESTADO MODERNO EN LAS NECESIDADES DE CUIDADO DE LA CIUDADANÍA.—3. RAZONES A FAVOR DE UN HIPOTÉTICO DERECHO A SER CUIDADO.—4. BIBLIOGRAFÍA.

1. LOS CUIDADOS DE LOS NUEVOS/AS CIUDADANOS/AS DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Los cuidados necesarios de un recién nacido/a para su supervivencia desde que nace hasta que se convierte en un ser autónomo suponen un ejemplo de la necesidad que todo ciudadano/a tiene de ser cuidado por otro/a en determinados periodos de su vida (al igual que durante la enfermedad y la vejez).

A los efectos del presente artículo, tomaremos la definición de cuidados de Lewis (1998:6) que define los cuidados como: «Las actividades necesarias para satisfacer las necesidades físicas y afectivas de los adultos dependientes y de los niños/as, y las estructuras sociales, normativas y de distribución de costes en los que este trabajo se reparte y se lleva a cabo»¹.

Pero nuestro Estado de Derecho² no se ocupa de las responsabilidades sobre los cuidados del nuevo ciudadano/a, porque en general, las cuestiones relativas a la reproducción, se consideran implícitamente una responsabilidad privada de las familias, esencialmente de las mujeres de esas familias³. Sólo nos encontramos con ciertas disposiciones legales que afectan al cuidado de esos nuevos seres humanos

¹ Traducción de la propia autora: «*Social care as the activities involved in meeting the physical and emotional requirements of dependent adults and children, and the normative, cost and social frameworks within which this work is assigned and carried out*».

² Cuando hablamos de nuestro Estado de Derecho nos referimos a un modelo de Estado Social de Derecho, tal y como el artículo 1 de la Constitución española proclama.

³ Tal y como afirman BIRKE, HIMMELWEIT y VINES (1990: 35): «*La reproducción se considera una preocupación privada de los individuos y sus familias, como una cuestión de sentimiento que no de pensamiento, en la que el estado no tiene ningún derecho a interferir*».

cuando en el ámbito de la protección social se legisla sobre maternidad y paternidad. La maternidad y la paternidad, como ejemplo de una de las posibles dimensiones del cuidado, se convierten así en objeto de regulación legal cuando entran «en conflicto» con algún otro interés general de la sociedad, entre los que destaca el mercado de trabajo. Por eso es en el ámbito del derecho laboral y de la protección social donde más disposiciones encontramos sobre maternidad y paternidad.

De ahí que en el ordenamiento jurídico español nos encontramos desde principios del siglo xx, leyes de protección de la maternidad en el ámbito social⁴, y muy recientemente, de paternidad⁵, como figuras jurídicas que abordan las responsabilidades de los cuidados de los recién nacidos/as desde el espacio público, esencialmente, desde el mercado de trabajo formal.

La legislación social sobre maternidad tuvo su origen cuando el Estado, ante la masiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo fruto de la Revolución Industrial, empezó a estar, por una parte, preocupado por el importante descenso de la natalidad, y por otro lado, por las condiciones físicas y sanitarias de las madres trabajadoras y de sus hijos/as en las fábricas⁶. Las principales regulaciones contenidas en estas leyes hacían alusión a la protección de la salud de las mujeres trabajadoras, entre ellas la maternidad, para evitar el deterioro físico que más tarde podría ocasionar daños a sus hijos/as, y por tanto a las generaciones futuras⁷.

Los diferentes cambios políticos que tuvieron lugar en España a lo largo del siglo xx no cambiaron sustancialmente las finalidades perseguidas en las leyes de protección de la maternidad en el ámbito social. El objetivo seguía siendo proteger la salud física de la madre gestante y que acaba de dar a luz, además de la salud del feto y el recién nacido.

La legislación española actual de protección de la maternidad tampoco se aleja demasiado de estos objetivos. Está fuertemente influida

⁴ Los orígenes de la protección de la maternidad en la legislación española podemos hallarlos en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños y su Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900. Estas regulaciones rompen el principio de no injerencia estatal en cuestiones relativas a las relaciones de trabajo, y lo hacen en beneficio del colectivo de mujeres y niños para evitar las consecuencias que su explotación estaban ocasionando a la sociedad en su conjunto. Las pésimas condiciones de trabajo, la alta mortalidad maternal e infantil, así como el deterioro de su salud, ponía en jaque el desarrollo demográfico y económico de un país que estaba en pleno despertar de la revolución industrial (GALA 2007).

⁵ El permiso de paternidad de trece días incluido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ Véase por ejemplo BOLTANSKI 1969 o GÓNZALEZ REVILLA 1907.

⁷ La evolución de las legislaciones de protección de las mujeres trabajadoras a lo largo del siglo xx siguen estando inspiradas en la debilidad del sexo femenino, y legislan sobre las mujeres y los menores como ejemplos de las históricas «medias fuerzas» (ESPUNY 2006:1).

por la legislación internacional que busca la protección de la salud y de la vida de la madre trabajadora, del feto y del recién nacido⁸. También por las directivas europeas⁹, que persiguen los mismos objetivos que las normas de derecho internacional, y añaden además objetivos para mantener a las mujeres en el mercado de trabajo y evitar que la maternidad suponga un elemento de discriminación. Hay que tener presente que el origen de esta legislación europea ha sido la construcción de un mercado común, donde la protección de la salud de los trabajadores (entre ellos la salud de las trabajadoras embarazadas, que acabasen de dar a luz o con hijos/as lactantes), así como el tratamiento laboral igual a trabajadores y trabajadoras, se consideraban elementos esenciales en la construcción de ese espacio económico común (Verloo y Lombardo 2007:52). La Unión Europea ha elaborado así legislación y se ha creado importante jurisprudencia¹⁰ sobre cuestiones relativas a la maternidad, la paternidad, la conciliación de la vida familiar y laboral, en virtud de las competencias de la Unión Europea en materia de mercado de trabajo y fomento del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres¹¹.

En consecuencia, la legislación europea acepta muchas veces como dado y normal un orden de género que sitúa al hombre como cabeza de familia y «ganapán», y a la mujer como responsable de los cuidados en la sociedad, y en todo caso, trabajadora cuyo salario es un complemento económico y adicional de los ingresos familiares (Bustelo y Lombardo 2007). De esta manera, las directivas europeas de obligada transposición al derecho interno, persiguen primordialmente objetivos de crecimiento económico, demográfico y competitividad, y no siempre metas de justicia social¹².

Entre las leyes españolas actuales que abordan los cuidados de los recién nacidos/as, desde el punto de vista de la maternidad y la paternidad, destacan la Constitución española de 1978,

⁸ Especialmente los convenios adoptados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

⁹ La Unión Europea ha sido una importante fuente de legislación en materia de protección a la maternidad en nuestro país, tanto a través de directivas y recomendaciones europeas en materia laboral como de igualdad entre hombres y mujeres. Destacan las Directivas 92/86/EEC sobre trabajadoras embarazadas y 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental.

¹⁰ Es importante el papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Justicia (TJCE) a lo largo de su jurisprudencia en el desarrollo del originario artículo 119 del Tratado de Roma (1957) que establecía la igualdad de salario por trabajo de igual valor. Este mandato de igual remuneración fue extendido por la jurisprudencia europea hasta consagrarlo en un verdadero derecho de igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, ante la ausencia de un texto normativo europeo que recogiera dicho derecho fundamental (VALDÉS 2008:62).

¹¹ Artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (1997) y artículos 20 y 23 de la Carta Europea sobre Derechos Fundamentales, 2000, incorporada al Tratado de Lisboa, 2007.

¹² Por ejemplo ESCOBEDO CAPARRÓS 2008.

la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia y la Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas. El análisis de estos textos legales nos muestra que, el cuidado o la asunción pública sobre los cuidados no es una prioridad. Además, que las disposiciones jurídicas sobre maternidad y paternidad en ningún momento pretenden alterar o adaptar la configuración del mercado de trabajo. Las leyes laborales regulan estas situaciones como accidentes de la vida de las trabajadoras y los trabajadores¹³.

Igualmente estas leyes utilizan un concepto de maternidad restringido al periodo de embarazo, parto y lactancia¹⁴, obviando que la mayoría de las veces, las principales responsabilidades de los cuidados, desde que ese bebé deja de ser amamantado hasta que es mínimamente autónomo, recaen sobre las mujeres, lo que constituye uno de los principales obstáculos en su participación en la esfera pública en condiciones de igualdad¹⁵.

De este análisis legal se desprende también que la maternidad es una responsabilidad individual de las mujeres, al igual que sus proble-

¹³ Basta señalar que en la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad se utilizan figuras jurídicas similares a la baja por enfermedad común. Hasta hace poco también, la prestación económica que se otorgaba durante la baja por maternidad era un 75% de la base reguladora, al igual que durante una enfermedad común. Coloquialmente se habla de baja o permiso por maternidad / paternidad.

¹⁴ La suspensión del contrato de trabajo por maternidad del artículo 48.4. del Estatuto de los Trabajadores es un descanso de dieciséis semanas que el legislador otorga a la trabajadora para que pueda recuperarse físicamente del parto, y por otro lado, pueda atender a las necesidades básicas de un niño/a recién nacido. El permiso por lactancia del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores es un permiso retribuido que facilite que la madre trabajadora siga amamantando o alimentando a su hijo/a una vez incorporada al trabajo remunerado. Se trata de la posibilidad de ausentarse dos medias horas durante la jornada laboral o la reducción de la jornada diaria en media hora durante los nueve primeros meses del bebé.

¹⁵ Es especialmente relevante que cuando la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres define lo que significa igualdad de trato entre hombres y mujeres, haga una especial mención a la maternidad como una fuente de discriminación para las mujeres:

«Artículo 3. *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*—El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.»

mas de conciliación de la vida familiar y laboral¹⁶. De ahí la diferencia en duración de los permisos de maternidad y los de paternidad (las dieciséis semanas del permiso por maternidad frente a los trece días del permiso de paternidad), o el hecho de que quien genera el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad sea la madre, quien puede posteriormente ceder parte de ese permiso al padre¹⁷, o quien verdaderamente genera el derecho al permiso de lactancia es la madre (a la madre se le reconoce el derecho independientemente de si el padre trabaja o no, mientras la madre trabaja). Pocos textos legales hablan de la responsabilidad colectiva sobre los costos sociales de la maternidad y la paternidad del que podría derivarse también una responsabilidad colectiva sobre los cuidados de los menores. Una excepción es el artículo 14.7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: «Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: 7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia».

Sólo algunos cuerpos legales incluyen medidas dirigidas por igual a hombres y mujeres, en un intento de repartir de manera más igualitaria las responsabilidades de la maternidad y la paternidad entre todos/as¹⁸. Pero la realidad de la aplicación de estas medidas (por

¹⁶ Por ejemplo la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, amplió y especificó de nuevo permisos que ya estaban contemplados en la legislación vigente y que estaban especialmente diseñados para permitir que las trabajadoras, en la medida que madres y cuidadoras, pudieran acumular jornadas, la realizada en el hogar y la realizada en el puesto de trabajo (a través del permiso de maternidad, permiso de lactancia, reducciones de jornada y excedencias). La única novedad que se incorporó fue la posibilidad de que parte del permiso maternal sea disfrutado por el padre (art. 48.4 ET). También la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia, reconoce en su Exposición de Motivos que el cuidado de los mayores dependientes ha sido tradicionalmente una responsabilidad de las familias, y dentro de las familias de las mujeres. Sin embargo, reconoce que la situación ha cambiado debido a la incorporación generalizada de las mujeres al mercado de trabajo que hace imposible que las mujeres sigan siendo las cuidadoras en exclusivas. Sin entrar a analizar las desigualdades de género que esto significaba, ni las posibles injusticias sociales en atribuir las responsabilidades de los cuidados de los mayores y los dependientes sólo a las mujeres a cambio de nada, se ve la necesidad de articular un sistema semipúblico de atención a estas personas. Incluso una de las figuras que contempla es la regulación de las cuidadoras no profesionales.

¹⁷ La titularidad del derecho es de la madre, que en todo caso podrá compartir con el padre «a opción de la interesada». Además para que se genere este derecho es necesario que la madre esté trabajando, porque si la madre no trabaja no puede ejercitar la opción a favor del padre, aunque este esté trabajando. Solo se admite la creación de este derecho para el padre, independientemente de que la madre trabaje o no, si esta falleciera, y aun así es un derecho redactado de manera potencial «podrá hacer uso de su totalidad».

¹⁸ La Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, cumpliendo la trasposición de la Directiva europea 96/34/CE

ejemplo permiso de maternidad compartido, permiso de paternidad, reducciones de jornada, excedencias, derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, cuidadores familiares de personas dependientes) nos ofrece una visión de que la sociedad las interpreta como medidas para las mujeres, sin poner en duda su responsabilidad como cuidadoras de la sociedad, y rara vez los hombres se sienten aludidos como potenciales beneficiarios de estas figuras jurídicas¹⁹.

La paternidad sólo ha sido objeto de la legislación de protección social con la introducción del permiso exclusivo e intransferible de paternidad. El objetivo perseguido es conseguir una mayor igualdad de género y fomentar la corresponsabilidad²⁰. Por corresponsabilidad se entiende la pretensión «de ayudar a los hombres a desarrollar el derecho a cuidar. Y así se contribuye a la igualdad de género porque se parte del supuesto de que la carga de las responsabilidades familiares cotidianas, que por defecto se asigna a las mujeres, debe ser compartida, y ello recibe el apoyo de los poderes públicos» (Tobío *et al.* 2010:192). Pero la duración tan limitada del permiso de paternidad, y la distancia con respecto al permiso de maternidad, concede a esta medida un carácter eminentemente simbólico, y no transformador de una realidad social que sigue otorgando la responsabilidad de los cuidados a las mujeres (Hook 2006; Pérez del Río 2010; Albert, Escot, Fernández y Pozas, 2008)

Los cuerpos legales previamente señalados nos muestran igualmente que confluyen diferentes intereses generales²¹, valores funda-

relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, estableció la posibilidad de que determinadas figuras jurídicas como el permiso de maternidad, fueran disfrutadas por la madre o ésta cediera una parte al padre. También el Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que sea la trabajadora o el trabajador quienes se acojan a las figuras jurídicas de cuidado de recién nacidos o menores a cargo.

¹⁹ Desde la aprobación en 1997 de la posibilidad de que los padres se acogieran a parte del permiso de maternidad, en ningún momento se ha superado el 2% de los casos. También son mujeres en el 98% de los casos quienes solicitan reducciones de jornada, excedencias por cuidado de hijos/as (Fuente: Instituto de la Mujer e Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2008; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social, 2010).

²⁰ La suspensión del contrato de trabajo por paternidad del nuevo artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores introducidos por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres debe interpretarse con la finalidad ya explícita de la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica cuando establece: «Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa».

²¹ Por intereses entendemos aquí los intereses generales que materializan una demanda social y que se considera que el Estado a través de sus leyes debe amparar, proteger y/o promocionar porque la mayoría de la sociedad así lo quiere, lo comparte y lo exige (por ejemplo la cobertura pública de un sistema público de sanidad, ya que la sanidad constituye en nuestra sociedad un interés general).

mentales o bienes jurídicos protegidos²² cuando se legisla sobre maternidad o paternidad. Se constata una evolución desde la mera protección de la salud y la vida de la madre, el feto y el hijo/a recién nacido, hasta la consideración de que la maternidad puede ser un obstáculo al derecho fundamental a la igualdad, aceptando con ello la necesidad de socializar los costes derivados de la maternidad. También la corresponsabilidad se configura como un valor digno de tutela legal²³, para garantizar una mayor igualdad de género, pero no se dice de manera explícita si es para repartir de manera equitativa las responsabilidades de cuidado, o para asegurar el derecho a ser cuidado del recién nacido/a.

A la luz de nuestra realidad y del análisis de nuestras leyes, el cuidado parece ser que pertenece a la esfera de lo natural, de lo animal y, por lo tanto, no puede ni debe ser objeto del derecho. Además, los ordenamientos jurídicos actuales están contruidos sobre la idea de que los ciudadanos son sujetos autónomos, libres e iguales. El cuidado y las necesidades de ser cuidado, visibilizan en cambio sujetos dependientes que durante etapas vitales mantienen relaciones verticales.

Es aquí donde aparece también la diferencia entre el espacio público, aquel donde las personas interactúan como ciudadanos de pleno derecho y se ocupan de los asuntos que tienen que ver con su pacto de convivencia (espacio público es el mercado de trabajo y los órganos de representación política). Y el espacio privado, aquel donde las personas satisfacen sus necesidades personales y afectivas, y en el que actúan como miembros de una familia²⁴.

El mundo privado es el mundo de las relaciones personales, el mundo de las necesidades y de los afectos y se encuentra en el seno de la familia. Las cuestiones relativas a la reproducción humana pertene-

²² El concepto de bien jurídico normalmente se utiliza en derecho penal para designar esos bienes que la sociedad considera importantes y valiosos y que una determinada actuación contraria a la ley está dañando. Ese daño a ese bien que la sociedad tanto estima se considera tan grave como para que el ataque sea constitutivo de un delito y reciba la más dura sanción legal que nuestro sistema legal permite, que es la sanción penal. En este artículo no se estudia la legislación penal, pero se importa el término bien jurídico para analizar si existe (o no) algún valor esencial para la sociedad que haga necesario algunos despliegues legislativos sobre maternidad y paternidad.

²³ Artículo 14.8 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres:

«Artículo 14. *Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.*—A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

[...]

8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.»

²⁴ Algunos autores/as que han analizado en profundidad esta dicotomía público-privado y su impacto en las leyes son OKIN 1989; MACKINNON 1989; PATEMAN 1995; BODELÓN 2006; RUBIO 2006.

cen a este mundo privado y en consecuencia, y en el ejemplo de los cuidados de los bebés, se presupone que las relaciones madres e hijos/as sean sólo decisiones dirigidas por un amor desinteresado de las madres por los hijos/as, un amor desinteresado atribuible a la propia naturaleza humana.

En este sentido, Rubio ha criticado la consideración tradicional de la maternidad como perteneciente a lo natural: «Cuando las mujeres son heterodesignadas como sujetos para la reproducción y el cuidado, se fundamenta esta heterodesignación en lo natural, pero lo natural no existe sino mediado y definido por la cultura: Lo natural representa todo aquello que la cultura no desea, bajo ningún concepto, transformar, por esto lo sustrae del debate social y del control racional de la Ley.» (Rubio 2006: 54).

Esta adscripción de las decisiones sobre la reproducción humana a la esfera privada libre de injerencia estatal, reforzada en el derecho a la intimidad de las personas, exige que el Estado no interfiera en el control de la natalidad de las personas (Ruiz Miguel, 1990: 68).

Una de las críticas más importantes que se ha hecho a esta dicotomía público-privada es el predominio de la racionalidad en el espacio público y en cambio, el confinamiento de los sentimientos, los afectos y las necesidades particulares a la esfera privada. En el mundo público, prevalece la idea de un sujeto *homo economicus* que toma decisiones puramente racionales siguiendo su propio interés. Ferber y Nelson (2004) describen ese *homo economicus* como un ser egoísta que nunca fue niño, que nunca se hace viejo, que nunca está enfermo, a quien nunca nadie cuidó y que tampoco cuida nunca a nadie.

Las leyes de protección de la maternidad y la paternidad, que como se ha visto que de alguna manera abordan el problema de los cuidados de los recién nacidos/as, constituyen tímidas inclusiones del cuidado en la esfera pública. Pero esta inclusión parece obedecer más a razones de tipo económico o demográfico (debido al envejecimiento de la población o la necesidad de que las mujeres entren en el mercado de trabajo) que a razones de justicia social²⁵.

²⁵ Ver por ejemplo en este sentido las exposiciones de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras «La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada»; o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia: «Hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el “apoyo informal”. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan».

Uno de los posibles argumentos que expliquen finalmente la tradicional exclusión de los cuidados en general del ámbito del derecho, es que se considera y acepta por la mayoría de la sociedad, que estas responsabilidades deben ser ejercidas en el seno de las familias, por personas que tienen la obligación e inclinación natural hacia el cuidado, esencialmente las mujeres y las madres (Okin 1989; Holtmaat 1992; Murillo 1996; Rubio 2008; Gil Ruiz 2008).

2. EL ROL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN LAS NECESIDADES DE CUIDADO DE LA CIUDADANÍA

Pero más allá de la maternidad y la paternidad, es necesario entender por qué el Estado, a través de sus leyes, no se ocupa en mayor medida de los cuidados de los recién nacidos/as. Tal y como proclama la Constitución española nos encontramos en un modelo de Estado Social de Derecho, en el que además de las características tradicionales del Estado moderno de imperio de la ley, separación de poderes, la ley como expresión de la voluntad del pueblo a través de sufragio universal, y el Estado al servicio de la protección y garantía de los derechos fundamentales, también aparecen unos fines de justicia social y redistribución económica (Lucas Verdú 1975; Díaz 1988; De Lucas 1997; Atienza 2001; Laporta 2007).

Hasta aquí se ha mostrado, en cambio, que el tratamiento actual de los cuidados de los nuevos/as ciudadanos/as se corresponde más con un modelo de Estado liberal. El modelo de ciudadanos del Estado liberal son unos individuos que han pactado libremente como seres autónomos, seres que no necesitan de nadie, ni están ligados a nadie, hombres que habrían surgido como «hongos» hasta llegar a su madurez plena (Pateman 1995; Amorós 1992).

La pregunta es, ¿deberían ser los cuidados en general, y de los recién nacidos/as en particular, una responsabilidad colectiva, sobre las que ese Estado debiera regular para así cumplir la finalidad de justicia social e igualdad?

Una manera de responder a esta pregunta es precisamente ver si, dentro de los objetivos de justicia social del Estado Social de Derecho se incluye la obtención de un bienestar general, y si dentro de la definición de este bienestar, están incluidas las necesidades y demandas de las mujeres como ciudadanas de pleno derecho. O si en cambio, cuando se establecen los niveles mínimos y deseables de bienestar a garantizar por parte del Estado, se está tomando en consideración un modelo genérico y universal de ciudadano varón.

El concepto de ciudadanía propio del Estado Social de Derecho intenta también superar la crítica a la exclusión de grandes grupos de la sociedad de la titularidad ciudadana liberal. Esta ampliada ciudada-

nía no sólo es sobre los potenciales titulares (ahora sí incluyendo a mujeres, obreros, menores, etc.) sino que también se intenta ampliar su propia definición: ya no sólo se hace mención al ejercicio de los derechos civiles y políticos (esencialmente el sufragio activo y pasivo) sino que ahora también comprende una dimensión social, y se incluye el disfrute de derechos y garantías sociales, económicas y culturales²⁶.

En la teoría política ese ciudadano genérico varón se presenta como desprovisto de género (*de-gendered* como explica Carver 1998). La abstracción que se realiza para construir la figura del ciudadano en el espacio público lo convierte en un sujeto desprovisto de sexualidad, de reproducción. En consecuencia todo aquello que tiene que ver con la reproducción, con el trabajo doméstico, con los cuidados queda oculto en el espacio privado, como asunto de las mujeres (Walby 1990; Carver 1998), así como cualquier responsabilidad que ese ciudadano público pudiera tener sobre estas cuestiones (Bacchi 1990).

Dentro de esta crítica es significativo que autoras como Bodelón (2010: 23) reclamen que el Estado y sus leyes deban construirse alrededor de un nuevo concepto de ciudadanía que rompa con la estructura dual de público-privado, que incluya la diversidad y pluralidad de los/las ciudadanos/as, y el paso de la ciudadanía a la «ciudadanía».

«El concepto de “ciudadanía” se vincula con una ciudadanía en clave de género, que va más allá de incluir las mujeres en el marco de derechos existentes o añadir algunos derechos sexados. Se trata de transformar las relaciones sociales entre mujeres y hombres y de redefinir el contenido de los derechos, posibilitando la participación real de las mujeres y haciendo presentes sus necesidades y deseos».

El Estado de Bienestar español que se desarrolla en ese Estado Social de derecho descansa sobre el modelo del varón sustentador del hogar (*male bread-winner model*), que adjudica al hombre la función de «varón sustentador» y a la mujer la función de cuidadora y reproductora. Y esto a pesar de la aparición de nuevas dinámicas sociales y económicas, que ponen en cuestionamiento algunos de los pilares en los que se apoya este modelo (cambios en las formas tradicionales de organización del trabajo, nuevas formas familiares diferentes a la familia nuclear clásica, masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, descenso de la natalidad, etc.)

Es desde este modelo de Estado de Bienestar desde el que debe entenderse hasta dónde el Estado se responsabiliza de las demandas de los ciudadanos y ciudadanas sobre las consecuencias «públicas» y «colectivas» de la maternidad y la paternidad, como pueden ser las responsabilidades sobre los cuidados de esos nuevos/as ciudadanos/as.

²⁶ La ciudadanía del Estado Social de Derecho trata así de ser más justa. El hecho de que no se hayan alcanzado algunos de sus objetivos como el pleno empleo, el acceso a la educación o la cobertura universal de la sanidad o los servicios sociales, no deja de desmerecer el avance que supuso para los estados occidentales desde el modelo de Estado Liberal (PÉREZ LUÑO 2002: 34-35).

Nuestros modelos de Estado de bienestar tienden a reducir las desigualdades por clase social pero no las desigualdades producidas por la división sexual del trabajo. Todo lo contrario, son modelos de Estado de bienestar fundamentados en una familia, sin entrar ni siquiera a cuestionar las posibles situaciones de desigualdad y subordinación dentro de ellas (Pitch 2003: 136). Aunque las sociedades mediterráneas, como el caso del Estado de Bienestar español, ya no están formadas por familias extensas, y los modelos familiares están sufriendo fuertes procesos de transformación (Esping-Andersen 1990, 1999; Flaquer 2002, 2006; Lewis 1998; Almeda 2004; Meil 1997, 2002), todavía la organización de los cuidados en general y la protección social descansa en una familia nuclear convencional, y se confina en la red de solidaridad familiar que conecta familiares directos y sobre todo diferentes generaciones de la misma familia. Se puede afirmar entonces que el Estado de bienestar español depende de un modelo de institución familiar que no se corresponde ya con la realidad.

Es importante para entender las consecuencias de esta afirmación visibilizar el grado de familiarismo de un Estado, es decir, la medida en la que se espera en la organización social que la familia sea la responsable de la protección social y del bienestar de los individuos. Este familiarismo puede medirse, y por tanto, objetivarse, a través de indicadores (Añón y Miravet 2005) como el gasto público que se invierte en estos tipos de protección social²⁷. También a través de indicadores fiscales²⁸ o indicadores laborales²⁹.

También dentro del Estado Social de Derecho, las políticas sociales deberían tener un papel importante respecto a los cuidados. Las políticas sociales son formas de intervención pública en la vida social para resolver determinados problemas o demandas sociales (García Indra y Susín Betrán 1998)³⁰. Las políticas sociales tienen como una de sus dimensiones de actuación, regular el cuidado social o los cuidados.

La mayoría de análisis de las políticas de cuidado estatales dentro de los regímenes de bienestar obvian o asumen silenciosamente la

²⁷ Como por ejemplo el porcentaje de gasto público en maternidad y paternidad, el porcentaje de Producto Interior Bruto (PIB) en gasto sanitario; prestaciones por hijo/a; porcentaje de menores de tres años en servicios públicos de cuidado infantil; porcentaje de mayores de sesenta y cinco años con ayuda domiciliaria externa.

²⁸ Por ejemplo a través de los tipos de desgravaciones existentes.

²⁹ Por ejemplo a través del número de bajas de maternidad y paternidad, medidas de conciliación aplicadas, etc.

³⁰ Dentro de ese Estado Social de derecho los cuidados también se han considerado objeto del derecho regulativo. El derecho regulativo (TEUBNER 1986; CALVO GARCÍA 1998) nace como una nueva función del derecho que interviene para compensar los excesos económicos del sistema capitalista regulado únicamente por las libres leyes de la oferta y la demanda, el derecho se convierte en un instrumento pues al servicio de los objetivos distributivos del Estado Social de derecho. A lo largo del siglo XX su finalidad de regulación económica da paso a procesos de regulación social, y aparece por tanto todo un derecho regulativo que va aparejado al nacimiento y desarrollo de ese Estado de bienestar.

división de los trabajos de cuidado entre el Estado y las familias. El desempeño de las tareas de cuidado de forma gratuita y desinteresada en el ámbito familiar no se convierte en objeto de análisis político porque pertenece a la esfera privada de las personas (Lewis 1998). Por ejemplo, las responsabilidades de los cuidados de los recién nacidos hasta alcanzar la edad de escolaridad es una responsabilidad de las familias, que afecta principalmente a las decisiones laborales y personas de las mujeres de esas familias. Las demandas de servicios de cuidado infantil públicos o de políticas de conciliación son así percibidas como «necesidades» y «problemas» de las mujeres que tienen la obligación de cuidar a sus hijos/as. Las tareas de cuidado asumidas por el Estado, como servicios que facilita a sus ciudadanos/as en determinados momentos de su vida, están ideados asumiendo una composición social homogénea e invariable, de unidades familiares con una cabeza de familia proveedor que participa a tiempo completo en el mercado de trabajo, y una mujer esposa que desempeña todos aquellos cuidados que se necesitan y donde el Estado no entra³¹.

Dentro de las políticas sociales del Estado Social de derecho, merecen especial atención las políticas familiares, sobre todo, por la importancia que como se ha visto tiene la familia en el Estado de bienestar mediterráneo, por ser la institución proveedora de cuidados, y por la posición de las mujeres y de sus responsabilidades maternas dentro de ella³².

La familia se ha considerado tradicionalmente la institución social básica de convivencia humana determinada por lazos de afinidad (vínculos reconocidos socialmente como el matrimonio) y de consanguinidad (vínculos biológicos entre las personas, como de padres a hijos/as)³³.

En España no existe una política familiar explícita, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos (Picontó 1998). A pesar de la importancia que sigue teniendo la familia como institución social básica en la sociedad española, hablar de política familiar o política de apoyo a la familia sigue teniendo connotaciones políticas conservadoras y negativas, asociadas al periodo político franquista, donde se

³¹ Por ejemplo, las prestaciones por jubilación que permiten unos ingresos económicos a aquella persona que ya es mayor y no puede trabajar, pero que previamente ha participado casi toda su posible vida laboral en el mercado de trabajo formal para cotizar suficientemente y convertirse en potencial beneficiario de la pensión de jubilación.

³² También cada vez es más frecuente la utilización del derecho para la promoción de valores e intereses sociales, las llamadas funciones promocionales del derecho (Bobbio 1980; Calvo García 1998), donde se busca fomentar, proteger y reforzar ciertos valores e intereses sociales mediante el establecimiento de obligaciones para los poderes públicos.

³³ Esta podría ser una definición de familia de acuerdo a las teorías funcionalistas de las ciencias sociales (por ejemplo, FROMM; HORKHEIMER & PARSONS 1972). Más adelante se ha defendido una definición de familia democrática (por ejemplo FLAQUER 1998, 1999), aunque de forma paralela a las críticas feministas a las desigualdades de género de la familia moderna (ver, por ejemplo, IZQUIERDO 1998).

llegó a la equivalencia entre política familiar y la política natalista. Pero, en cambio, el sistema de protección social español tiene en cuenta la realidad familiar, y descansa muchas veces en la familia como principal proveedora o gestora de la protección social.

Las políticas familiares, o las políticas sociales que afectan a las familias (casi todas las políticas sociales afectan a la familia) pueden tener un acento familiarizador o desfamiliarizador, porque no toda política familiarizadora favorece precisamente a la familia. Por ejemplo, en los países del norte de Europa donde más se han aplicado las políticas sociales «desfamiliarizadoras», es sin embargo, donde hay mayores tasas de actividad femenina y a la vez, mayores tasas de fecundidad, mientras que en los países del sur de Europa, de larga tradición familista, se observan sin embargo las tasas de fecundidad más bajas del mundo, como es el caso de España. En la sociedad y la política española preocupa enormemente esta baja natalidad, ya que pone en jaque el crecimiento económico y el mantenimiento de los regímenes de seguridad social. Pero esta preocupación no se traduce en un mayor apoyo a la familia o a la mujer para que la maternidad no suponga un obstáculo en su proyecto profesional y/o personal, sino muchas veces en una crítica velada al egoísmo de las mujeres, a los excesos de una sociedad individualista y hedonista, que antepone otros objetivos al de tener hijos/as.

Las políticas familiares deberían por tanto entenderse en un sentido amplio, como todas las políticas que promuevan la desmercantilización (la independencia del mercado de trabajo), no sólo de la unidad familiar, sino de cada uno de los miembros de esta unidad familiar (Añón y Miravet 2005: 112-113).

3. RAZONES A FAVOR DE UN HIPOTÉTICO DERECHO A SER CUIDADO

Tal y como se ha analizado, los cuidados sobre un recién nacidos/a no es el objeto que persiguen las legislaciones que abordan la paternidad y la maternidad en el ámbito de la protección social en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco parece que hasta el momento exista una responsabilidad estatal sobre los cuidados de esos nuevos/as ciudadanos/as, dentro de las funciones de justicia social que pertocan al Estado dentro del modelo de un Estado Social de Derecho. Tampoco parece ser un claro objetivo de las políticas sociales ni de soporte a la familia de ese estado de Derecho.

Más allá de la inclusión o no de los cuidados en general, y del cuidado de los recién nacidos/as en particular, como objeto del derecho regulativo o de las políticas sociales de este Estado Social de Derecho, ¿se podría llegar a considerar que el cuidado como un nuevo derecho social?

Los derechos sociales no siempre forman parte del elenco de derechos fundamentales positivizados en las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho. Su propia naturaleza como derecho fundamental es controvertida, ya que los textos constitucionales los han positivizado como normas programáticas o criterios informadores de los legisladores y poderes públicos, y se entiende que más que obligaciones jurídicas derivadas del derecho positivo, se trata de compromisos políticos de futuro (Pisarello 2007).

Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, entre ellas la española, recogen como fundamentales los derechos civiles y políticos: «los derechos fundamentales y libertades públicas «y los derechos económicos, sociales y culturales» como «principios rectores de la política social y económica»³⁴, donde no hay el mismo nivel de exigibilidad al Estado para garantizar su efectividad, se trata tan solo de principios programáticos y no derechos, puesto que no están protegidos a través del recurso de amparo. Entre estos principios rectores están cuestiones tan importantes como la protección de la familia (art. 39 CE), la seguridad social (artículo 41 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Esta dualidad de derechos devalúa los derechos sociales a «mera retórica jurídica». Y su efectivo cumplimiento depende de la «voluntad puntual de los gobernantes», o de la «disponibilidad de recursos», término en el que se ampara la discrecionalidad de los poderes públicos.

Hay una posición (que comparten entre otros autores como Martínez de Pisón 2006; Añón 2002; Pisarello 2007) que defienden el carácter fundamental de los derechos sociales positivizados en la Constitución española (CE)³⁵, a pesar de que se hacen eco de que la posición mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido más estricta, al entender como fundamentales sólo los comprendidos entre los artículos 14 y 29 de la CE, sujetos a la reserva de Ley Orgánica, sujetos a la tutela judicial inmediata y al recurso de amparo³⁶.

³⁴ A excepción del derecho fundamental a la educación (art. 27 CE) o el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), tradicionalmente clasificados como derechos sociales y que, en cambio, en la Constitución española se consideran derechos fundamentales junto con otros derechos de carácter más civil y político.

³⁵ Entienden que esta positivización de los derechos sociales en la Constitución española se encuentra en los principios constitucionales programáticos del preámbulo; en los principios rectores de la política social y económica de los artículos 9.2 y 39 al 52 CE.

³⁶ Artículo 53. CE:

«1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso,

La fundamentación de estos derechos sociales como derechos fundamentales se defiende a través del argumento de las necesidades básicas³⁷ (Contreras 1994; Añón, 2002; Añón y García Añón 2002; Añón y Miravet 2005; Martínez de Pisón 2006). Los derechos sociales se consideran derechos fundamentales porque igual que los derechos civiles y políticos, dan respuesta a necesidades básicas de los ciudadanos. Necesidades que, si no se ven satisfechas, también impiden que estos ciudadanos puedan ser autónomos, ciudadanos activos y llevar una existencia con un mínimo de dignidad humana³⁸. Las necesidades básicas lo son en la medida en que su privación deja al individuo sin algo imprescindible para ser un ser libre que puede tomar sus decisiones sin ningún factor condicionante (Martínez de Pisón 2006: 136).

El problema está en determinar qué necesidades básicas se traducen en derechos sociales, porque no todas las necesidades generan automáticamente al Estado una obligación de prestación³⁹. Se defiende que aquellas necesidades que cuentan con un amplio consenso social sobre su importancia para la sociedad, se convierten en necesidades básicas susceptibles de ser derechos sociales (Martínez de Pisón 2006:139). Este consenso social se conseguiría a través de diálogo y comunicación social, como la ética dialógica, comunicativa o intersubjetiva que autores como Habermas (1989) han descrito como ideales de debate y formación de la voluntad social en un Estado.

Aunque esta forma de decidir sobre cómo jerarquizar las necesidades sociales, es decir, cuáles son las que podrán obtener una respuesta por parte de la actuación estatal (sobre las que se elaborarán leyes y/o políticas públicas) también puede ser injusta, porque el ideal de deliberación de Habermas o la formación de la voluntad política de Rawls, pueden excluir a determinados segmentos de la sociedad. Esta exclusión puede darse en situaciones de «dictadura de las necesidades» (Heller 1996) cuando un grupo o grupos de personas determina cuáles deben ser las necesidades

a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. [...]»

³⁷ No tengo constancia sobre ningún autor/a haya defendido el derecho al cuidado como un derecho social. Los mayores esfuerzos de fundamentación de un derecho social como derecho fundamental se han realizado por ejemplo alrededor del derecho a la salud, prestación universal del Estado de Bienestar español que goza de un amplio consenso social.

³⁸ Estas necesidades se caracterizan por ser básicas, es decir, que se corresponden con exigencias imprescindibles para llevar una vida humana digna; son objetivas, porque no responden a deseos o preferencias, sino que su privación es externa al individuo y constatable; son generalizables, porque son comunes a toda la población; y son históricas, porque surgen en un momento histórico determinado, en un espacio concreto y pueden variar con el tiempo.

³⁹ A pesar de que todas las necesidades son reales, pero debido a la escasez de recursos y de posibilidades de actuación del Estado, es necesario limitar cuáles son las necesidades que sí pueden ser cubiertas por el Estado (HELLER 1996; AÑÓN 1998).

satisfechas para cada segmento de la población, sin que ese segmento siquiera tenga consciencia de que esas son las necesidades que deben ser atendidas por el Estado⁴⁰.

Muchas de las políticas sociales que pretenden responder a necesidades sociales, como por ejemplo las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, o las políticas de promoción del empleo femenino, políticas de soporte a la familia, o políticas de protección de la maternidad, anuncian que han sido elaboradas para dar respuesta a las necesidades de las mujeres. Pero ni son sólo las mujeres quienes tienen esas necesidades, ni las mujeres tienen consciencia de que son sus necesidades⁴¹, ni seguramente debería formularse como necesidades o carencias. Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral intentan solucionar una descoordinación e incoherencia entre los tiempos de trabajo y los tiempos de vida personal en los que se organizan nuestras sociedades. Asumiendo que los cuidados son responsabilidad exclusiva de las mujeres, terminan culpabilizando o convirtiendo esta descoordinación en un problema de las mujeres, y no en un problema y una desincronización de tiempos y formas de organización de toda la sociedad. De igual manera, muchas de las políticas familiares, de promoción del empleo femenino o de protección de la maternidad, dan por sentado, por natural y por indiscutible la responsabilidad en exclusiva de las mujeres sobre todo lo que tenga que ver con la satisfacción de los cuidados de las personas en la sociedad, y convierten una vez más las necesidades de todos los seres humanos que viven en una sociedad, en un problema, un déficit, un obstáculo, a veces ni siquiera llega a la categoría de necesidad, únicamente de las mujeres.

¿Podría ser una legislación sobre el cuidado una consecuencia de la obligación del Estado de garantizar los cuidados en una sociedad? Si fuera así los cuidados se entenderían como una necesidad individual pero social a la vez, que el Estado debe garantizar para que se cumpla el principio de igualdad, y la función de tutela de un Estado Social de Derecho que asegura un mínimo de bienestar a la sociedad. Estaríamos por tanto defendiendo el reconocimiento de un nuevo

⁴⁰ No hay garantías que nos aseguren que las mujeres participan en el debate ideal de deliberación habersiana o en la formación de la voluntad política en igualdad de condiciones. El déficit de participación de las mujeres en la esfera pública, y en particular, en los espacios políticos ha sido demostrado por numerosos autores/as (ver Rubio 2006; Mackinnon 1989; Sevilla 2004).

⁴¹ En investigaciones sociológicas a madres y mujeres sobre estas cuestiones (ver, por ejemplo IGAREDA 2009), las mujeres entrevistadas muestran la doble jornada que sufren por ser responsables del trabajo de cuidado casi en solitario, los obstáculos que en su realización profesional y personal esto supone, pero no exigen más políticas de conciliación de vida familiar y laboral, sino que consideran que debería ser un objetivo de justicia social un reparto más equilibrado de dichas responsabilidades o piden otras formas de organización social y laboral que no convirtieran en incompatibles la vida familiar y laboral.

derecho social, el derecho al cuidado. El acceso y la cobertura pública de los cuidados se convertirían así en una prestación más del Estado de Bienestar, equiparándolo a un derecho social como el derecho a la sanidad o a la educación⁴².

Pero esto es difícil que suceda en nuestra sociedad y en nuestro actual modelo de Estado de Bienestar porque en primer lugar, los cuidados no se identifican como necesidades básicas. En segundo lugar, no parece haber un consenso social sobre si los cuidados constituyen verdaderas necesidades básicas para la supervivencia humana. Y en último lugar, y en parte por las razones anteriores, el derecho a ser cuidado, o el derecho a ser objeto de cuidados durante determinados periodos de la vida de un individuo, está lejos de construirse como un derecho social.

Utilizando como ejemplo el cuidado de los nuevos/as ciudadanos/as, se observa que el Estado y sus leyes protegen, en realidad, el crecimiento económico y el mercado de trabajo capitalista. Y abordan el interés del menor, las necesidades de cuidado de este menor, y la maternidad y la paternidad como accidentes de la vida de las personas que deben encajar en el sistema social y económico. Todo esto aprovechándose de los beneficios que la desigualdad de género en los cuidados le proporciona, realizando de manera gratuita, desinteresada e invisible una labor imprescindible de mantenimiento de la especie humana.

A pesar de ello, sería una exigencia de justicia social impulsar un cambio de paradigma desde una legislación centrada en la protección de la maternidad, la paternidad y la conciliación a una legislación sobre el cuidado dentro del marco de un Estado Social de Derecho. La legislación existente que focaliza la protección de la maternidad perpetúa una actuación tradicional del derecho de falsa protección a las mujeres. En todo caso, lo que está permitiendo es que bajo unas supuestas necesidades específicas y únicas del sexo femenino (que únicamente estarían justificadas desde un punto de vista estrictamente biológico de protección física durante el embarazo, parto y lactancia en el caso de hijos/as biológicos), se mantenga la división sexual de trabajo, la preservación del rol femenino de cuidadoras, y el mantenimiento al fin y al cabo de un sistema social de explotación de las mujeres puesto que en su mayoría llevan a cabo de manera invisible y gratuita, los trabajos de cuidado imprescindibles para el mantenimiento de la vida humana.

En un Estado Social de Derecho, donde el derecho a la igualdad de mujeres y hombres es un principio y un derecho fundamental exigible,

⁴² Las actuales prestaciones públicas de cuidado infantil, el porcentaje de niños/as menores de tres años en centros públicos, así como la deficitaria e incompleta aplicación de la ley de Dependencia muestran un panorama bastante alejado del reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho social incluido en el Estado de Bienestar español.

y donde al Estado se le exige una actuación tendente a garantizar un nivel mínimo de bienestar en el que las necesidades básicas de la ciudadanía estén satisfechas, debería exigirse una legislación que estableciera el derecho a ser cuidado de todo/a ciudadano en el periodo de su vida como menor, en los que el individuo no tenga la autonomía suficiente para garantizar su propia supervivencia. Muchos de los argumentos aquí utilizados serían válidos para extender este hipotético derecho a ser cuidado en todos los demás periodos de la vida donde las personas son dependientes. Nuestro modelo de Estado no debería seguir tolerando, por ejemplo, que la asunción de los cuidados de los menores siga siendo una responsabilidad casi en exclusiva de las mujeres. Tampoco debería seguir manteniéndose unos sistemas de organización social, laboral y familiares que permiten estas situaciones de desventaja entre hombres y mujeres sólo por el hecho de que unas pueden embarazarse y parir.

El titular de ese derecho a ser cuidado debería ser por tanto el recién nacido, y el Estado debería ser responsable mediante la intervención legal de que ese derecho fuera satisfecho de la mejor manera posible, incluyendo la necesidad afectiva de ser cuidado por ambos progenitores. La necesidad básica de ser cuidado durante este periodo de la vida del nuevo ser humano justificaría la existencia y formulación de este nuevo derecho social, al igual que en nuestros actuales modelos de Estados Sociales de Derecho es incuestionable la existencia de un derecho social que garantiza la necesidad básica de protección de la salud o de educación de todo ciudadano/a.

Tampoco creemos que la formulación de este nuevo derecho social implicaría una injerencia ilegítima del Estado en la esfera privada de las personas y un límite a su libertad y a sus decisiones relativas a la procreación. Es más, en todo caso supondría una actuación estatal dirigida a asegurar un verdadero ejercicio del derecho fundamental de la libertad (art. 17 CE), la igualdad (arts. 14 y 9.2 CE), y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

No puede desconocerse la dificultad de articular jurídicamente este derecho a ser cuidado/a: quiénes serían titulares de este derecho, qué derechos y deberes tendrían los progenitores respecto al derecho a ser cuidado de ese nuevo ciudadano, cómo se financiarían los costes de ese nuevo derecho dentro de un Estado Social de Derecho en permanente crisis y revisión, así como qué tipo de prestaciones se entenderían incluidas en este nuevo derecho. Éste es, sin embargo, un reto que excede a los objetivos del presente artículo y necesitaría de un profundo estudio y debate.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, R.; ESCOT, L.; FERNÁNDEZ, J.A.; POZA, C.: «El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España», *EAWP: Documento de trabajo en análisis económico = Economical Analysis Working Papers*, Vol. 7, núm. 13, 2008, pp. 1-25.
- AMORÓS, C.: «Hongos hobbesianos, setas venenosas», *Mientras Tanto*, 48, 1992, pp. 59-67.
- ALMEDA, E.: *Les Famílies monoparentals a Catalunya: perfils, necessitats i percepcions*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar i Família, 2004.
- AÑÓN, M.J.: «De las necesidades radicales a las necesidades humanas», *Daimon: Revista de Filosofía*, núm. 17, 1998, pp. 53-69.
- «Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6-2002, 2002.
- AÑÓN, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.): *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- AÑÓN, M.J. y MIRAVET, P.: *Derecho, justicia y estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ATIENZA, M.: *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- BACCHI, C.L.: *Same difference: feminism and sexual difference*, Australia, Allen & Unwin, 1990.
- BIRKE, L.; HIMMELWEIT, S.; VINES, G.: *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares, 1990.
- BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980.
- BODELÓN, E.: «Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder» de Ana Rubio y Joan Herrera (coord.), en *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 193-222.
- «Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía» en Daniela Heim y Encarna Bodelón, *Género, Derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, Grupo Antígona, 2010, pp. 9-27.
- BOLTANSKI, L.: *Prime Éducation et Morale de Classe*, París, École Pratique Des Hautes Études, 1969.
- BUSTELO, M. y LOMBARDO, E.: *Políticas de igualdad en España y en Europa*, Madrid, Cátedra, 2007.
- CALVO GARCÍA, M.: «Paradojas regulativas», en M.^a José Añón, Manolo Calvo; Roberto Bergalli; Pompeu Casanovas (eds.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 99-130.
- CARVER, TERRELL: «A political theory of gender», en Vicky Randall y Georgina Waylen (eds.), *Gender, Politics and the State*, London and New York, Routledge, 1998, pp. 18-28.
- CONTRERAS, F. J.: *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.
- DE LUCAS, J. (coord.): *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- ESCOBEDO CAPARRÓS, A.: «Políticas de licencias parentales y de atención infantil para los menores de tres años y sus familias: el caso español en el contexto internacional», en Pazos Morán, M. (dir.), *Economía e igualdad*

- de géneros: retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI, Madrid, Instituto de Políticas Fiscales, 2008.
- ESPING-ANDERSEN, G.: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, New Jersey, Princeton University Press, 1990.
- *Social Foundations of Postindustrial Economies*, New York, Oxford University Press, 1999.
- ESPUNY, M.J.: «Aproximación histórica al principio de igualdad de género: propósitos y realidades en la II República española (I)», *IUSLabor* 3/2006.
- FERBER, M. y NELSON, J. (eds.): *Más allá del hombre económico; economía y teoría feminista*, Madrid, Cátedra, 2004.
- FLAQUER, L.: *El destino de la familia*, Barcelona, Ariel, 1998.
- *La Estrella menguante del padre*, Barcelona, Ariel, 1999.
- (ed.): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2002.
- FLAQUER, L., ALMEDA, E., NAVARRO, L.: *Monoparentalitat i infància*, Barcelona, Fundació La Caixa, 2006.
- FROMM, E., HORKHEIMER, M., PARSONS, T. et al.: *La Familia*, Barcelona, Península, 1972.
- GALA, C. (2007): «El seguro obligatorio de maternidad», en María Ysàs Solanes (coord.) *Segona República i Món Jurídic*, Barcelona, Cálamo, 2007, pp. 89-110.
- GARCÍA CALVO, M.: «Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista», en M.^a José Añón; Roberto Bergalli; Manolo Calvo; Pompeu Casanovas (coord.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 99-130.
- GARCÍA INDA, A. y SUSÍN BETRÁN, R.: «Políticas sociales y derecho» de M.^a José Añón; Roberto Bergalli; Manolo Calvo; Pompeu Casanovas (coord.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 131-180.
- GÓNZALEZ REVILLA, G.: *La protección de la infancia abandonada*, Bilbao, S.A. Tipografía Popular, 1907.
- GIL RUIZ, J.M.: *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2008.
- HABERMAS, J.: *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Tecnos, 1989.
- HELLER, A.: *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Barcelona, Paidós, 1996.
- HOLTMAAT, R.: *To care for a right? The analysis of the political legal discourse on social assistance*, Zwolle, W.E.J Tjeenk Willink, 1992.
- HOOKE, J.L.: «Care in Context: Men's Unpaid Work in 20 countries, 1965-2003», *American Sociological Review*, 71 (August), 2006, pp. 639-660.
- IGARÉDA, N.: *De la protección de la maternidad a la legislación del cuidado*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, disponible en <http://www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/binario/115785.pdf>, 2009.
- IZQUIERDO, M.J.: *El Malestar en la desigualdad*, Madrid, Cátedra, 1998.
- LAPORTA, F.J.: *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LEWIS, J. (ed.): *Gender, Social Care and Welfare State Restructuring in Europe*, England, Ashgate, 1998.
- LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975.
- MACKINNON, C.: *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1989.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «El derecho a la salud: un derecho social esencial», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 14, 2006, pp. 129-150.
- MEIL, G.: «La participación masculina en el cuidado de los hijos en la nueva familia urbana española», *Papers*, 53, 1997, pp. 77-99.
- «Los desafíos al sistema de protección social derivados de la postmodernización de la familia», en Flaquer, Lluís (ed.): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2002, pp. 27-56.
- MURILLO, S.: *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Madrid, Siglo XXI, 1996.
- OKIN, S.: *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Great Britain, 1989.
- PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.
- PEREZ DEL RÍO, T.: «La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres» en http://www.juntadeandalucia.es/empleo/car/boletin/numero9/boletin_acl_9_ley_organica3-2007.pdf, 2010.
- PEREZ LUÑO, A.E.: «Ciudadanía y definiciones», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 177-211.
- PICONTÓ, T.: «Sociología jurídica de la familia», en M.^a José Añón, Manolo Calvo, Roberto Bergalli, Pompeu Casanovas (eds.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 655-686.
- PISARELLO, G.: *Los Derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PITCH, T.: *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- RUBIO, A.: «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», en Ana Rubio y Joan Herrera (coord.), *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 23-66.
- «Los costes sociales de la desigualdad y de la individualización en la familia», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 32, 2008, pp. 77-96.
- RUIZ MIGUEL, A.: *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SEVILLA MERINO, J.: *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2004.
- TEUBNER, G.: *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986.
- VALDÉS, F.: «La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius gentium», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2008, págs. 55-68.
- TOBÍO, C.: *La atención al cuidado en España. Un reto para el siglo XXI*, Barcelona, Obra Social la Caixa, 2010.
- VERLOO, M. y LOMBARDO, E.: «Contested gender equality and policy variety in Europe: Introducing a Critical Frame Analysis Approach», en Mieke Verloo (ed.), *Multiple meanings of gender equality. A critical frame Analysis of gender policies in Europe*, Budapest, Central European Press, 2007, pp. 21-49.
- WALBY, S.: *Theorizing patriarchy*, Oxford, Blackwell, 1990.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 8/10/2011.

Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls¹

Por SILVINA RIBOTTA
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La teoría de la justicia rawlsiana sigue siendo un paso obligado para el estudio de la igualdad, de la libertad y de cualquier aspecto relevante de la justicia contemporánea. Y, aunque ha vivido cuarenta años de estudios, defensas y cuestionamientos, sigue siendo una teoría compleja de entender, de explicar y de analizar, y que ha abierto innumerables flancos de críticas diversas. En el presente artículo, pretendo explicar la teoría de la justicia rawlsiana desde nueve conceptos clave valiéndome de la línea de análisis de autores que cuestionan la teoría por resultar insuficientemente igualitaria. Los nueve ejes, siguiendo un orden inductivo, van desde la posición original y la teoría del bien, los bienes sociales primarios y las posiciones sociales relevantes, los principios de justicia, el más amplio sistema de libertades básicas para todos, la igualdad de oportunidades, el principio de diferencia, la justicia entre generaciones y los sistemas de mercado y la prioridad de la libertad, hasta cerrar con un análisis crítico sobre el impacto de la teoría rawlsiana en la tensión entre libertad e igualdad mostrando qué tipo de igualitarismo es el liberalismo igualitario rawlsiano.

Palabras clave: *Posición original, teoría del bien, bienes sociales primarios, posiciones sociales relevantes, principios de justicia, libertades básicas, igualdad de oportunidades, principio de diferencia, justicia entre generaciones, sistemas de mercado, prioridad de la libertad, liberalismo igualitario.*

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos», CSD2008-00007.

ABSTRACT

Rawl's theory of justice it is still a mandatory when studying equality, liberty and any other relevant aspect of contemporary justice. However, despite it has been widely studied and questioned for the last forty years, it is still a theory very complex to fully understand, explain and analyze. In this paper, I would like to analyze Rawl's theory of justice using nine key issues, following the approach taken by several authors that criticize such theory as insufficiently egalitarian. This nine key points, following an inductive order, range from the understanding of the original position and the theory of the good, the notion of primary social goods and the relevant social positions, the principles of justice, the most extensive system of basic liberties for all, equality of opportunity, the difference principle, justice between generations and market systems, and the priority of liberty over equality. The analysis will end with a critical account of the impact that Rawls' theory has over the tension between liberty and equality, in order to show the kind of egalitarianism that Rawls' egalitarian liberalism is.

Key words: Original position, theory of the good, primary social goods, relevant social positions, principles of justice, basic liberties, equality of opportunity, difference principle, justice between generations, market systems, priority of liberty, egalitarian liberalism.

SUMARIO.—0. POR QUÉ EXPLICAR LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS DESDE NUEVE CONCEPTOS CLAVE.—1. PRIMER CONCEPTO CLAVE: LA POSICIÓN ORIGINAL COMO ESCENARIO SOCIAL IGUALADOR Y LA TEORÍA DEL BIEN.—2. SEGUNDO CONCEPTO CLAVE: LOS BIENES SOCIALES PRIMARIOS Y LAS POSICIONES SOCIALES RELEVANTES.—3. TERCER CONCEPTO CLAVE: LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA.—4. CUARTO CONCEPTO CLAVE: EL MÁS AMPLIO SISTEMA DE LIBERTADES BÁSICAS PARA TODOS. EL PRIMER PRINCIPIO DE JUSTICIA.—5. QUINTO CONCEPTO CLAVE: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. EL SEGUNDO PRINCIPIO DE JUSTICIA.—6. SEXTO CONCEPTO CLAVE: EL PRINCIPIO DE DIFERENCIA Y LAS DESIGUALDADES SOCIOECONÓMICAS. EL TERCER PRINCIPIO DE JUSTICIA.—7. SÉPTIMO CONCEPTO CLAVE: JUSTICIA ENTRE GENERACIONES Y SISTEMAS DE MERCADO.—8. OCTAVO CONCEPTO CLAVE: LA PRIORIDAD DE LA LIBERTAD Y LOS INTERCAMBIOS NEGADOS. LA PRIORIDAD DE LA JUSTICIA SOBRE LA EFICIENCIA.—9. NOVENO CONCEPTO CLAVE: EL LIBERALISMO IGUALITARIO DE RAWLS. RECAPITULANDO, QUÉ TIPO DE IGUALITARISMO ES EL LIBERALISMO IGUALITARIO DE RAWLS.

0. POR QUÉ EXPLICAR LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS DESDE NUEVE CONCEPTOS CLAVE.

La teoría de la justicia rawlsiana ha sido analizada y ubicada en diferentes clasificaciones a lo largo de sus cuarenta años de vida. Es

posible entenderla como una teoría liberal de enfoque solidarista que utiliza como criterio distributivo tanto los resultados como las oportunidades, desde un principio distributivo y no agregativo². A la vez, como teoría consecuencialista es considerada liberal igualitaria³, aunque es criticada por quienes la valoran insuficientemente liberal o insuficientemente igualitaria, según desde dónde se la interprete⁴. También puede ser entendida como una postura en parte deontológica y en parte teleológica, que no es compatible con el enfoque prioritarista ni con el igualitarista clásico, sino que se entiende mejor como un *igualitarismo no relacional*⁵.

Más allá de las clasificaciones generales, la propuesta rawlsiana utiliza un andamiaje conceptual desde un particular neocontractualismo, donde las personas situadas en el escenario igualitario de la posición social originaria, bajo unas determinadas condiciones de conocimiento y de motivación y desde su particular concepción del bien, disponiendo en igualdad de los bienes sociales primarios, elegirán unos determinados principios de justicia para regir la estructura básica de una sociedad justa. Mediante estos principios de justicia, el principio de igual libertad, el de equitativa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia, las personas distribuyen los bienes sociales primarios en igualdad y se definen las posiciones sociales relevantes que ocupan. En este proceso, se mezclan controvertidos conceptos e implicaciones que tejen una teoría compleja de entender, de explicar y de analizar, y que ha abierto innumerables flancos de críticas diversas. Con todo, la teoría de la justicia de Rawls sigue siendo un paso obligado para el estudio de la igualdad, de la libertad y de cualquier aspecto relevante de la justicia contemporánea.

En el presente artículo, consciente de la complejidad de la teoría rawlsiana y del marco de críticas generales que se le han hecho, que suelen ser el primer contacto que se tiene con la teoría –con lo cual ya predisponen a entenderla bajo ciertos supuestos generalmente no explicitados– y desde el convencimiento de que sigue siendo vital conocer la teoría rawlsiana y discutirla para hablar de justicia en el siglo XXI, es que presento la teoría de la justicia rawlsiana desde nueve conceptos clave. Es, sin dudas, una estrategia metodológica que no intenta ocultar que la explicación no es imparcial, sino que implica

² Véase VAN PARIJS, P., *¿Qué es una Sociedad Justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, trad. de J. A. Bignozzi, Barcelona, Ariel, 1993, p. 199.

³ Véase DOMÈNECH, A., «Ética y Economía de Bienestar: una panorámica», en GUARIGLIA, O. (ed.), *Cuestiones Morales. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta-CSIC, 1996, pp.191-222.

⁴ Véase GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 45-79.

⁵ Según PARFIT, D., «Equality or Priority» en Clayton, M. y Williams, A. (ed.), *The Ideal of Equality*, Hampshire, Palgrave MacMillan, 2002, pp. 91-121.

una crítica de la teoría desde criterios más igualitarios. Utilizo, para ello, la línea de análisis de autores que cuestionan la teoría por resultar insuficientemente igualitaria, como Dworkin, Sen, Cohen, Van Parijs, Barry, Martínez García, entre otros, quienes más cerca o más lejos de los planteos rawlsianos, los critican desde una mirada igualitaria preocupada por los criterios distributivos igualitarios, mostrando que las exigencias de justicia del mundo actual requieren criterios de justicia aún más igualitarios.

Los nueve cuestionamientos y debates elegidos considero que permiten explicar los aspectos esenciales de la teoría siguiendo un orden inductivo, desde la posición original como escenario social igualador y la teoría del bien, los bienes sociales primarios y las posiciones sociales relevantes, los principios de justicia, el primer principio de justicia, el segundo principio de justicia y el principio de diferencia como *tercer* principio de justicia, la justicia entre generaciones y los sistemas de mercado y la prioridad de la libertad y la prioridad de la justicia sobre la eficiencia. El último ítem de análisis procura cerrar el artículo exponiendo como conclusión la crítica final sobre el impacto de la teoría rawlsiana en la tensión entre libertad e igualdad, recapitulando sobre qué tipo de igualitarismo es el liberalismo igualitario de Rawls.

1. PRIMER CONCEPTO CLAVE: LA POSICIÓN ORIGINAL COMO ESCENARIO SOCIAL IGUALADOR Y LA TEORÍA DEL BIEN

El punto de partida de la teoría de la justicia de Rawls es un particular contrato social, un escenario primario e hipotético que denomina *posición original*, donde las personas decidirán los principios básicos de justicia que conformarán la estructura básica de la sociedad desde una especial situación cognitiva que llama *velo de ignorancia* y desde una particular *teoría del bien*.

Rawls considera a la justicia la primera virtud de las instituciones sociales, y parte de la idea de que una sociedad es una asociación con cierto grado de autosuficiencia, donde las personas se mueven y se relacionan entre ellas reconociendo ciertas reglas o pautas de conducta como obligatorias. Estas reglas no sólo ordenan la sociedad sino que establecen un sistema de cooperación que permite a las personas obtener ventajas y beneficios, permitiendo identidad y conflictos de intereses, que son las situaciones que Rawls describe como

las *circunstancias de la justicia*⁶. Es posible diferenciar entre circunstancias objetivas y subjetivas. Las primeras son las que hacen posible la cooperación humana, donde coexisten personas semejantes en sus capacidades físicas y mentales, en situaciones en las cuales ninguna puede dominar a la otra pero que son vulnerables a los ataques y planes de los otros y donde existe una situación de escasez moderada. Las circunstancias subjetivas se refieren a los aspectos relevantes de las personas que van a coexistir, que para Rawls tienen necesidades e intereses semejantes pero también su propio plan de vida, su concepción de lo que es bueno, diferentes fines y propósitos y, por lo tanto, existen conflictos al presentar sus demandas con pretensiones de ser satisfechas. Pero, también, estas personas tienen carencias en cuanto a los conocimientos y el juicio distorsionado por la ansiedad y la preocupación por los asuntos propios. Las personas en la posición original son mutuamente desinteresadas y conocen que se darán estas circunstancias con lo cual saben que será necesario contar con principios de justicia. Principios que puedan arreglar estos diferendos de intereses, en la medida en que «proveen una manera de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social»⁷. El objetivo que persigue es trascender la sociedad privada y conflictiva actual a una sociedad bien ordenada, que supone una sociedad cuyos miembros aceptan y conocen que los otros miembros también aceptan los mismos principios de justicia y en la cual las instituciones sociales básicas generalmente satisfacen y los miembros generalmente conocen que satisfacen estos principios⁸.

La característica esencial de la posición original es el *velo de ignorancia* que es la situación en la que se encuentran las personas y que implica que nadie conoce el lugar que ocupará en la sociedad, su posición de clase o su status social, ni su fortuna en la distribución de las ventajas y habilidades naturales, su inteligencia, fuerza, ni otras cosas semejantes. Y, más aún, en la que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones del bien o sus especiales inclinaciones psi-

⁶ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, Cambridge-Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, pp. 109 a 110 - [pp. 152 a 154]. Para las citas de *A Theory of Justice* utilizaré la última edición revisada por Rawls de 1999 y entre corchetes señalaré las páginas que corresponden de la traducción al español de la edición original de *A Theory of Justice* de 1971 (*Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979). Para más detalles sobre esta metodología, véase RIBOTTA, S., *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 21 nota 1.

⁷ *Idem*, p. 4 - [p. 21].

⁸ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, *op. cit.*, pp. 4 y 397 y ss. - [pp. 21 y 501 y ss.]. Posteriormente ofrecerá su propuesta para la justicia global en *The Law of Peoples, El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*, trad. de H. Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001.

cológicas⁹. El objetivo de este velo de ignorancia es que las personas no puedan elegir principios que sería racional elegir si tuvieran ciertos conocimientos de su situación particular pero que, a la vez, son irrelevantes desde el punto de vista de la justicia. Estas limitaciones de conocimiento pueden ser, siguiendo a Barry, condiciones de conocimiento y de condiciones de motivación. Las primeras serían las ocasionadas por el velo de ignorancia directamente, y las motivacionales son las que permiten presuponer que en la posición original los hombres son racionales y que no son altruistas¹⁰.

De esta forma, la relación que se establece entre la posición original y los principios de la justicia elegidos en ella es deductiva, desde la posición original fijada de esta precisa manera hasta llegar a los dos principios de justicia rawlsianos e incluye las relaciones de prioridad entre éstos, como una especie de *geometría moral*¹¹. Estas *restricciones en las alternativas*, que son las condiciones formales que a Rawls le parece razonable imponer a las concepciones de justicia y la selección de los concretos principios de justicia responden a una concreta teoría del bien, donde los conceptos de lo *bueno* y la *racionalidad* ocupan un lugar privilegiado y se auto-referencian, ya que el bien de una persona está determinado por lo que para ella es el plan de vida más racional en virtud de unas circunstancias razonablemente favorables¹².

Rawls considera que una de las funciones de la teoría del bien implica determinar a los miembros menos favorecidos de la sociedad desde la idea de los bienes primarios, sin identificar una medida básica de bienestar. El índice de bienestar y las expectativas están especificados, de este modo, en términos de bienes primarios, porque independientemente de lo que quieran, los hombres racionales *desean* y *necesitan* ciertos bienes como *pre-requisitos* para llevar adelante sus planes de vida cualesquiera

⁹ Posteriormente, el velo se va levantando a través de diversas etapas; ya que después de la elección de los principios, en que la posición original actúa de congreso constituyente, se pasa a la etapa constitucional, a la legislativa y a la de aplicación, a medida que el conocimiento que van teniendo las partes es mayor. RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., pp. 11 y 104 - [pp. 30 y 145]. Roemer critica los supuestos fundamentos igualitarios del velo de ignorancia en ROEMER, J., «Egalitarianism against the veil of ignorance», *Cowles Foundation for Research in Economics Yale University*, Paper núm. 1328, septiembre 2001, pp. 1-27.

¹⁰ BARRY, B., *La Teoría Liberal de la Justicia. Examen crítico de las principales doctrinas de 'Teoría de la Justicia' de John Rawls*, trad. de H. Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 20 y RODILLA, M. Á., «Estudio Preliminar», en RAWLS, J., *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la Justicia*, trad. de M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 19-20.

¹¹ BARRY resalta la inconsistencia que tiene el probar de manera circular que *determinados principios* devienen de una *determinada posición original*, pero que a la vez serían *esos* principios los únicos que se aceptarían como viniendo de *esa* posición original. BARRY, B., op. cit., p. 21; VAN PARIJS, P., *¿Qué es una Sociedad Justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, op. cit., p. 62.

¹² RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 117 - [p. 162].

que sean¹³. Pero el eje de la idea para Rawls es que la definición de lo bueno no contiene una fórmula general para determinarlo, sino que variará de un caso a otro porque «no hay nada necesariamente justo, o moralmente correcto», con lo que esa *neutralidad moral* de la definición del bien es la que cabe en la teoría de la justicia como equidad¹⁴. Sumado a que los planes de vida que son racionales adoptar por las personas variarán de acuerdo a sus circunstancias y capacidades.

Por último, la teoría del bien de Rawls reserva un lugar especial a la idea de igualdad, a la base de igualdad que se refiere a la forma en que los seres humanos deben ser tratados desde los principios de justicia, distinguiendo tres niveles en los que se aplica el concepto de igualdad. El primero hace referencia a la administración de las instituciones como sistema público de normas, en el cual la igualdad es esencialmente *justicia como regularidad*, e implica la aplicación imparcial y la interpretación coherente de las normas acorde a preceptos tales como el trato similar a casos similares, entre otros. El segundo nivel consiste en la aplicación de la igualdad como la estructura sustantiva de las instituciones, donde el significado se especifica a través de los principios de justicia que requieren que a todas las personas se le asignen *derechos básicos iguales*. En el tercer nivel refiere que las garantías de la justicia se deben a las *personas morales* que son quienes tienen derecho a una justicia igual y las caracteriza como aquellas «capaces de tener (y se asume que de adquirir) una concepción de su bien (expresada por un plan racional de vida); y... que son capaces de tener (y se asume que de adquirir) un sentido de justicia, un deseo normalmente eficaz de aplicar y de actuar según los principios de justicia, al menos hasta un cierto grado mínimo»¹⁵.

Por ello, el objeto primario de la justicia se concentra en la *estructura básica de la sociedad*, en el modo en que las instituciones sociales principales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la distribución de las ventajas fruto de la cooperación social, que no son otras que las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los distintos grupos de la sociedad¹⁶. Así, la *justicia*

¹³ *Idem*, p. 351- [p. 442].

¹⁴ *Idem*, pp. 354-359- [pp. 446-452].

¹⁵ *Idem*, p. 442 - [p. 557]. Rawls supone que la persona posee dos potestades que determinan tanto su igualdad como su libertad: la potestad de ser *razonable* que identifica como el sentido del deber y de la justicia, y la potestad de ser *racional* que le hace concebir y perseguir sus bienes particulares. Véase RAWLS, J., «Kantian Constructivism in Moral Theory» en FREEMAN, S., *John Rawls: Collected Papers*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 2001, pp. 315 a 317 y *El liberalismo político*, trad. A. Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 79 a 85.

¹⁶ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 8 - [p. 26]. Véase BIDET, J., *John Rawls y la Teoría de la Justicia*, trad. de V. Pozanco, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2000, pp. 16-20; BEAUCHAMP, T. L., «Distributive Justice and the Difference Principle» en Blocker, H. G. y Smith, E. H. (eds.), *John Rawls' Theory of Social Justice. An Introduction*, Ohio, Ohio University Press, 1980, pp. 137-148 y RAWLS, J., «Two Concepts of Rules», *Philosophical Review*, Vol. 64, núm. 1, 1955, pp. 3-32.

como *equidad* es la justicia que los hombres racionales elegirán en una situación hipotética de posición original de igual libertad y en condiciones de equidad.

2. SEGUNDO CONCEPTO CLAVE: LOS BIENES SOCIALES PRIMARIOS Y LAS POSICIONES SOCIALES RELEVANTES

El segundo concepto clave está realmente integrado por dos ideas relacionadas entre sí, ya que ambos conforman la estrategia que utiliza Rawls para defender la posibilidad de realizar comparaciones interpersonales, evitando referirse a la igualdad de bienestar de los utilitaristas. Así, a través de lo que define como *bienes sociales primarios* y *posiciones sociales relevantes*, Rawls organiza la distribución de ciertos bienes que considera imprescindibles para el desarrollo de cualquier plan de vida racional según dos posibilidades que permiten sus principios de justicia y que dan pie, a su vez, a ubicar a los ciudadanos en dos categorías o status sociales, que son las posiciones sociales relevantes, desde las cuales es posible realizar comparaciones interpersonales. Por ello, a algunos bienes, los derechos y las libertades, los distribuye en igualdad entre todas las personas, lo que da lugar a la formación de una única posición social, la posición social de igual ciudadanía. En cambio, respecto al otro bien social, el ingreso y la riqueza, permite que exista una distribución diferente –o desigual–, con lo que da nacimiento a dos posiciones sociales, la de los ciudadanos más aventajados y la de los menos aventajados¹⁷. De esta manera, respecto a los derechos y a las libertades todos los ciudadanos ocupan la misma posición de igual ciudadanía, pero respecto a los ingresos y la riqueza pueden estar en la posición social de mayor ventaja o en la de menor ventaja. Simplificando, todos ciudadanos iguales pero unos ricos y otros pobres.

Desde estos conceptos, la comparación interpersonal rawlsiana se estipula en dos fases para establecer bases objetivas sobre las que hacer la comparación. La primera se refiere a las posiciones sociales relevantes e implica que tan pronto como se pueda identificar al hombre representativo menos aventajado sólo serán requeridos juicios ordinales del bienestar, por lo que sabemos desde qué posición el sistema social es juzgado sin importar que tan peor situado esté este individuo representativo respecto a otros. La segunda forma de establecer bases objetivas se vincula a las expectativas respecto a los bienes sociales primarios, que se traducen en el índice de estos bienes que un individuo representativo puede esperar, con lo que las expectativas de un hombre son mayores que las de otro si este índice es mayor para alguien que está en su posición.

¹⁷ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit. p. 78 - [p. 113].

Para explicar qué son y cuáles son los bienes sociales, Rawls diferencia entre bienes *sociales* primarios y bienes *naturales*. Los primeros son cosas que se supone que un hombre racional quiere además de cualquier otra cosa que quiera, ya que cualesquiera sean los planes racionales de los hombres siempre habrá cosas que preferirían tener frente a otras¹⁸. Y entiende que cuantos más de esos bienes posean los hombres, más posibilidades tendrán de conseguir sus fines, cualesquiera que éstos sean. Así, los bienes sociales primarios, presentados en amplias categorías, son derechos, libertades y oportunidades, ingreso y riqueza y el sentimiento de la persona de su propio valor. A diferencia de éstos, los bienes *naturales* son los que *no* están directamente bajo el control de la estructura básica, como la salud y el vigor, la inteligencia y la imaginación que, por lo tanto, no son objeto de los principios de justicia¹⁹. La lista de bienes primarios no se explica, entonces, desde las exigencias de la justicia sino al revés, ya que estos bienes constituyen una de las premisas desde la que se deriva la elección de los principios del derecho, y puede ser explicada mediante la concepción de la bondad como racionalidad en conjunción con los hechos generales acerca de las habilidades y deseos humanos, sus fases características y requerimientos de alimentación, el principio aristotélico y las necesidades de interdependencia social. Respecto a cada bien en particular, Rawls entiende que las libertades básicas forman el trasfondo institucional necesario para el desarrollo y el ejercicio de la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien, a la vez que permiten el desarrollo y ejercicio del sentido de lo recto y de la justicia en condiciones políticas y sociales libres. La libertad de movimiento y la libre elección de ocupación analizadas desde la igualdad de oportunidades, son necesarias para la elección y búsqueda de fines últimos. Los poderes y prerrogativas se requieren para desarrollar las capacidades sociales y de autogobierno de las personas. La renta y la riqueza son medios polivalentes y con valor de cambio para alcanzar directa o indirectamente diferentes fines cualesquiera que éstos sean, y las bases sociales del respeto de sí mismo son aquellos aspectos de las instituciones básicas que normalmente son esenciales para que los ciudadanos tengan un sentido vivo de su propio valor como personas morales y sean capaces de realizar

¹⁸ *Idem*, pp. 79-80 y 380 y ss.- [pp. 114 y 478 y ss.].

¹⁹ RAWLS, J., «Unidad social y bienes primarios» en RAWLS, J., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, op. cit., pp. 263-290. Rawls sostiene que es necesario que las personas en la posición original valoren al autorrespeto como un bien social primario de máxima importancia, aunque luego no lo incluye en la explicación de las libertades básicas. RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 386 - [p. 485], y *Sobre las libertades*, trad. de J. Vigil Rubio, Introducción de V. Camps, Barcelona, Paidós, 1990 (1982), pp. 64-65. Véase PÉREZ TRIVIÑO, J.L., «La noción rawlsiana de autorrespeto», en SQUELLA, A. (ed.), «John Rawls. Estudios en su memoria», Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002, pp. 99-122.

sus intereses de orden supremo y promover sus fines con confianza en sí mismos²⁰. Y, una vez identificados los bienes sociales, los ubica en un índice lexicográfico que ordena sus principios de la justicia priorizando las libertades básicas y la equitativa igualdad de oportunidades, que son siempre iguales y no necesitan confrontarse con otros valores, sobre los bienes primarios que varían en su distribución, como los derechos y las prerrogativas de autoridad, el ingreso y la riqueza²¹.

Esta manera de definir unos bienes sociales como básicos también es planteada por Rawls como el establecimiento de un *mínimo social*, un mínimo de bienes imprescindible fuera del cual no es posible alcanzar ningún plan de vida²². Así, entiende que la teoría de los bienes sociales primarios es una extensión de la noción de necesidades, porque son los que determinan cuáles son las necesidades en cuestiones de justicia, partiendo de las necesidades como ciudadanos entendidas desde un punto de vista político, en conexión con el desarrollo y como expresión de sus facultades morales. Sen le objeta que la teoría resulta insuficiente porque se centra en los bienes para hacer comparaciones interpersonales respondiendo a la *igualdad de qué* en términos de medios y no considerando lo que las personas pueden obtener con esos medios²³. Rawls se muestra muy sensible a la diferencia entre los fines de las personas, insiste, y muy seguro de la importancia de respetar esta diversidad, coherente con su concepción política pluralista, pero se muestra muy insensible a la hora de reconocer la relevancia de

²⁰ RAWLS, J., «Unidad social y bienes primarios», *op. cit.*, p. 270.

²¹ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, *op. cit.*, p. 80 - [p. 115].

²² Rawls sugiere que para que sus principios puedan implementarse sería preciso la existencia de un principio previo que «exigiera que las necesidades básicas de los ciudadanos fueran satisfechas, al menos hasta el punto en que su satisfacción fuera necesaria para que los ciudadanos comprendieran lo que significa y fueran capaces de ejercer fructíferamente esos derechos y libertades». Explica que el mínimo social no son las necesidades básicas y advierte que se puede satisfacer el principio de diferencia aunque *no* se satisfagan las necesidades básicas. RAWLS, J., *El liberalismo político*, *op. cit.*, pp. 37, 198-199 y 264-265; «A Kantian Conception of Equality», en FREEMAN, Samuel, *John Rawls: Collected Papers*, *op. cit.*, p. 260, «The Idea of Public Reason Revisited», *University of Chicago Law Review*, Vol. 64, verano 1997, pp. 765-807, y WALDRON, J., «John Rawls and the social minimum» en *Liberal rights. Collected papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 250-270. Sobre las necesidades en Rawls, véase RIBOTTA, S., «Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas», *Revista Derechos y Libertades*, núm. 24, Época II, enero 2011, pp. 259-299; SALCEDO MEGALES, D., *Elección social y desigualdad económica*, Barcelona, Anthropos, 1994, pp. 228-229 y SEN, A., «Poor, Relatively speaking» en *Nueva Economía del Bienestar. Escritos seleccionados*, Valencia, Universitat de València, 1995, pp. 324 y ss. y *Desarrollo y libertad*, trad. de E. Rabasco y L. Toharia, Barcelona, Planeta, 2000, pp. 97 y ss.

²³ SEN, A., «El bienestar, la condición de ser agente y la libertad. Conferencias 'Dewey' de 1984» en SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, trad. D. Salcedo, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 39 a 108 y *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. de A.M. Bravo, Madrid, Alianza, 1999, pp. 20 y 96-101. Rawls le responde en RAWLS, J., «The Priority of Right and Ideas of the Good», *Philosophy and Public Affairs*, núm. 17, 1988, p. 259.

la diferencia en la relación de las personas con los recursos y en la relación entre recursos y libertades; ya que la diversidad humana da facultades desiguales para construir la libertad aún cuando tengamos la misma dotación de bienes sociales primarios²⁴.

En general, se critica el concepto de bienes sociales como sustrato distributivo de la teoría y la determinación de concretos bienes como necesarios para cualquier plan racional de vida. Pero también es reprochable la diferenciación que realiza entre los bienes naturales y los bienes sociales y, especialmente, por los bienes que incluye como bienes naturales, lo que le hace cometer el *yerro rawlsiano*²⁵. Al valorar la salud como un bien natural la excluye del contenido de su teoría de la justicia; lo que le lleva, entre otras implicaciones, a no considerar a las necesidades especiales, a manejar una concepción antropológica sesgada y a permitir desigualdades que impiden la consecución de la justicia como equidad que pretende configurar²⁶.

²⁴ Cohen rescata que los bienes sociales primarios resultan una buena estrategia frente a los reclamos basados en los *gustos caros*. Véanse COHEN, G.A., «Robert Nozick and Wilt Chamberlain: how patterns preserve liberty», *Erkenntnis*, núm. 11, 1977; «On the Currency of Egalitarian Justice», *Ethics*, Vol. 99, núm. 4, Julio 1989, pp. 906 a 944; «Expensive Taste Rides Again» en BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and his critics*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004, pp. 3-29 e «¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades», en NUSSBAUM, M. y SEN, A. (ed.), *La calidad de vida*, trad. de R. Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 32. En sentido similar, SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, op. cit., p. 163, y *La desigualdad económica. Edición ampliada con un anexo fundamental de James E. Foster y Amartya Sen*, trad. de E. L. Suárez Galindo, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 226 y 227 e «¿Igualdad de qué?», en MCMURRIN, S. (ed.), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Barcelona, Ariel, 1988, p. 149.

²⁵ Sobre el *yerro rawlsiano*, véase RIBOTTA, S., *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, op. cit., pp. 76-117. Nussbaum explica que la diferencia entre su postura sobre las capacidades humanas y los bienes primarios rawlsianos reside particularmente en su definición y amplitud, en su rechazo a contener bienes concretos como el ingreso y la riqueza y, especialmente, en la determinación de incluir en la lista de capacidades la base social de diferentes bienes que Rawls incluyó entre los bienes naturales, como la salud, el vigor, la inteligencia y la imaginación. NUSSBAUM, M., *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. R. Bernet, Barcelona, Herder, 2002, pp. 125 y 134 y POGGE, T., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, pp. 161-207. Rawls posteriormente pretende incluir la salud en la lista de bienes sociales aunque no lo hace expresamente. Véase RAWLS, J., «The Priority of Right and Ideas of the Good», op. cit., pp. 251- 276.

²⁶ Discusión que se vincula con la de si los talentos son bienes naturales o no, si conforman un capital social o son patrimonio de la persona que los posee y la justicia o injusticia de la apropiación de sus resultados. Véase la discusión del caso Chamberlain en NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, pp. 163-167; COHEN, G.A., *Self-Ownership Freedom and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 19-37; KYMLICKA, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de R. Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 113-143; VAN PARIJS, P., *¿Qué es una Sociedad Justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, op. cit., pp. 158-164, RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 92 y RIBOTTA, S., *Las desigualdades economi-*

Respecto al concepto de las posiciones sociales relevantes, metodológicamente implican realizar juicios ordinales del bienestar juzgando el sistema social desde determinadas posiciones sociales relevantes. Son juicios ordinales de un representante, porque Rawls no toma en cuenta los juicios de individuos específicos sino de ciertos individuos representativos de situaciones sociales. Así, las posiciones sociales relevantes son los lugares iniciales adecuadamente generalizados y aumentados, que al representar un punto de vista general permiten a los dos principios de justicia mitigar las arbitrariedades de las contingencias naturales y de la fortuna social²⁷. Entiende que cada persona tiene dos posiciones relevantes: la de *igual ciudadanía* y la definida por *su lugar en la distribución del ingreso y la riqueza*, por lo que los representantes relevantes son los ciudadanos representativos y los representantes de aquellos con diferentes expectativas por los bienes primarios distribuidos desigualmente.

Con respecto a la posición de igual ciudadanía, es definida por los derechos y las libertades requeridas por el principio de igual libertad y el principio de equitativa igualdad de oportunidades, que cuando son satisfechos hacen que todos los ciudadanos sean iguales y todos detenten la misma posición. En relación a los representantes de aquellos con diferentes expectativas por la desigual distribución de los bienes primarios, que permite juzgar las desigualdades económicas y sociales como íntimamente relacionadas con las diferencias en autoridad y responsabilidad, la dificultad reside en definir al grupo de los menos aventajados. Rawls considera como menos aventajados a los que están menos favorecidos por las tres principales clases de contingencias, las «personas cuyo origen familiar y de clase está más desaventajado que el de otros, cuyas capacidades naturales (realizadas) les permiten vivir menos bien, y cuya fortuna y suerte en el curso de sus vidas les han hecho menos felices, todo dentro del ámbito normal... y con las pertinentes dimensiones basadas en los bienes sociales primarios»²⁸. Para hacer operativo este concepto, sostiene que todas las personas presentan las mismas necesidades físicas y capacidades psicológicas dentro de parámetros normales, dejando explícitamente fuera a situaciones que valora especiales como las *debilidades mentales (sic)*²⁹ y los problemas de salud³⁰. Advierte que el primer problema de la

cas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 321-328.

²⁷ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 82 - [p. 118].

²⁸ *Idem*, p. 83 - [p. 119] y «A Kantian Conception of Equality», op. cit., pp. 258-259.

²⁹ Sobre la consideración de las discapacidades en la teoría rawlsiana, véase SEN, A., «Igualdad de qué?», op. cit., pp. 149-150, BARRY, B., op. cit., pp. 31-57, MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La teoría de la Justicia en John Rawls*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 29 y RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, op. cit., pp. 359 a 368.

³⁰ Véase la salud en Rawls en BOMMIER, A. y STECKLOV, G., «Defining health inequality: why Rawls succeeds where social welfare theory fails», *Journal of Health Economics*, vol. 21, núm. 3, 2002, pp. 497-513; LEMA AÑÓN, C., *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 133 y ss. y MARMOT, M.G., «Understanding social inequalities in health», *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 46, núm. 3 supplement, 2003, pp. 9-23.

justicia sólo incluye a los que en la vida diaria son participantes plenos y activos en la sociedad, y que están asociados directa o indirectamente toda la vida, con lo que el principio de diferencia se aplica a los ciudadanos involucrados en la cooperación social.

3. TERCER CONCEPTO CLAVE: LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA

Los principios de justicia constituyen el eje central y argumentativo de la teoría rawlsiana, son los criterios de justicia que regulan la estructura básica de la sociedad, asignando derechos y deberes fundamentales y determinando la división de las ventajas de la cooperación social.

Rawls explica que la estructura social consta de dos partes y a cada una de ellas va dirigido cada uno de los principios. El primero para los aspectos del sistema social que definen y aseguran las libertades básicas iguales y el segundo para los aspectos que establecen y definen las desigualdades económicas y sociales. Pero, previamente, los dos principios responden a una concepción más general de justicia que expresa que: «Todos los valores sociales –libertad y oportunidades, ingreso y riqueza, y las bases sociales del autorrespeto– habrán de ser distribuidas igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno, o de todos, de estos valores sea para ventaja de todos»³¹. Esta concepción general es la que rige en principio, y sólo se pasa a la concepción especial de los dos principios de justicia cuando en la posición original se suma al conocimiento general que tienen las partes el dato especial de que la sociedad a la que pertenecen ha llegado a un nivel de civilización que permite la efectiva realización de las libertades iguales que implica el primer principio. Rawls supone que lo más racional es que los hombres reconozcan en la posición original que el primer paso de la teoría de la justicia debe ser una distribución igualitaria, exigiendo iguales libertades básicas para todos, tanto como una equitativa igualdad de oportunidades y una igual división del ingreso y la riqueza. Pero, matiza, siempre que se mantenga firme la prioridad de las libertades básicas y de la equitativa igualdad de oportunidades, no hay razón para que este principio expuesto sea definitivo. Pasa, entonces, a la posterior concepción de sus principios de justicia donde modifica la igualdad exigida en la distribución del ingreso y la riqueza a la aceptación de una distribución que permita cierta clase de diferencia: cuando beneficie a todos o a los más desaventajados³².

³¹ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition, op. cit.*, p. 54 - [p. 84].

³² Entiende que la sociedad debería tener en cuenta la eficiencia económica y los requerimientos de la organización y la tecnología, ya que «si hay desigualdades en el ingreso y la riqueza, y diferencias en autoridad y grado de responsabilidad, que ope-

Los principios de justicia son los siguientes:

«1. Toda persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente válido de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.

2. Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones. En primer lugar, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en igualdad de oportunidades; en segundo lugar, deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad.»³³

De esta manera, reserva para los dos primeros principios en su orden lexicográfico el principio de la igualdad, e introduce para la distribución de los ingresos y la riqueza el principio de diferencia. Y recuerda que, en una teoría completa sobre la justicia, debe haber primero un acuerdo sobre estos principios de justicia para la estructura básica de la sociedad, pero luego también sobre los principios para las personas³⁴, para el derecho internacional³⁵ y, por último, sobre las reglas de prioridad entre éstos.

Así, los principios de justicia que se refieren a la estructura básica de la sociedad son dos. El primero, el principio del esquema más amplio de libertades básicas iguales para todos y, el segundo, que implica dos partes y que, como consecuencia del orden lexicográfico que les impone, es posible independizarlos en un segundo principio de la igualdad de oportunidades y un *tercer* principio de justicia llamado el principio de diferencia. O, como se dice generalmente, la primera parte del segundo principio, la igualdad de oportunidades, y la segunda parte del segundo principio, el principio de diferencia. Hablar de un segundo y de un tercer principio, al menos para facilitar la explicación, se fundamenta porque Rawls parte de la idea de que las dos partes del segundo principio tienen sentidos naturales e independientes, mientras que el primer principio de igual libertad tiene siempre el

ran para mejorar a cada uno en comparación con el punto de partida de la igualdad, ¿por qué no permitirlos?». Ídem, p. 131 - [p. 178].

³³ RAWLS, J., «Las libertades fundamentales y su prioridad», en MCMURRIN, S. (ed.), *Libertad, igualdad y derecho. Las Conferencias Tanner sobre filosofía moral*, op. cit., pp. 1 a 87. La definición de los principios de justicia rawlsianos ha sufrido diferentes formas y redacciones a lo largo de los trabajos previos de *A Theory of Justice* de 1971 y en todos los posteriores. La versión más consolidada es la de las Conferencias Tanner de 1981, donde responde especialmente a Hart. RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised edition*, op. cit., p. 53 - [p. 82]. Véanse versiones de sus principios en «Distributive Justice», en FREEMAN, S., *John Rawls: Collected Papers*, op. cit., pp. 130-153; «Distributive Justice: Some Addenda», *Natural Law Forum*, núm. 13, 1968, pp. 51-71; «Some Reasons for the Maximin Criterion», *American Economic Review*, núm. 64, 1974, pp. 141-146, y «Reply to Alexander and Musgrave», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 88, 1974, pp. 633-655.

³⁴ Rawls se detiene especialmente en los principios que se aplican a las personas, como las exigencias y los permisos. RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., pp. 96-100 - [pp.135-140] y pp. 301 y ss.- [pp. 383 y ss.].

³⁵ RAWLS, J., *El derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»*, op. cit.

mismo sentido. Y distingue que el segundo principio de justicia, tanto la igualdad de oportunidades como el principio de diferencia, pueden ser analizados desde cuatro interpretaciones diferentes: el sistema de la aristocracia natural, de la libertad natural, de la igualdad liberal y de la igualdad democrática. Rawls adopta para su teoría de la justicia como equidad la interpretación de la igualdad democrática, que llama *interpretación democrática*, ya que permite tratar a todos los hombres como iguales en tanto personas morales y no deja lugar a las arbitrariedades criticadas en los otros sistemas³⁶.

4. CUARTO CONCEPTO CLAVE: EL MÁS AMPLIO SISTEMA DE LIBERTADES BÁSICAS PARA TODOS. EL PRIMER PRINCIPIO DE JUSTICIA

El primer principio de la teoría de justicia rawlsiana trata sobre la libertad, pero dibujada con matices desde cada una de las formulaciones que fue haciendo el mismo Rawls a lo largo del tiempo, reelaborando sus principios y respondiendo a críticas que se le hacían. La versión más definitiva es la que realizó reelaborando su *Tanner Lecture* de 1981 sobre las libertades y su prioridad a la luz de las importantes críticas que recibió, como la de Hart, y donde entiende que *toda persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente válido de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos*³⁷.

De todas formas, la libertad rawlsiana puede ser explicada desde tres aspectos: desde los agentes que son libres, desde las restricciones y limitaciones de los que están libres y desde lo que las personas libres pueden hacer o no hacer. Así, la descripción general de la libertad implica que «ésta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de ésta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) esto y aquello»³⁸. Las restricciones o impedimentos a los que se refiere pueden ser desde obligaciones y deberes establecidos por el ordenamiento jurídico, por la opinión pública o presiones sociales. Rawls aclara que se refiere generalmente a restricciones o impedimentos constitucionales o jurídicos, que son los que están determinados por una estructura de instituciones con reglas públicas que establecen derechos y deberes. Implica un hacer o conducta positiva a la vez que una negativa o de abstención, porque entender a la libertad como caracterizada por un intrincado complejo de derechos y deberes indica no sólo que las personas pueden hacer o no hacer algo

³⁶ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 57 - (p. 65) - [p. 87].

³⁷ RAWLS, J., «Las libertades fundamentales y su prioridad», op. cit., p. 13.

³⁸ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 177 - [p. 235].

sino que los gobiernos y las otras personas tienen la obligación legal de no impedirlo³⁹.

Sin entrar en grandes detalles sobre los caracteres de la libertad, Rawls aclara que las libertades tienen que ser evaluadas como un sistema único —*esquema más extenso*—, ya que generalmente el valor de cada una de las libertades depende de la especificación de las otras⁴⁰. Con lo que supone que es sencillo identificar si una institución o una ley restringen o meramente regulan dicha libertad, teniendo en cuenta que los límites están ligados al cumplimiento de los dos principios y al orden lexicográfico entre ellos.

Rawls analiza que este principio puede ser violado o, dicho de otra manera, la libertad es *desigual* cuando una clase de personas tiene mayor libertad que otra, o la libertad es menos extensa de lo que debería ser. Todas las libertades de igual ciudadanía tienen que ser iguales para cada miembro de la sociedad, aunque algunas pueden ser más extensas que otras, ya que se amplían o restringen de acuerdo al modo en que se interinfluencian. Pero una libertad básica enmarcada en el primer principio sólo admite ser restringida para asegurar que la misma libertad u otra libertad básica distinta sean protegidas, y para ajustar el sistema de libertades que depende de la definición y extensión de las libertades particulares, todo ello evaluado desde la posición relevante del ciudadano representativo.

Rawls pretende con su propuesta reconciliar la libertad y la igualdad mediante su modelo de justicia como equidad, diferenciando entre la *libertad* y el *valor de la libertad*. La libertad está representada por el sistema completo de libertades de igual ciudadanía y el valor de la libertad de las personas y los grupos depende de su capacidad para promover sus fines dentro del marco que el sistema define, y se identifica con la posición social relevante de *igual ciudadanía*⁴¹. Pero, advierte, es el *valor* de la libertad el que no es igual para todos; ya que algunas personas estarán más preparadas para desarrollar sus planes racionales de vida porque tendrán mayor autoridad y riqueza. Y, es este menor valor de la libertad el que requiere la compensación que se gestiona a través de su principio de diferencia. Así, compensar el *menor valor de la libertad* es diferente a compensar una *libertad des-*

³⁹ *Idem*, p. 177 - [p. 235].

⁴⁰ La vaguedad con que Rawls define los tipos y los caracteres de las libertades básicas ha suscitado grandes críticas. Véase BOWIE, N., «Equal Basic Liberty for All», en Blocker, G. y Smith, E. (ed.), *John Rawls' Theory of Social Justice. An Introduction*, op. cit., pp. 110-131; HART, H.L.A., «Rawls on Liberty and its Priority», en Daniels, N. (ed.), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, Basic Books, New York, 1975, pp. 230-252; SCANLON, T., «Rawls' Theory of Justice» en Daniels, N. (ed.), *Reading Rawls...*, op. cit., pp. 170-185 y WOLFF, R.P., *Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de la Teoría de la Justicia*, trad. de M. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 86.

⁴¹ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., pp. 178-179 - [pp. 236-237].

igual, que no podría darse mientras se cumpla el esquema más extenso de libertades básicas para todos⁴². De todas formas, el análisis que realiza de la libertad es bastante abstracto, tanto en *A Theory of Justice* como en *Political Liberalism* y sólo discute alguna de las modalidades de la libertad a modo de ejemplo, como la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento, la libertad política y la libertad de las personas⁴³. Por ejemplo, sostiene que lo más racional es que las partes elijan principios que aseguren la integridad de su libertad religiosa y moral, ya que no saben cuáles van a ser las específicas convicciones que cada uno va a tener. Y, coherente con este modelo, interpreta que el Estado no puede favorecer ni impedir ninguna idea moral o religiosa, con lo cual rechaza la noción de Estado confesional⁴⁴. Particular énfasis hace respecto al principio de igual participación, que requiere que todos los ciudadanos tengan el mismo derecho a decidir y participar del proceso constitucional estableciendo las leyes que tendrán que obedecer⁴⁵.

5. QUINTO CONCEPTO CLAVE: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. EL SEGUNDO PRINCIPIO DE JUSTICIA

El segundo principio de justicia establece que *las desigualdades sociales y económicas deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en igualdad de oportunidades... (y suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad)*⁴⁶. Así, en su modelo de justicia como equidad la sociedad es pensada como una sociedad cooperativa para beneficio mutuo, donde la estructura básica es un sistema público de reglas que define un esquema de actividades, permitiendo a los hombres actuar conjuntamente para producir mayores beneficios y compartir los resultados de acuerdo a las pretensiones según las expectativas legítimas de cada uno.

La función del principio de equitativas oportunidades implica asegurar que el sistema de cooperación sea de justicia procedimental pura; con lo que se asegura que el procedimiento sea justo y por ende también los resultados, evitando el gran problema de definir principios sobre el concepto de lo justo⁴⁷. Lo que se juzga es la configuración de la estructura social básica y desde la posición de un representante relevante colocado en una situación particular. De esta forma, la

⁴² Véase DANIELS, N., «Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty», en Daniels, N. (ed.), *Reading Rawls...*, op. cit., pp. 253 a 281.

⁴³ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 180 - [p. 238].

⁴⁴ *Idem*, p. 183 y pp. 189-194 - [p. 241 y pp. 249-255]. Véase SCANLON, T., op. cit., pp. 186 a 191.

⁴⁵ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 197 - [p. 259].

⁴⁶ RAWLS, J., «Las libertades fundamentales y su prioridad», op. cit., p. 13.

⁴⁷ Rawls, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., pp. 74-76 - [pp. 108-111].

asignación y distribución de bienes se hará de acuerdo con el sistema público de normas que es el que va a decidir las reglas procedimentales de qué se produce, de qué forma, cuáles son las demandas legítimas y cómo se hará la distribución. Este modelo de justicia procedimental pura es para Rawls el modelo procedimental justo que permite la igualdad frente a sistemas que privilegian la eficiencia como el modelo del utilitarismo clásico, donde la justicia se convierte en una clase de eficiencia.

Por consiguiente, la propuesta rawlsiana tiene un fuerte contenido formalista, con la preocupación por una justicia procedimental pura y la relación con la estructura de cargos y posiciones sociales ligadas directamente a las posiciones sociales relevantes: de igual ciudadanía respecto a la libertad y de más o menos aventajados respecto a la distribución del ingreso y la riqueza⁴⁸.

6. SEXTO CONCEPTO CLAVE: EL PRINCIPIO DE DIFERENCIA Y LAS DESIGUALDADES SOCIOECONÓMICAS. EL TERCER PRINCIPIO DE JUSTICIA

El tercer principio de justicia exige que *las desigualdades sociales y económicas deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad (a la par que estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en igualdad de oportunidades)*⁴⁹. Rawls considera que el principio de diferencia es fuertemente igualitario, ya que *a menos que haya una distribución que mejore a las personas, una distribución igual será preferida*⁵⁰. Esta especial distribución, que prefiere a una estrictamente igualitaria y que implica el principio de diferencia, será aquella que permita a ambos extremos de mejor y peor situados beneficiarse, y que condiciona el beneficio de unos a que los otros también lo hagan o, dicho de otra manera, no permite que el beneficio de unos redunde en perjuicio de otros. Así, este principio justifica las desigualdades siempre que operen en beneficio del hombre representativo peor colocado, por lo que la desigualdad en

⁴⁸ Aunque Rawls considera que «quienes están en el mismo nivel de talentos y habilidades, y tienen la misma disposición para usarlos, deberían tener las mismas probabilidades de éxito haciendo caso omiso de su lugar inicial en el sistema social», incluye a la salud, los talentos y las capacidades como bienes naturales. Por una parte, se preocupa por los efectos negativos que los talentos innatos diferentes producen en la calidad de vida de las personas, pero sólo en cuanto se manifiesten como desventajas sociales. Y, por otra, no pretende corregir las desventajas naturales ni igualar desde ellas. RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 63 - [p. 94]. Véase también la discusión acerca del caso Chamberlain que sugiero en nota 26.

⁴⁹ RAWLS, J., «Las libertades fundamentales y su prioridad», op. cit., p. 13.

⁵⁰ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit. p. 66 - [p. 98].

las expectativas son permitidas sólo si al disminuirlas se empeora aún más a los menos favorecidos⁵¹.

A su vez, el principio de diferencia es compatible con el de eficiencia, ya que satisfecho el primero, es imposible mejorar a algún hombre representativo sin empeorar a otro, como el hombre representativo de los peores aventajados cuya situación se intenta maximizar. Define a la justicia, así, como consistente con la eficiencia en las situaciones en que ambos principios están plenamente satisfechos. Y le reconoce primacía a la justicia sobre la eficiencia, en el sentido que aquella puede requerir ciertos cambios que no se consideren eficientes pero sí justos, aunque la consistencia entre justicia y eficiencia se obtiene solamente en el sentido que un esquema perfectamente justo sea también eficiente. En realidad, lo que garantiza este principio es que se permite una *diferencia* en la posesión de renta y riqueza entre las personas, provocando que unas estén más y otras menos aventajadas, siempre que esta diferencia beneficie en algo a los menos aventajados. Rawls no está diciendo que la distribución se realice hasta cuando los menos aventajados no puedan beneficiarse más ni, al menos, hasta cuando satisfagan sus necesidades básicas, sino que esa distribución desigualitaria les tiene que beneficiar *de alguna manera*, presuponiendo que siempre se estarán barajando situaciones que no son igualitarias. No implica, por lo tanto, que fijado el principio de diferencia, los menos aventajados no podrían beneficiarse más (o al menos disminuir su desventaja), porque es lógico que lo harían si se redistribuyeran más recursos entre ellos, teniendo en cuenta que incluso Rawls afirma que las necesidades básicas podrían estar aún insatisfechas aunque se cumpla el principio de diferencia. El límite está marcado en que la distribución no les tiene que perjudicar más, a nadie, ni a los más aventajados ni a los menos aventajados, que es lo que conlleva el Óptimo de Pareto, aunque no sea la distribución que más les beneficie ni la más igualitaria posible⁵².

Cohen insiste en que Rawls al decir que la desigualdad está justificada cuando tiene el efecto de que aquellos que están peor estén mejor de lo que estarían si desapareciera la desigualdad, no sólo afirma que la desigualdad está justificada sino que es justa, *en la medida* en que

⁵¹ *Idem*, p. 68 - [p. 100]. Véanse VAN PARIJS, P., *¿Qué es una Sociedad Justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, op. cit., p. 20, y «Difference Principles» en FREEMAN, S. (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 200 a 240.

⁵² Deja paso también a la discusión sobre si vamos a permitir que muchas/pocas personas empeoren en mucho su situación o que muchas/pocas personas que están mucho peor que las otras empeoren sólo un poco, que se vincula con la discusión ética acerca de *si importan los números*. Véase GARZÓN VALDÉS, E., «Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?», en BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, pp. 13-58. SANDERS, J., «Why the Numbers Should Sometimes Count», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, núm. 1, 1988, pp. 3 a 14, y TAUREK, J., «Should the Numbers Count?», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, núm. 4, 1977, pp. 293 a 316.

mejora a los que peor están y *porque es necesaria* para ello, en virtud de la influencia benigna que sobre la motivación productiva tienen los incentivos materiales asociados a la desigualdad económica⁵³. Rawls hace una justificación normativa de la desigualdad (o de alguna forma de desigualdad), aunque Cohen advierte que la desigualdad rawlsiana está mejor caracterizada como una defensa meramente fáctica de la desigualdad. Rawls no muestra que la desigualdad basada en el incentivo sea justa, según su propia concepción de justicia, sino, a lo sumo, que es lamentablemente *inevitable*. Rawls no cree que la igualdad sea posible porque para *hacer/mantener/permitir* la igualdad se requeriría de una coacción masiva tan grande que se violarían otros valores primordiales, con lo que entonces mejor resulta defender la desigualdad; no porque eliminar la igualdad sea fútil, sino porque pone en peligro valores más importantes⁵⁴. Pero, como observa Cohen, es cuestionable una argumentación que se basa en la necesidad de los incentivos económicos para lograr una motivación productiva, y critica en qué medida estos incentivos son *realmente necesarios* para producir más y redundar en beneficio a los que menos tienen. Sugiere que si fuéramos estrictos interpretando la consigna rawlsiana de que las desigualdades son permitidas *en la medida en que fueran necesarias* no habría casi casos que quedaran contemplados⁵⁵.

Dentro del análisis del principio de diferencia, también es relevante profundizar en la estrategia que utiliza para explicar como funciona el dinamismo interno del principio, que llama la *conexión en cadena*, especialmente en el sentido de que «si el principio de la diferencia se satisface todos son beneficiados». Esto implica mejora respecto al acuerdo de igualdad inicial, que en tanto el beneficio efectivamente se produzca para todos las ganancias respecto a la situación hipotética de igualdad son irrelevantes. Así, las expectativas no se mueven de manera independiente sino que están conectadas entre sí, «el hombre representativo que está mejor situado, en una comparación hecha en ambos sentidos, gana por las ventajas que se le ofrecen, y el que está peor gana por las contribuciones que estas desigualdades producen»⁵⁶. Lo importante de las conexiones en cadena es que si las contribuciones de los más favorecidos se extienden a lo largo de toda la sociedad en general se benefician los menos aventajados y también los sectores intermedios, con lo que si se promueve a las clases más desfavorecidas se estaría promoviendo a todos los ciudadanos.

⁵³ COHEN, G.A., «¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades», *op. cit.*, p. 28.

⁵⁴ COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, trad. de L. Arenas Llopis y O. Arenas Llopis, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 164-162.

⁵⁵ Véase COHEN, G.A., «Incentives, Inequality, and Community» en DARWAL, S. (ed.), *Equal Freedom. Selected Tanner Lectures on Human Values*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1995, pp. 331 a 397 (1991), y *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, *op. cit.*, pp. 159 a 180.

⁵⁶ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, *op. cit.*, pp. 70-71 - [p. 102-104].

Por ello, Rawls recurre a un principio más general que llama *principio de diferencia lexicográfico*, que implica que en una estructura social básica con determinados representantes relevantes, primero se maximice el bienestar de las personas representativas de los peor situados. Luego, cuando se alcance igual bienestar en éstos, se maximice el bienestar de los representantes de los segundos peor situados, y cuando se halla alcanzado igual bienestar en todos ellos, seguir hasta llegar a los representantes de los más aventajados cuyo bienestar se maximiza sólo cuando el bienestar de todos los otros ha sido maximizado⁵⁷. Es curioso como Rawls hace un planteo más igualitario del principio de diferencia a través de este especial principio de diferencia *lexicográfico*, pese a que no lo retoma al redefinir el segundo principio por considerar que no es necesario.

Sin embargo, la idea de que tanto los beneficios como los perjuicios en una estructura económica de mercado siempre se encuentran relacionados y en mutua influencia ha sido objeto de variadas críticas. Barry recuerda que esta idea era la que en el siglo XIX constituía la piedra de toque de los autores económicos cuando se referían a los trabajadores advirtiéndoles que todo intento por mejorar su situación *a costa* de otros les llevaría a resultados que luego perderían⁵⁸. Lo único que conlleva la conexión en cadena es hacer a los pobres menos pobres haciendo a los ricos más ricos, y que sólo se podría hacer menos ricos a los ricos depauperando más a los pobres; ya que la única posibilidad de aplicar principios de distribución sería eligiendo entre políticas alternativas que fueran beneficiosas para todo el mundo y no sería posible deducir que la distribución del ingreso resultara la deseada. Otra consideración relevante es la forma en que se puede vivir la desventaja o las ventajas supuestamente encadenadas. Las personas que se encuentren en situaciones de necesidades básicas satisfechas tendrán mejor capacidad física para afrontar situaciones de desventaja que los que ya se encontraban en situaciones de necesidades insatisfechas, con lo que una pequeña desmejora en quienes ya estaban desmejorados puede ser mucho peor que una importante desmejora en quienes estaban más aventajados. A la vez, una pequeña mejora en quienes están aventajados no representa en términos de utilidad marginal una situación de ascenso en su calidad de vida, en cambio puede redimensionarse sustancialmente comparado con lo que significaría en la calidad de vida de los menos aventajados.

De todas maneras, el *principio de diferencia lexicográfico* queda aparcado y lo que empezó como una conexión en cadena *desde abajo*, y que prometía una solución más igualitaria, quedó sólo en una conexión en cadena *desde arriba*, desde los más aventajados hacia los menos aventajados y, por ende, con amplias posibilidades de conllevar a conclusiones desigualitarias.

⁵⁷ *Idem*, p. 72 - [p. 105].

⁵⁸ BARRY, B., *op. cit.*, p. 117.

7. SÉPTIMO CONCEPTO CLAVE: JUSTICIA ENTRE GENERACIONES Y SISTEMAS DE MERCADO

Rawls expone la *justicia entre generaciones* o el problema del *ahorro justo* estudiándolos desde los principios de justicia, especialmente desde el principio de la diferencia y desde el principio de la igual libertad. Sostiene que las generaciones actuales desean obtener libertades semejantes para sus descendientes, y como prefieren el principio de la igual libertad para sí mismos, también lo desean para las generaciones futuras, ya que suponen que aquéllos también querrán tener asegurada la libertad. A este análisis le denomina *el principio del paternalismo*, porque es el que va a guiar las decisiones que se tomen en nombre de otros, en este caso, de las próximas generaciones⁵⁹.

Rawls se detiene especialmente en el tema de las *porciones distributivas*, específicamente en torno a la pregunta de hasta dónde la generación presente está obligada a respetar las demandas de sus sucesores. La expectativa apropiada, para Rawls, al aplicar el principio de la diferencia es que las perspectivas a largo plazo de los menos favorecidos se extiendan a las generaciones futuras. Así, cada generación no sólo debe mantener las ventajas de su cultura y su civilización y cuidar aquellas instituciones justas que han sido establecidas, sino también producir en cada período de tiempo una adecuada cantidad de acumulación de capital real⁶⁰. Aunque el asunto es complejo y Rawls no lo da respuestas definitivas, el objetivo del ahorro para generaciones futuras se centra en el proceso de acumulación, en llegar a un estado de sociedad con una base material suficiente para establecer efectivamente instituciones justas dentro de las cuales las libertades básicas puedan ser realizadas⁶¹.

Rawls analiza también sus principios como una concepción de economía política, profundizando especialmente en su segundo principio y en el esquema de instituciones que requiere dentro de un modelo de Estado moderno. Desde el punto de vista de su teoría de la justicia, satisfacen sus principios tanto las estructuras básicas de las economías de propiedad privada como las economías socialistas. Lo imprescindible es que la doctrina de economía política de que se trate incluya una interpretación del bien público basado en una concepción de justicia; ya que el efecto de la legislación económica y social es determinar la estructura básica de la sociedad que es donde se aplica su modelo de justicia como equidad. Así, «un sistema económico no es solamente un mecanismo institucional para satisfacer los deseos y necesidades existentes, sino un modo de crear y adaptar los deseos en

⁵⁹ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 254 - [p. 326].

⁶⁰ Véase la crítica en BARRY, B., op. cit., p. 50.

⁶¹ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 255 - [p. 327].

el futuro»⁶², porque según la forma en que trabajen los hombres para satisfacer sus deseos presentes se afectarán los deseos que tengan luego y la clase de personas que serán. Por ello, la elección de estas instituciones supone una concepción del bien humano que se hace sobre bases morales, políticas y económicas, y no sólo sobre consideraciones de eficiencia.

Rawls también plantea algunos problemas morales de la economía política relacionados a la justicia como equidad, particularmente conectados con el sector público y con la forma adecuada de las instituciones que regulan las actividades económicas. Distingue dos aspectos del sector público que permiten apreciar la diferencia entre una economía de propiedad privada y otra de propiedad socialista. Uno se refiere a la propiedad de los medios de producción, que se amplía enormemente en modelos socialistas y se restringe a casos muy especiales en los de propiedad privada⁶³. Y el otro aspecto se refiere a los caracteres de los bienes públicos, bienes cuya cantidad no puede dividirse según las preferencias, que se distribuye entre las personas según la clase especial de bien público que sea y dependiendo del grado de indivisibilidad que el mismo permita, y que la provisión de los mismos debe ser convenida mediante el proceso político y no mediante el mercado. Rawls analiza dos aspectos problemáticos de los bienes públicos, como la situación del *free-rider* y las *externalidades* y, en ambos, resalta que es el Estado quien tiene que establecer las reglas para evitarlos. En el caso del *free-rider*, el sentido de la justicia nos conduce a promover esquemas justos y a cumplir nuestra parte cuando creemos que los otros, o un número suficiente de ellos, cumplirán la suya (lo que en circunstancias normales sólo se garantiza cuando hay una norma obligatoria y efectiva que lo exija). Y respecto a las *externalidades*, es el Estado quien debe limitar los costes sociales marginales negativos que generalmente las cuentas privadas y el mercado registran erróneamente⁶⁴.

En síntesis, Rawls concluye que su objetivo es establecer un régimen democrático en el cual la tierra y el capital sean poseídos de manera amplia pero no igual y analiza como un esquema ideal la concepción de una economía competitiva regulada adecuadamente y con sus instituciones básicas apropiadas; que permite mostrar, a su vez, cómo los dos principios de justicia pueden ser realizados, tanto desde una economía de propiedad privada como desde un régimen socialista⁶⁵.

⁶² *Idem*, p. 229 - [p. 296].

⁶³ *Idem*, p. 235 - [p. 301]. La propiedad de los bienes que no sean medios de producción queda completamente clara al estar incluida como una de las libertades fundamentales en el primer principio. MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *op. cit.*, p. 172.

⁶⁴ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, *op. cit.*, p. 242 - [p. 312].

⁶⁵ *Idem*, p. 272 - [p. 348].

8. OCTAVO CONCEPTO CLAVE: LA PRIORIDAD DE LA LIBERTAD Y LOS INTERCAMBIOS NEGADOS. LA PRIORIDAD DE LA JUSTICIA SOBRE LA EFICIENCIA

Rawls presenta sus dos principios de justicia aplicables a la estructura básica de la sociedad, no sólo como una idea posible sino también como la más racional, ya que la valora como la *maximin solution* al problema de la justicia social. Establece una relación entre los dos principios y la *maximin rule* para escoger cuando hay incertidumbre, y aunque reconoce que no sería la más adecuada la considera válida bajo especiales condiciones como las descritas en la posición original.

La *maximin rule* es la regla que señala que tenemos que elegir o jerarquizar las alternativas conforme a los peores resultados posibles, debiendo «adoptar la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las otras alternativas»⁶⁶. Rawls la explica diciendo que los principios de justicia que él propone son la solución maximin porque son los principios que debería elegir una persona racional si le dijeran que su lugar en la sociedad lo va a determinar su enemigo, aunque no suponga que éste sea un oponente malévolo. Esto permite visualizar, pese a no ser real, el que sea posible ocupar cualquier lugar en la sociedad y por ello la necesidad de elegir las soluciones máximas, que a su vez son el *minimum* que están dispuestos a tolerar⁶⁷. Lo que Rawls pretende demostrar es que esta concepción de justicia garantiza un *mínimum satisfactorio* asegurado por los dos principios de justicia en orden lexicográfico y que «no es algo que las partes deseen arriesgar con el fin de mayores ventajas económicas y sociales»⁶⁸. Así, advierte Barry, uno de los fines de la prioridad de la libertad es no permitir que las personas tengan posibilidades de realizar intercambios *aunque quieran*. Por ello entiende que si las partes en la posición original supieran que éste es un deseo que podrían tener, sería *irracional* que descartaran esta posibilidad, con lo que la racionalidad de optar por el orden lexicográfico supone que el caso del deseo del intercambio nunca va a presentarse⁶⁹.

De todos modos, la forma que Rawls escoge para hacer funcionar sus principios de justicia como criterios de justicia, pasa por un esque-

⁶⁶ *Idem*, p. 133 - [p. 181].

⁶⁷ Barry sostiene que no es racional seguir un curso de acción máximo-mínimo a menos de que alguien reaccione a mis opciones de forma tal que me perjudique, con lo que pueden resultar más racionales otros sistemas para combinar las probabilidades. BARRY, B., *op. cit.*, p. 94, y MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *op. cit.*, p. 159.

⁶⁸ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition, op. cit.*, p. 135 - (p. 156) - [p. 184].

⁶⁹ Para Barry lo que no queda claro es a qué intercambios se refiere Rawls, si a «uno donde las libertades de A son coartadas a fin de suministrar beneficios adicionales a B (quien posee ya un conjunto completo de libertades), o si el caso contemplado es uno donde A accede gustoso a intercambiar parte de sus libertades por beneficios sociales más altos de los que de otro modo obtendría». BARRY, B., *op. cit.*, pp. 110-113.

ma de prioridades donde jerarquiza al principio de igual sistema de libertades básicas, al principio de equitativa igualdad de oportunidades y al principio de diferencia, en ese orden respectivamente. Para ello, establece dos sistemas de prioridades, la prioridad lexical y la prioridad condicional, con importantes consecuencias derivadas de cada una de ellas. De alguna manera, estas prioridades manifiestan la puja entre justicia y eficiencia y entre los valores de igualdad y libertad, que Rawls diversifica en igualdad, reciprocidad y fraternidad.

Para justificar la prioridad de la libertad, Rawls parte de la idea de justicia formal, que prefiere llamarla *justicia como regularidad*, y que entiende como la administración regular e imparcial de normas públicas, y por ende justas. La libertad se relaciona, así, fuertemente con el imperio de la ley, ya que «un sistema legal es un orden coercitivo de reglas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular sus conductas y proveer el marco para la cooperación social»⁷⁰. Estos preceptos sólo garantizan la administración regular e imparcial de las normas, que es la legalidad, pero no garantizan un contenido de justicia, ya que imponen límites imprecisos a la estructura básica.

De esta forma, los argumentos para restringir la libertad proceden del principio de libertad en sí mismo, a través de la concepción de justicia de un régimen democrático constitucional, que está constituido, a su vez, por una concepción común de la justicia como equidad. La prioridad de la libertad implica, entonces, la precedencia del principio de igual libertad sobre el segundo principio de justicia, porque como ambos se encuentran ordenados lexicográficamente, las demandas de libertad deben ser satisfechas primero. Lo que Rawls rechaza absolutamente es el *intercambio* entre ganancias sociales y económicas y las libertades. El tema central, advierte Barry, es que esta *doctrina oficial* de Rawls sólo puede aceptarse si a las ganancias económicas y a las riquezas se las valora de forma infinitesimal en relación con la libertad, con lo que parecería adecuado caer de la opulencia a la pobreza a los efectos de lograr una pequeñísima ganancia en libertad. Como señala Bidet, la idea general de la teoría rawlsiana es la *inalienabilidad* de la libertad, que la protege del peligro de situarla a la par de otros valores y, especialmente, para que no se funda en la noción de utilidad. Pero advierte que la idea de *no negociabilidad* de la libertad también puede permitir *negociar* la igualdad a costa de la libertad⁷¹, con lo que se antepondrían las libertades a las cuestiones de justicia socioeconómica y se dejaría de lado el importante debate sobre si sólo superando las injusticias socioeconómicas de los más desfavorecidos

⁷⁰ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition, op. cit.*, p. 207 - [p. 270].

⁷¹ Una de las amenazas típicas a la libertad, recuerda, y de la que también se la protege con la prioridad, es la dominación de una mayoría sobre una minoría, pero ésta no debe hacer olvidar otra que es más relevante por sus efectos: la amenaza *estructural* de opresión y de dominación de los poderosos sobre la mayoría. BIDET, J., *op. cit.*, p. 29.

-que son quienes están más privados de ella- se les podría garantizar la libertad a toda la sociedad⁷².

Rawls plantea, entonces, que la libertad sólo puede restringirse en favor de la misma libertad y en dos casos específicos, en el caso de libertades menos extensas aunque iguales o de libertades desiguales, en los cuales la limitación se justifica teniendo en cuenta el sistema total de libertades iguales. Hart insiste que no queda claro teóricamente cuándo es posible limitar la libertad por razón de la libertad en sí misma. Entiende que hay una inconsistencia entre proclamar un igual derecho a las más extensas libertades pero sujetarlo a un régimen de prioridad en el cual no hay forma de restringirla o limitarla para obtener mayores beneficios económicos, pero sí es posible por causa de la libertad en sí misma⁷³. Advierte, igualmente, que cuando se habla de las mayores libertades iguales, Rawls se refiere a las libertades básicas que ha enumerado de manera muy ligera, lo que conlleva dificultades en la interpretación. Y realiza una distinción entre las clases de circunstancias que pueden justificar o excusar una restricción de libertad, limitaciones naturales y accidentes de la vida humana o contingencias históricas y sociales, hasta disposiciones sociales o conductas de los individuos. Esto implica, para Hart, que una sociedad en libertad le confiere a los hombres las ventajas de la libertad, pero también los expone a las desventajas que la práctica de estas libertades por otras personas puede acarrearles y que incluyen no solamente los casos que Rawls pone de ejemplo mencionando las interferencias con las libertades básicas de otros individuos, sino también diferentes formas de daño, dolor o sufrimiento, que pueden incluir hasta la destrucción de formas de vida social. Por ello, intercambiar o no alguna libertad en especial depende de las ventajas que el ejercicio de esa libertad le dé a la persona, sopesando las distintas desventajas que le signifique la práctica de esa libertad por otros⁷⁴.

De todos modos, Rawls admite que puede ser necesario, a veces, renunciar a alguna libertad cuando es preciso transformar una sociedad menos afortunada en otra en la cual todas las libertades básicas puedan ser plenamente disfrutadas, debido a que bajo condiciones que en el presente no pueden ser cambiadas, podría no haber otra forma de instituir el efectivo ejercicio de estas libertades⁷⁵. La prioridad de la libertad para Rawls, entonces, está ligada a una condición que no es

⁷² Para Barry, la prioridad de la libertad implica que «la superioridad más nimia del primer principio supera cualquier clase de superioridad en el segundo, y la mejora más nimia en el primer principio justifica cualquier pérdida en el segundo». Wolff considera que esto implica dar prioridad a la esencia del sistema de igualdad legal y política del capitalismo industrial de finales del siglo XVIII y del XIX sobre las normas de justicia social que atenúan las desigualdades y las injusticias de aquel sistema. BARRY, B., *op. cit.*, p. 66 y WOLFF, R.P., *op. cit.*, p. 83.

⁷³ HART, H.L.A., *op. cit.*, pp. 231-237.

⁷⁴ *Idem*, pp. 247 y 248.

⁷⁵ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition, op. cit.*, p. 218 - [pp. 283].

insignificante, ya que implica que siempre que las libertades básicas *puedan ser efectivamente establecidas*, una menor o una desigual libertad no puede ser cambiada por una mejora del bienestar económico». Solamente cuando las circunstancias sociales no permitan el efectivo establecimiento de los derechos básicos puede ser concedida su limitación, y siempre que estas restricciones se concedan *solamente* en la *extensión* necesaria para que *oportunamente* estas libertades puedan ser disfrutadas⁷⁶. Rawls diferencia entre la idea de *libertades efectivas* y *libertades ejercidas*, observa Barry, reconociendo que las libertades básicas adquieren valor en la medida en que pueden ser efectivamente ejercidas, establecidas o realizadas, que las condiciones de efectividad son materiales y que la riqueza tiene valor sólo en la medida en que implica las condiciones materiales para ese ejercicio efectivo de las libertades básicas⁷⁷.

Igualmente, Rawls supone la prioridad de la justicia sobre la eficiencia, entendiendo que los individuos en la posición original, para considerar los arreglos económicos y sociales, acordaron un principio de eficiencia que remite directamente al concepto de óptimo de Pareto⁷⁸. De esta forma, una distribución será eficiente si no existe otra redistribución que mejore las circunstancias de al menos una persona sin que al mismo tiempo otra se perjudique y será ineficiente cuando sea posible hacerlo mejor para algunos individuos sin perjudicar a alguien. A la vez, este principio puede ser aplicado a la estructura básica de la sociedad en relación a las expectativas de los hombres representativos. Así, un sistema de derechos y deberes será eficiente «si y sólo si es imposible cambiar las reglas y redefinir el esquema de derechos y deberes, a fin de elevar las expectativas de algún hombre representativo (al menos uno) sin que al mismo tiempo disminuyan

⁷⁶ *Idem*, p. 132 - [p. 180].

⁷⁷ Por ello, «ninguna cantidad de libertad básica, por más grande que sea, produce libertad efectiva alguna a menos de que sea combinada con algún nivel mínimo fijo de riqueza, y que más allá de ese mínimo nivel de riqueza ningún incremento en ella aumenta la libertad efectiva producida por alguna cantidad de libertad básica ... (con lo que) tenemos una relación multiplicativa en la que la libertad efectiva sería producto de la cantidad de libertad básica y la cantidad de riqueza, con la limitación de que, más allá de cierto punto, la riqueza adicional no incrementa más el producto». BARRY, B., *op. cit.*, pp. 83-85. Véase CAMPS, V., «Introducción» a RAWLS, John, *Sobre las Libertades*, trad. de J. Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1996, p. 18; AGRA ROMERO, M.J., *John Rawls: el sentido de justicia en una sociedad democrática*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 131, y MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *op. cit.*, p. 155.

⁷⁸ Brevemente, afirma que una configuración es eficiente siempre que sea imposible cambiarla de modo que algunas personas (al menos una) mejoren sin que al mismo tiempo otras personas (al menos una) empeoren. Sobre el Óptimo de Pareto, véase SEN, A., *La desigualdad económica. Edición ampliada con un anexo fundamental de James E. Foster y Amartya Sen*, *op. cit.*, p. 23 y *Elección colectiva y bienestar social*, trad. de F. E. Castillo, Alianza, Madrid, 1976, pp. 37 y ss. Véase COHEN, G. A., «The Pareto Argument for Inequality», *Social Philosophy and Policy*, vol. 12, 1995, núm. 1, pp. 160-185.

las expectativas de otro hombre representativo (al menos uno)»⁷⁹, pero manteniendo como lo exige el orden lexicográfico el principio de la igual libertad y de la igualdad de oportunidades. De todos modos, reconoce que es difícil compatibilizar la idea de justicia y de eficiencia, porque es posible encontrar que diferentes configuraciones de la estructura básica son eficientes, aunque cada una de ellas especifique diferentes modos de distribuir las ventajas sociales, con lo cual la gran pregunta es saber cuál de estas distribuciones es posible que sea eficiente y justa a la vez.

Finalmente, luego de la aplicación de las reglas de prioridad a los principios de justicia, de la prioridad de la justicia sobre la eficiencia y como consecuencia de los intercambios negados, Rawls reformula los principios de justicia y los ordena de la siguiente manera:

Primera Regla de Prioridad: Prioridad de la Libertad

Las libertades básicas pueden ser restringidas solamente por causa de la misma libertad. Hay dos casos:

(a) una libertad menos extensa debe fortalecer el sistema total de libertades compartido por todos,

(b) una libertad menor que la igual libertad debe ser aceptable por aquellos con menores libertades.

Segunda Regla de Prioridad: Prioridad de la Justicia sobre la Eficiencia y el Bienestar

El segundo principio de justicia es lexicográficamente anterior al principio de eficiencia y al que maximiza la suma de ventajas; y la equitativa oportunidad es prioritaria al principio de diferencia. Hay dos casos:

(a) una desigualdad de oportunidades debe mejorar las oportunidades de aquellos con menos oportunidades,

(b) una excesiva proporción de ahorro debe, en consideración, mitigar la carga de aquellos que la aguantan⁸⁰.

9. NOVENO CONCEPTO CLAVE: EL LIBERALISMO IGUALITARIO DE RAWLS. RECAPITULANDO, QUÉ TIPO DE IGUALITARISMO ES EL LIBERALISMO IGUALITARIO DE RAWLS

La teoría de la justicia rawlsiana concentra el eje discursivo (y conflictivo) sobre los valores básicos de nuestra cultura jurídica: la igualdad y la libertad, y la forma en que estos valores se relacionan y desarrollan en las instituciones sociales que nos regulan. Rawls opta formalmente por un modelo de justicia como equidad en el que el

⁷⁹ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, op. cit., p. 61 - [p. 92].

⁸⁰ *Idem*, p. 266 - [p. 341] y p. 220 - [p. 287].

criterio igualador es la igual posesión de bienes sociales primarios que se distribuyen mediante principios de justicia elegidos por personas racionales en una situación de imparcialidad reglada.

Pero la propuesta tiene serios inconvenientes; ya que estos recursos, imprescindibles para llevar a cabo un plan racional de vida, no se distribuyen todos *realmente* en igualdad. La igualdad se reserva para los derechos, las libertades y las oportunidades, dando lugar a la posición social relevante de igual ciudadanía que se regula mediante el principio de justicia de igual sistema de libertades básicas y el principio de la equitativa igualdad de oportunidades. En cambio, para los bienes sociales del ingreso y la riqueza, Rawls considera posible y conveniente permitir la desigualdad cuando sea para beneficio de todos o de los menos aventajados en un marco de eficiencia paretiana, conformando la posición social relevante del más y del menos aventajado contempladas por el segundo principio de justicia, el principio de diferencia. Estos principios, jerarquizados mediante un sistema de prioridad lexical, combinan igualdad formal sólo para las libertades básicas admitiendo cierto grado, al menos, de desigualdad real respecto a los bienes sociales de ingreso y riqueza, con lo que el resultado es una estrategia poco igualitaria y, también, poco liberal. O, mejor dicho, que no resulta coherentemente igualitaria ni coherentemente liberal, y por razones emparentadas. Pero, pese a las numerosas y justificadas críticas recibidas durante veinte años de preparación y cuarenta de vida, la teoría de la justicia rawlsiana ha articulado el discurso ético, filosófico y jurídico de la justicia contemporánea.

De todos modos, Rawls considera que su teoría de la justicia como equidad permite una *reconciliación de la libertad y la igualdad*. Analiza lo que algunos consideran una restricción o limitación definitoria de la libertad y que tiene que ver con la incapacidad de aprovechar las ventajas de los propios derechos y las oportunidades como resultado de la pobreza, de la ignorancia y de la falta de medios en general. Para Rawls, esto afecta al *valor de la libertad*, al valor que los individuos le dan a los derechos que define el primer principio⁸¹. Y la igual libertad es la misma para todos, pero no el *valor* de la libertad; aunque el menor valor de la libertad es compensado desde que la capacidad de los miembros menos afortunados de la sociedad para alcanzar sus objetivos sería aún menor si no aceptaran las desigualdades existentes siempre que el principio de diferencia sea satisfecho. Pero aclara que compensar el *menor valor de la libertad* no es lo mismo que compensar una *libertad desigual*, por lo que tomando ambos principios de justicia la estructura básica debe ser configurada para maximizar el valor de los menos aventajados del esquema completo de iguales libertades compartidas por todos, y esto define *los fines de la justicia social*.

⁸¹ *Idem*, p. 179 - [p. 237] y DANIELS, N., «Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty», *op. cit.*, pp. 253-281.

Sin embargo, la teoría de la justicia rawlsiana, más allá de todos los logros generales que posee, resulta no sólo *insuficientemente igualitaria* sino también *insuficientemente liberal* porque no logra promover ni reconciliar *realmente* la libertad y la igualdad. Pero no por los argumentos que le objeta Nozick, sino que es insuficientemente liberal desde argumentos igualitarios, leyendo en esta clave las objeciones de Dworkin, Sen, Barry, Cohen, entre otros. El reclamo de que es insuficientemente igualitario, fundamenta la crítica de que también resulta insuficientemente liberal porque no garantiza ni se preocupa por el ejercicio de la libertad real o, en otras palabras, realmente de la libertad. Rawls mantiene una prioridad extrema de la libertad, que ha sido muy cuestionada especialmente por Hart, y una teoría adecuada de la justicia no puede pasar por alto las vicisitudes que sobrellevan las personas para poder ser realmente libres. La igualdad de libertades para alcanzar nuestros fines no puede originarse solamente de la igualdad en la distribución de bienes primarios, sino que hay que valorar las variaciones interpersonales en la transformación de recursos en capacidades para lograr los objetivos que las personas se hayan propuestos acorde a la teoría del bien personal, como le objeta Sen⁸². O, como le cuestiona Dworkin, «¿realmente puede ser más importante que se proteja la libertad de ciertas personas, para mejorar sus vidas, que el hecho de que otras personas, que ya están en peor situación, tengan los distintos recursos y oportunidades que *ellos* necesitan para llevar una vida decente?»⁸³. La libertad es necesaria para la igualdad y esencial también para cualquier proceso en el que se pretenda garantizar la igualdad, y esto no significa que la libertad sea instrumental para la igualdad distributiva o viceversa, sino que las dos ideas se funden y complementan en la explicación de cuándo la ley que gobierna la distribución y el uso de los recursos trata a todo el mundo con igual consideración. Por ello, asume Dworkin, no es real que cuando la libertad y la igualdad entran en conflicto, se ha de elegir de forma angustiada entre las dos virtudes, encontrándose posturas extremas en que la libertad jamás cede a la igualdad o a contrario. Esto es profundamente erróneo, ya que «ninguna teoría que respete los supuestos básicos que definen esa cultura puede subordinar, en medida alguna, la igualdad a la libertad, concebidas como ideales normativos. Cualquier disputa genuina entre la libertad y la igualdad es una disputa que la libertad ha de perder»⁸⁴. Dworkin menciona la *estrategia del puente*,

⁸² Véase SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, op. cit., pp. 102-104, «Poor, Relatively speaking», op. cit., p. 324, y *Desarrollo y libertad*, op. cit., pp. 97 y ss.

⁸³ DWORKIN, R., *Virtud soberana*, trad. de M. J. Bertomeu y F. Aguiar, Barcelona, Paidós, 2003 (2000), p. 134. Véase OTSUKA, Michael, «Liberty, Equality, Envy, and Abstraction» en BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and his critics*, op. cit., pp. 70 a 78.

⁸⁴ «La prioridad de la libertad está asegurada no a expensas de la igualdad, sino en su nombre». DWORKIN, R., *Virtud soberana*, op. cit., pp. 141-147. Igualmente, DWORKIN, R., «Do Liberty and Equality Conflict?», en BAKER, P. (ed.), *Living as Equal*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 39 a 57.

que presupone que la libertad y la igualdad son aspectos de una sola virtud política, porque la libertad ayuda a definir a la igualdad y la igualdad ayuda a definir la libertad. Y esto es, considera, una concepción de la igualdad *inherentemente liberal*, ya que una base liberal debe expresar la interpretación de la igualdad del principio igualitario abstracto mejor que una base alternativa⁸⁵.

Ser liberal y ser igualitario no implican necesariamente un punto de conexión, aunque deberían tenerlo, seguramente. Parafraseando a Dworkin cuando afirma que todos creen en alguna idea de igualdad por lo que el problema es identificar cuál es la igualdad basal que se defiende, se podría decir lo mismo sobre la libertad. Todos los pensadores que debaten sobre la justicia defienden alguna idea de libertad, pero la clave está en ver cuál es la profundidad y el concepto de libertad que manejan y hasta qué punto la hacen compatible con la igualdad y con qué concepto de igualdad. Rawls es, obviamente y a grandes rasgos, un liberal igualitario, pero a la vez, sin duda, un liberal igualitario que sostiene un liberalismo insuficientemente liberal y un igualitarismo insuficientemente igualitario, con lo que no resulta ni coherentemente liberal ni coherentemente igualitario. Y esta afirmación no niega ni pretende ensombrecer la relevancia de la teoría rawlsiana, sino denunciar las falencias desigualitarias que la misma contiene para alumbrar estrategias teóricas (y praxis) realmente más igualitarias y más liberales, dejando claro que éstas no son, ni deben ser, necesariamente incompatibles.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 8/10/2011.

⁸⁵ Véase ARNESON, R., «Cracked Foundations of Liberal Equality», en BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and his critics*, op. cit., pp. 79-98. Igualmente, CLAYTON, M., «A Puzzle about Ethics, Justice, and the Sacred», en BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and his critics*, op. cit., pp. 99-110.

Del derecho y del revés. Dificultades en la aplicación de los derechos en España. Especial referencia a la discriminación por razón de sexo

Por ROSA MARÍA RICOY CASAS
Universidade de Vigo

RESUMEN

Este artículo pretende mostrar que, a pesar de los mecanismos jurídicos establecidos para la protección de los derechos en España, especialmente en el caso de los derechos fundamentales, en muchas ocasiones, los concretos medios de tutela previstos no ofrecen al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, por lo que no cabría hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de tales derechos. Su exposición pretende convertirse en una propuesta de lege ferenda que erradique su mantenimiento. Una llamada de atención al legislador en cuanto a que existen muchos vacíos legales que deben ser colmados, y al poder judicial, por una interpretación en ocasiones muy distante del espíritu con el que nacieron muchas normas.

Palabras clave: *aplicación del derecho, derechos fundamentales, igualdad, discriminación, lege ferenda.*

ABSTRACT

This article tries to show that, in spite of the legal mechanisms established for the protection of the rights in Spain (especially in case of the essential ones), in several occasions, the specific predicted tutela means does not offer to the incumbent the possibility of obtaining its satisfaction in front of

those obliged individuals, so it would not be possible talk rigorously about a real legal existente of those rights. The article tries to become a proposal of lege-ferenda that eradicates its maintenance. A wake-up call to legislators in that there are many loopholes to be filled, and the judiciary, an interpretation sometimes very distant from the spirit in which they were born many rules.

Key words: *law application, essential Rights, equality, discrimination, lege ferenda.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.—III. BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA. A) *¿Los seguros son una cuestión de sexo?* B) *¿Son constitucionales las cuotas electorales?* C) *¿Existe igualdad en la realización del doctorado?* D) *¿Está permitida la poligamia en España?* E) *La Ley Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo ha nacido con la pretensión de convertirse, con todas sus limitaciones, en un breve estudio jurídico reflexivo en relación a la eficacia de los valores constitucionales entre los que se encuentra la igualdad, a través de una concepción de la Filosofía del Derecho como ciencia teórico-práctica en la que la investigación de dogmática jurídica no tendría sentido sin atención a la jurisprudencia y a la realidad social de la que en buena parte es causa y resultado este trabajo.

A pesar de los mecanismos jurídicos establecidos para la protección de los derechos en España, especialmente en el caso de los derechos fundamentales, en muchas ocasiones, los concretos medios de tutela previstos no ofrecen al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, por lo que no cabría hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de tales derechos. Su exposición pretende convertirse en una propuesta de *lege ferenda* que erradique su mantenimiento. Una llamada de atención al legislador y al poder judicial, en cuanto a que existen muchos vacíos legales que deben ser colmados, y una interpretación en ocasiones muy distante del espíritu con el que nacieron muchas normas.

A este problema se añade, en el caso de los derechos humanos, y como ha afirmado Prieto Sanchís, de que se han erigido hoy en un concepto tan difundido como difuso. Seguramente ello explica por

qué los derechos humanos se han convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia política¹. Al ser tan amplio, conceptualmente hablando, su campo de extensión, tienden a perder especificidad, y aumenta como consecuencia su grado de indeterminación.

Del mismo modo, los Derechos Humanos constituyen una cierta realidad polivalente², o, según Perez Luño, un «paradigma de equivocidad»³. En este sentido, y en relación con el ejercicio del poder político y su aviesa utilización, comparto con Blázquez-Ruiz en que asistimos a *una manifiesta y progresiva devaluación de la fuerza significativa de los derechos humanos, así como de su carácter vinculante*⁴. A lo señalado, puede añadirse algunas cuestiones relativas a la propia aplicación de la ley en la actualidad.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Si bien es cierto que en sus orígenes el órgano de aplicación no debía de realizar más distinciones que las presentes en la norma que aplicaba, de modo que la interpretación y aplicación del Derecho resultaba *una tarea puramente mecánica consistente en la subsunción del caso concreto en la norma general*⁵, identificándose en la práctica con el principio de legalidad, en la actualidad esta concepción de la aplicación de la ley ha sido superada. Ya no se entiende como una mera operación lógico-deductiva, sino como una actividad compleja en la que el intérprete goza a menudo de un amplio margen de apreciación⁶. No obstante, esta nueva «perrogativa» no supone la eliminación de la anterior, sino que opera de manera extensiva, ayudando a la solución de supuestos como los señalados, en los que el precepto normativo no siempre se muestra con suficiente claridad; en unos casos porque el carácter general de la letra de la Ley deriva en multitud de sentidos de entre los cuales el órgano judicial tiene que elegir uno para

¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 19.

² DE CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, p. 13.

³ PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 25.

⁴ BLÁZQUEZ-RUIZ, F.J., *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003, p. 14.

⁵ FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, M.E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 61.

⁶ Sobre las insuficiencias de la «teoría clásica» de la interpretación y aplicación del derecho, entre otros; OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; *íd.*, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

el supuesto de hecho que se le ha planteado; en otras ocasiones, porque la misma se muestra insuficiente para resolver el caso planteado, o incluso, puede ocurrir que no exista precepto normativo aplicable al caso concreto, de modo que el órgano judicial se convierte en intérprete inmediato de la Constitución⁷.

El propio Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia⁸, se ha mostrado contrario a que el aplicador realice su interpretación de la norma de tal manera que la misma simplemente coincida sin más con el criterio de obediencia y sometimiento a la legalidad y no como manifestación de la igualdad ante la ley, conquista del Estado liberal consagrada por el art. 14 CE. Si ello no fuera así, *el TC no habría podido dar amparo directo a ningún particular por violación administrativa o judicial de tal derecho, habiéndose debido limitar todo lo más, eventualmente, a revisar las leyes en las que se hubiera violado el principio de legalidad o el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*⁹ que se recoge de manera especial en el art. 9.3 CE¹⁰ y que está excluido del recurso de amparo. Ese margen de apreciación del juzgador, indisociable a su función, es imprescindible dada, entre otras, a la dinamicidad histórica del Derecho; *La historicidad es inseparable de la tarea jurídica de hacer justicia*¹¹. No obstante, para ello *tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados*¹².

Ahora bien, la dinámica constitucional y el Estado de Derecho no alcanzan su plenitud cuando los jueces desarrollan un protagonismo excesivo, sino cuando cada pieza del «motor constitucional», como lo llama Loewenstein, cumple su función; o, traducido al lenguaje más llano, «cada palo aguanta su vela»¹³. Por ello tampoco ha de confundirse la discrecionalidad aquí permitida con la arbitrariedad, entendiéndose por arbitraria, aquella resolución no fundada en razones jurídi-

⁷ ZOCO ZABALA, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 70.

⁸ Por todas, la STC 39/85.

⁹ RUIZ MIGUEL, A., *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, en REYES MATE, M., *Pensar la igualdad y la Diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995, p. 112.

¹⁰ Art. 9.3 CE: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

¹¹ STC 144/ 88, F.J. 1.º

¹² STC 49/1982, de 14 de julio. FJ.2.

¹³ PEREIRA MENAUT, A. y TIRAPU MARTÍNEZ, D., *Observaciones sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia de igualdad y carácter social del Estado de Derecho en VVAA: El principio de igualdad en Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1991, p. 972.

camente permitidas o que se apoye en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución.

Asimismo, aunque sucinta, debemos partir, para dicho análisis, de una comprensión de los derechos, con especial atención a los denominados derechos fundamentales. El término «derechos fundamentales», *droits fondamentaux*, tiene su génesis en el movimiento revolucionario que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia. Quizás ello se explica a razón de que *se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*¹⁴. Su propia amplitud y la autenticidad de su recepción dependen de su interrelación con éste, de modo que *cuanto más intensa se revela la operatividad de este modelo de Estado, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales*¹⁵.

El Título I de la Constitución se titula «De los derechos y deberes fundamentales» (arts. 10-54) y concretamente, siendo de capital importancia su Capítulo Segundo titulado «Derechos y Libertades» (arts. 14-38). Un Título de enorme importancia por cuanto en él se regulan los derechos y libertades y se establecen los principios en que se asienta la Constitución y que han recibido, junto con el Título Preliminar, la denominación de «parte dogmática». Este capítulo se compone de dos secciones tituladas «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Pese a que el artículo 14 sirve de pórtico a la sección primera, no aparece incluido en la misma, pero ello no ha de resultar relevante para objetar su carácter de derecho fundamental autónomo. De prevalecer esta interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, *se negaría tal condición a un importante grupo de derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional*¹⁶.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 19

¹⁵ *Ibidem*, p. 26. Ha de señalarse que los términos «derechos humanos» y «derechos fundamentales» son utilizados en numerosas ocasiones y de forma errónea, como sinónimos. Se podría reservar el término «derechos fundamentales» para designar aquellos derechos que han sido positivados por el ordenamiento jurídico, generalmente en la Constitución, y que gozan de garantías reforzadas para su cumplimiento. Como «derechos humanos» se pueden entender los derechos naturales positivados en las declaraciones, convenciones, que constituyen exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona y que todavía no han sido reconocidas por el ordenamiento jurídico, pero que en su mayoría deberían serlo, y por ello, devendrían una especie de categoría previa de los derechos fundamentales. Estas definiciones, coincidente con las de Pérez Luño, no las comparte el profesor Peces Barba, a quien le parece que de este modo reserva el término «derechos humanos» para la moralidad y «derechos fundamentales» para la juridicidad. Dos dimensiones que sin embargo él integra en la propia noción de derechos fundamentales, según el cual *expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica*: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, p. 37.

¹⁶ *Vid.*, PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, pp. 150 y 151.

También se adscribe su carácter al de derecho fundamental, por la garantía reforzada que ostenta en virtud del artículo 53.2 CE para su reconocimiento ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al ser compartida dicha tutela con los demás derechos contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo segundo «De los derechos fundamentales y las libertades públicas»¹⁷.

Siguiendo a Pérez Luño, los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se oriente hacia el respeto y promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual, Estado liberal de Derecho, o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario del componente social y colectivo de la vida humana, Estado social de Derecho¹⁸.

En todo caso, sea cual fuere la modalidad de Estado, el catálogo de derechos y libertades que la Constitución incorpora es la expresión de la reserva de Poder que se hace la sociedad a sí misma y en la que no puede entrar el legislador ordinario. Están por encima de la democracia, fuera del pluralismo y del debate político porque son exigencia de la dignidad de cada ser humano. De esta manera, la propia Constitución puede regularlos, concretarlos o desarrollarlos, pero en ningún caso desconocerlos, limitarlos o vaciarlos. De ahí también, la especial protección de la que se les dota a los derechos fundamentales.

Las garantías generales parecen estar recogidas en el propio artículo 1.1 CE que configura al Estado español como un Estado Social y democrático de Derecho. Son los principios que definen el Estado y sin los cuales difícilmente los derechos pueden conseguir una cierta efectividad jurídica por las garantías que implican su reconocimien-

¹⁷ Algún autor ha interpretado, entre otras, de la dicción de este artículo 53.2 CE, la caracterización de la igualdad como derecho público subjetivo como reafirma la LOTC en su artículo 41 al definir el objeto y procedencia del recurso de amparo; BAÑO LEÓN, J. M.ª, «La igualdad como derecho público subjetivo». *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987. Distante a esta afirmación se ha mostrado Pérez Luño, para quien las categorías de derecho fundamental y derecho subjetivo no son coincidentes. Así, entiende que un derecho subjetivo ha de ser entendido como *auto-limitación estatal en beneficio de determinadas esferas de interés privado*, que se diferencia de derecho fundamental al que *exige una política activa de los poderes públicos y que más que una autolimitación del poder soberano del Estado, suponen garantías subjetivas mediante limitaciones que la soberanía popular impone a los órganos que dependen de ella*: PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, ob. cit., p. 154. Para más profundización sobre esta cuestión *vid.* el Capítulo IV titulado «Los derechos fundamentales como derechos subjetivos» de la obra: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 173-245 y 415-418.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 20. Para más abundamiento sobre este tema, también *vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob. cit.

to¹⁹. También, para la defensa de los derechos fundamentales, la Constitución ha dispuesto que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 138 CE), y para asegurar que así sea, ha reservado como competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (149.1.1.º)²⁰.

A la «garantía de las libertades y derechos fundamentales» se dedica el Capítulo III del Título I de la Constitución Española. Se compone de dos artículos, y en los mismos se establecen entre otras menciones, la vinculación de estos derechos a todos los Poderes públicos, el que sólo puedan ser regulados y desarrollados por ley que en ciertos supuestos debe ser orgánica, y que, en todo caso, ha de respetarse su contenido esencial. También se otorga la posibilidad de acudir a la Institución del Defensor del Pueblo en virtud del artículo 54 CE.

El artículo 53 CE parece establecer una jerarquía para la tutela de estos derechos, como se desprende en cada uno de sus tres epígrafes. Así, según su apartado primero, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I, vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial²¹, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a). Con la invocación de este artículo, se insta la posibilidad de que el Tribunal Constitucional sea competente para

¹⁹ Con la configuración como Estado de Derecho, se garantiza la separación de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) que se sujetan al mismo y con el reconocimiento y la salvaguardia a través de mecanismos jurídicos de los derechos y libertades de los ciudadanos. También supone la obligación del Estado a intervenir para intentar conseguir una efectiva igualdad entre todos los ciudadanos reconociendo una serie de derechos sociales a diferencia del Estado liberal del siglo XIX en el cual los poderes se limitaban a garantizar el respeto a la libertad individual y de mercado, y finalmente como Estado democrático, tienen la obligación de permitir la existencia de pluralismo político y la participación de los ciudadanos en la gestión del poder político porque el poder emana del pueblo, la soberanía nacional reside en el pueblo del que emanan todos los poderes del Estado.

²⁰ No obstante ha de señalarse como lo ha hecho la STC 37/1987, de 26 de marzo, que: *El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139 y 149.1.1.º CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.* En la misma línea y entre otras, la STC 150/1990, de 4 de octubre.

²¹ Sobre el concepto de contenido esencial, el F. 8 de la STC 11/1981, de 8 de abril.

conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que violen tales derechos²².

El artículo 53.2 CE refuerza esta tutela estableciendo la posibilidad de acudir ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad²³ y, en su caso, a través del recurso de amparo²⁴ ante el Tribunal Constitucional, cuando un acto de cualquier Poder público los viole o desconozca, en sus manifestaciones concretas, y amplía esta última posibilidad al artículo 30 en donde se reconoce el derecho a la objeción de conciencia²⁵.

La Constitución emplea la expresión de «derecho fundamental» junto a la de «libertades públicas» para acotar, en parte, el ámbito de una muy específica reserva de ley del artículo 81.1 CE. Se trata de la reserva de ley orgánica²⁶ que se hace obligatoria para el desarrollo de los mismos y cuya aprobación, modificación o derogación exige además, mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Presentan una cierta inalterabilidad en el sentido de que se ha impuesto un procedimiento de reforma especialmente «rígido» para cualquier reforma parcial que los afecte. Tal garantía consiste en que para ello, precisan de su aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara y conllevan, entre otros requisitos, a la disolución inmediata de las Cortes, según dispone el artículo 168.1 CE. De este modo, ostentan también una protección reforzada en este aspecto, a diferencia de los restantes que se hallan tutelados, respecto a su modificación, por el menos estricto régimen general para la reforma constitucional que prevé el artículo 167 CE.

En ningún caso podrán suspenderse muchos de estos derechos como el derecho a la igualdad, ni siquiera en los casos señalados en el artículo 55 CE, que sí afecta a otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad del artículo 17 CE, o el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. También la promoción de las condiciones de efectividad para la libertad y la igualdad

²² *Vid.*, sobre el recurso de inconstitucionalidad los arts. 161 y 162 CE y arts. 31 y ss. LOTC.

²³ Este procedimiento se contempló inicialmente en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Esta ley hoy derogada, en su día no coincidía exactamente con el mencionado en el art. 53.2 CE. Por eso la disposición transitoria 2.ª 2 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC, lo amplió y lo extendió a todos los derechos y libertades a las que se refiere el artículo 53.2 CE.

²⁴ Sobre su regulación *vid.*, arts. 161.1 b) y 162.1 b) CE y los arts. de la LOTC.

²⁵ Sobre la protección jurisdiccional del principio de igualdad puede destacarse la temprana publicación; GONZÁLEZ SALINAS, P., «La protección jurisdiccional del principio de igualdad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, 1983, en donde analiza entre otros, el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo.

²⁶ En las materias objeto de ley orgánica no caben las delegaciones legislativas del artículo 82 CE, el Decreto-ley del artículo 86 CE, la iniciativa legislativa popular del artículo 87 CE, ni la competencia legislativa plena de las Comisiones del Congreso del artículo 75.3 CE, siendo preciso la aprobación por el Pleno en votación final sobre el conjunto del proyecto.

de los individuos y de los grupos y la remoción de sus obstáculos se construye como una obligación positiva general de los poderes públicos en el artículo 9.2 CE, y se puede considerar como una obligación de garantía que les corresponde a éstos.

Pero pese a lo señalado, en general en relación a cualquier derecho, y máxime en el caso de los derechos fundamentales, en este artículo pretende poner de manifiesto que su constitucional y unánime reconocimiento, así como reforzada tutela, no implican su efectivo cumplimiento. En otras palabras, como ha afirmado Prieto Sanchís, *cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos*²⁷. Según Bobbio, más allá del ámbito de la fundamentación y argumentación, el problema de fondo relativo a los derechos humanos, en lo que yo hago extensible a cualquier otro derecho establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político²⁸.

Por ello, lo aquí manifestado es una propuesta de *lege ferenda* al legislador, para superar la brecha entre la existencia de derechos y su ejercicio, pues no basta sólo con la fijación de normas y procedimientos jurídicos apropiados, sino que se requiere de una ciudadanía informada con conocimiento y conciencia de sus derechos, apoyada por una institucionalidad que responda frente a la transgresión de los mismos, y que exija su cumplimiento. Lo que no deviene más que en una obligación jurídica ya establecida en el art. 9.2 de la Constitución española.

III. BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA. A) ¿LOS SEGUROS SON UNA CUESTIÓN DE SEXO? B) ¿SON CONSTITUCIONALES LAS CUOTAS ELECTORALES? C) ¿EXISTE IGUALDAD EN LA REALIZACIÓN DEL DOCTORADO? D) ¿ESTÁ PERMITIDA LA POLIGAMIA EN ESPAÑA? E) LA LEY REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO

a) Los seguros, ¿son una cuestión de sexo?

Entre los supuestos que podemos destacar en relación a la vulneración de los derechos en España, puede traerse a colación la trasposi-

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el art. 53 de la Constitución Española*, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, 1983, p. 370.

²⁸ BOBBIO, N., *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

ción de una Directiva Europea en relación a los seguros, comenzando por comprender las cuestiones suscitadas a colación de la misma. Así, debe señalarse que, en base al sexo del individuo, no es posible ni una limitación en la suscripción ni el la cobertura del seguro contratado (una cláusula del tipo: «quedan excluidos los riesgos propios de ser mujer» como pudiera ser el fallecimiento durante el parto), pues sería discriminatoria por vulneración, entre otros, del derecho fundamental del art. 14 CE que establece el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo²⁹. Tampoco los «riesgos propios de ser hombre», aunque pueden excluirse ciertos riesgos propios de profesiones tales como las de toreros, bomberos, mineros, miembros de las Fuerzas Armadas, etc., que de facto son todavía ocupados mayoritariamente por hombres. Esta exclusión respondería más a una clasificación atendiendo a estilos de vida o a la elección de profesiones con un índice elevado de riesgos, que al propio sexo de las personas, en este caso el masculino, y por ello no sería discriminatorio³⁰. Y en general, imaginemos que las estadísticas muestran que los miembros de un determinado grupo étnico viven como media más que los de otro, o en concreto, que las personas de raza negra tengan una mayor esperanza de vida que los de raza blanca. Tener en cuenta tales diferencias al determinar la correlación entre las cotizaciones y los derechos derivados del régimen de pensiones sería totalmente inaceptable, igual que lo es el sexo.

²⁹ El artículo 14 CE dada su ubicación en el Texto Constitucional, se configura como el auténtico pórtico o frontispicio del Capítulo II del Título I, en donde se recogen los derechos más vigorosamente protegidos de entre los constitucionalmente reconocidos, y además *sirve de base y condiciona el alcance de numerosos preceptos constitucionales*: RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., Prólogo a la obra: OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p.13; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 18 y 19. Es un valor, un principio y un derecho fundamental: (para hablar sobre la triple dimensión de los valores constitucionales: PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, p.141, íd.; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 288-289.; PECES-BARBA, G.: *Los valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 151-152; STC 63/83, de 20 de julio, F.J. 2.º y STC 8/83, F.J. 3.º; SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Burgos, 1997. Ha de señalarse la temprana caracterización del principio de igualdad y no discriminación en su dimensión de género, como un derecho fundamental por el TJCE en la sentencia Defrenne III de 15 de junio de 1978 (Gabrielle Defrenne contra la Sociedad Anónima Belga de Navegación Aérea, SABENA. Asunto 149/77): «La eliminación de toda discriminación por razón de sexo es un auténtico Derecho fundamental Garantizado por el Derecho Comunitario»). Y además de las especiales garantías de las que goza este derecho para su tutela, existe un control especialmente estricto en relación a la utilización del sexo, entre otros, como criterio de justificación de diferenciación, junto con la prolija legislación y jurisprudencia Comunitaria y española sobre estas cuestiones.

³⁰ FERNÁNDEZ CRENDE, A., *Seguros de vida y discriminación Sexual*, en InDret, núm. 254, 2004, p. 12.

Pero, basándose en el sexo, las aseguradoras suelen hacer diferenciación, cargando unas primas más elevadas a las mujeres, por ejemplo, en los contratos de seguro de vida por supervivencia y de salud y menores en el de los automóviles³¹. En el caso de los hombres, dichas primas son más elevadas en los contratos de seguro de vida por muerte prematura por la menor esperanza de vida y de accidentes de circulación o de trabajo, por su mayor probabilidad de sufrirlos³².

La Directiva de la Comisión Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, «por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso de bienes y servicios y su suministro»³³ puso de manifiesto la existencia de estudios que demuestran que el sexo no es el principal factor determinante de la esperanza de vida. Es decir, que la mayor esperanza de vida de las mujeres respecto a los hombres no es debida de forma directa por su propia biología. Se ha mostrado que son más pertinentes otros criterios tales como el consumo de tabaco, alcohol, hábitos alimenticios, estar o no casado, factores socioeconómicos, tener o no empleo, la región de residencia, el acudir de forma preventiva y más frecuentemente al médico, el número de suicidios, etc., en los que los hombres manifiestan, estadísticamente, comportamientos menos saludables. Incluso una pluralidad de factores de riesgo en cada uno de esos supuestos (por ejemplo en lo relativo a la siniestralidad de vehículos: la categoría del vehículo, su potencia, la zona de circulación, su uso, la antigüedad del permiso de conducir, la edad del conductor habitual, la marca, el modelo y versión del vehículo, etc. De este modo, proceder a cálculos actuariales diferenciados con base al sexo tiene que considerarse discriminación, pues este no es el principal factor determinante de la esperanza de

³¹ En el caso de los contratos de vida por supervivencia, por su supuesta mayor esperanza de vida y menor siniestralidad laboral y en la conducción que los varones, pues es muy probable que la aseguradora tenga que hacer frente a un retorno durante un período más largo. En los de salud, por los riesgos específicos del sexo femenino como el embarazo, que hacen incrementar la prima para las mujeres. Además, a diferencia de los seguros de vida en los que los dos factores de riesgo considerados principalmente son la edad y el sexo del asegurado, en el caso de los seguros de «no vida», por ejemplo los de responsabilidad civil obligatoria de automóviles, se tienen en cuenta una pluralidad de factores de riesgo que probablemente manifiesten una mayor relación con la siniestralidad, tales como la categoría del vehículo, su potencia, la zona de circulación, su uso, la antigüedad del permiso de conducir, la edad del conductor habitual, la marca, el modelo y versión del vehículo, etc.: BOJ DEL VAL, E.; CLARAMUNT BIELSA, M.^a M.; FORTIANA GREGORI, J., *Una alternativa en la selección de los factores de riesgo a utilizar en el cálculo de primas*, en Anales del Instituto de Actuarios Españoles, Tercera época 6, 11-35, 2000, pp. 4 y 5.

³² El sexo como factor actuarial destaca por su facilidad de ser verificado y además sin coste alguno. Llama la atención que en la propia Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo se afirme que las aseguradoras están utilizando el sexo como factor actuarial (como factor determinante al evaluar el riesgo) por ser «de fácil utilización», principalmente con la finalidad de conseguir un abaratamiento de los costes, y no por su valor real como indicación de la esperanza de vida.

³³ DOCE de 21/12/2004. Diario Oficial núm. L 373 de 21/12/2004, pp. 0037 - 0043.

vida, y debe subrogarse dicho criterio a otros como el estilo de vida, que tiene repercusiones más significativas en ella. La conclusión es que las compañías de seguros toman el sexo como factor determinante al evaluar el riesgo porque es de fácil utilización, y no por su valor real como indicación de la esperanza de vida.

La polémica suscitada y objeto de estos comentarios se centra entre quienes defienden la utilización de factores actuariales basados en el sexo al considerarlos un instrumento para mejorar la eficiencia del mercado de seguros y para evitar los gastos que supondrá su efectiva adaptación, *versus* aquellos que se muestran contrarios al entender que esta práctica vulnera el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo priorizando este derecho fundamental sobre el derecho a la libertad contractual, pues tanto hombres como mujeres tendrán que pagar más dinero en sus seguros simplemente a razón de su sexo y no por las condiciones de riesgo potencial en el que se encuentren de forma individualizada³⁴.

El legislador español tenía que transponer esta Directiva antes del 21 de diciembre de 2007, aunque existía una prórroga de dos años a dicho plazo y un dilatado período transitorio justificado en la costosa y compleja adaptación alegada por las compañías aseguradoras³⁵.

³⁴ Esta es una discusión ya planteada a finales de los 70 y principios de los 80 en los Estados Unidos a raíz del asunto conocido como «Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart» [Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart (1978) 435 U.S. 702, Supreme Court of UEA], y más recientemente y considerado como el precedente jurisprudencial en esta materia, el asunto Coloroll, C-200/91 (Coloroll Pension Trustees Ltd. contra JAMES RICHARD RUSSELL y otros. Asunto C-200/91, 28 de septiembre de 1994), resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en 1994.

³⁵ Debe recordarse la reciente sentencia [STJUE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2011; Asunto C 236/09]: La asociación de consumidores belga Test-Achats ASBL y dos particulares interpusieron ante el Tribunal Constitucional belga un recurso dirigido a la anulación de la Ley belga que transpone la Directiva. En el marco de dicho recurso, el órgano jurisdiccional belga ha solicitado al Tribunal de Justicia que evalúe si la excepción prevista por la Directiva es válida con arreglo a la normativa de rango superior, concretamente desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado por el Derecho de la Unión. En su sentencia, el Tribunal de Justicia destaca el legislador de la Unión estableció en la Directiva que las diferencias en materia de primas y prestaciones derivadas de la consideración del sexo como factor para el cálculo de éstas debían quedar abolidas a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, dado que el recurso a factores actuariales basados en el sexo estaba generalizado en el sector de los seguros, cuando se adoptó la Directiva, el legislador de la Unión estaba legitimado para hacer efectiva gradualmente la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, con períodos de transición apropiados. En este sentido, recuerda que la Directiva preveía una excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo, establecida por la propia Directiva, otorgando a los Estados miembros la facultad de decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, la autorización de diferencias proporcionadas para los asegurados en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Dicha facultad se reexaminará cinco años después del 21 de diciembre de 2007, atendiendo a un informe de la Comisión. Ahora bien, dado que la

España así lo ha hecho, pero a pesar de ser una obligación establecida en la Ley Orgánica de igualdad del año 2007, se ha desarrollado una normativa, el Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre³⁶, que más que servir de cumplimiento a esta obligación en la señalada Directiva y Ley Orgánica, no ha hecho más que establecer excepciones al cumplimiento de la ley, así, el art. 69 establece que «*no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro cuando estén justificadas por un propósito legítimo* (sin especificar o difícil de imaginar) y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios»; el artículo 71 establece la salvedad de que reglamentariamente se puedan fijar los supuestos en los que sea admisible determinar dichas diferencias; y el artículo 34 (referido a las tablas de mortalidad, de supervivencia, de invalidez y de morbilidad), un apartado (el apartado c) en donde se señala que «el final del período de observación considerado para la elaboración de las tablas no podrá ser anterior en más de veinte años a la fecha de cálculo de la provisión», lo cual posibilita la utilización de las que pueden encontrarse desfasadas precisamente por ser de hace veinte años. Y ello, pese a que como ha afirmado el TJUE en reiteradas ocasiones, la igualdad de trato entre hombres y mujeres es un derecho fundamental que prima sobre el derecho a la libertad contractual.

b) **¿Son constitucionales las cuotas electorales?**

Otro supuesto que debe mencionarse en el presente artículo, es la polémica previsión en España de cuotas electorales para cada sexo por

Directiva no regula la duración de la aplicación de las citadas diferencias, los Estados miembros que hayan ejercido tal facultad pueden permitir que las compañías de seguros apliquen el trato desigual sin límite temporal. Dadas las circunstancias, el Tribunal de Justicia considera que existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista por la Directiva. Así pues, un precepto que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres y ha de considerarse inválido tras la expiración de un período transitorio adecuado. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declara inválida con efectos a 21 de diciembre de 2012 la excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo en el sector de los seguros.

³⁶ Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de factores actuariales. Debe recordarse que en el año 2010, el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de febrero de 2010 –Comisión Europea/ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte–, dictó una sentencia señalando el incumplimiento por parte del mencionado Estado a la adopción, dentro del plazo señalado, de las disposiciones contenidas en la Directiva.

la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³⁷, provocando un fuerte debate en torno a su constitucionalidad. En España se impone ahora que la lista por la que una persona se presente como candidato esté integrada tanto por hombres como por mujeres en una determinada proporción mínima, que en el caso de España es del 40%. Una condición que no provoca una violación material del derecho de sufragio pasivo como ha manifestado el propio Tribunal Constitucional en una reciente sentencia de 2008³⁸, sino que es un requisito relativo a la forma de presentar las listas de candidaturas, de igual modo que se exige que éstas incluyan suplentes para los candidatos o que se presenten dentro del plazo y mediante los procedimientos establecidos.

Asimismo, no se puede apelar a una supuesta violación del derecho de sufragio activo, puesto que en España se adopta un sistema de listas cerradas (hay que votar a candidatos de un mismo partido) y bloqueadas (los escaños se distribuyen según el orden prefijado de los candidatos establecido por los partidos). Tal sistema también limita la libertad del elector, pues éste no puede votar a candidatos específicos, ya que el voto a favor de la candidatura de un determinado partido implica la adhesión conjunta a los candidatos propuestos y en el orden prefijado³⁹. Por esa razón, puede intuirse que algunos autores se oponen a las cuotas electorales porque, previamente y en general, son críticos al sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas⁴⁰. Además,

³⁷ La disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007 añadió el artículo 44 bis a la Ley Orgánica 5/1985, Ley de Régimen Electoral General, que establece que las candidaturas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40%. Tal norma es aplicable a las candidaturas que se presenten para las elecciones municipales, de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios, de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados y del Parlamento Europeo. En el caso del Senado, se establece que cuando las candidaturas se agrupen en listas, estas deberán tener una composición de mujeres y hombres lo más cercana posible al equilibrio numérico.

³⁸ STC 12/2008, de 29 de enero. Esta sentencia responde a dos impugnaciones de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) por parte de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI). Por un lado, se trata de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4060-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el art. 44 bis de la LOREG, introducido por la disposición adicional segunda de la LOI. Por otro, del recurso de inconstitucionalidad, acumulado a la anterior, núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la misma normativa.

³⁹ AQUINO DE SOUZA, C., *Las cuotas electorales y el derecho fundamental de sufragio*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 17, 2008-I, p. 265.

⁴⁰ Según Fernando Rey Martínez, lo que hay que poner en cuestión son las listas cerradas y bloqueadas y el legislador, al establecer cuotas electorales, se mueve «en la periferia y no en el centro del problema»: REY MARTÍNEZ, F., *La presentación equili-*

las normas que establecen cuotas electorales en beneficio del equilibrio entre los sexos no reservan directamente y, con independencia de la elección, un porcentaje de puestos en el Parlamento, sino que reservan un porcentaje de puestos en las candidaturas electorales⁴¹.

Ha de hacerse además notar la precisión de que cualquier ciudadano que quiera presentarse como candidato debe obtener el apoyo de un partido político o de un grupo electoral que lo integre en su candidatura, pues se confía a los partidos políticos la «concreción de los elegibles»⁴², y así puede concluirse que «la libertad de candidatura, como derecho individual no existe, pues para ser candidato han de cumplirse los requisitos legales y ser presentado por las formaciones políticas»⁴³. No existe un derecho a ser propuesto por las formaciones políticas. Es más, las cuotas garantizan que la desigualitaria presencia de mujeres, pero también podría serlo en un futuro de hombres, no se produzca en un grado muy elevado, por lo que esta norma constituye una hipotética garantía para los hombres, en el sentido de impedir que determinadas circunstancias sociales puedan ocasionar que ellos tengan menos oportunidades de acceso a los cargos públicos en comparación con las mujeres. Por eso, a largo plazo, las cuotas electorales son para ambos sexos una garantía de una representación equilibrada en los centros de poder o de toma de decisiones⁴⁴.

Por encima de las argumentaciones señaladas y de la polémica suscitada, este tipo de medidas cuentan en España, afortunadamente, y en mayor medida a cada paso, con más adeptos⁴⁵. Tal vez la mirada hacia Europa confirme que no deben considerarse nada «sospechosas», sino un avance más en lo relacionado con los fundamentos mismos de las teorías de la democracia y de la representación a estas alturas del siglo veintiuno pese a las polémicas que deben entroncarse meramente en motivos de política de «regate corto». Así, en Francia (2000), Bélgica (2002) e Italia (2003) con sendas reformas constitucionales previas⁴⁶,

brada en los partidos políticos, en *Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007, p. 72.

⁴¹ RUIZ MIGUEL, A., *La representación democrática de las mujeres*, en Carbonell, M. (comp.): *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 294.

⁴² TRUJILLO, M.A., *Paridad Política*, en aavv: *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 381.

⁴³ VITTORIA BALLESTRERO, M., *Acciones positivas. Punto y aparte*, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, p. 106.

⁴⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., *Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad*, en *Diario La Ley*, núm. 6918, 2008, p. 3.

⁴⁵ Además de los ya señalados autores que las apoyan doctrinalmente, cabe señalar por su compromiso casi vindicatorio con el título de su artículo: RUIZ MIGUEL, A., *En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007.

⁴⁶ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. y TORRES MUÑOZ, I., *Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 7, 2008.

tal vez auspiciada por el Parlamento Europeo a través de una Resolución del año 1988 en la que se pide, esta vez a los partidos políticos, que «establezcan sus listas de candidatos según un sistema de cuotas claramente definido y controlable, de modo que en un plazo breve de tiempo se alcance una igualdad numérica de hombres y mujeres en todos los órganos de representación política»⁴⁷.

Pero, pese a todo lo señalado, y pese al aumento de las mujeres en los Ayuntamientos, en otras importantes instancias su presencia no se ha percibido de una manera notoria. Así, a título ejemplificativo, en el Congreso de los Diputados, en el momento de su constitución en la novena legislatura en 2008, el número de mujeres es de 127 sobre 350 (36,28%), sólo una más que en la constitución de la anterior, un indicio más de que queda mucho por hacer en materia de políticas de género. La conclusión es que debería exigirse para su cumplimiento, un número mínimo de personas de cada sexo en cada tramo, o establecer las denominadas «listas cremallera», en las que se va alternando un hombre y una mujer. De lo contrario, continuará ocurriendo que muchas candidatas continúen relegadas al final de cada tramo, sin opciones reales de escaño.

c) ¿Existe igualdad en la realización del Doctorado?

Otra cuestión que debe suscitarse en este artículo, es el Doctorado realizado en Bolonia, del que todavía en la actualidad las mujeres, por la vía fáctica, son excluidas en la realización de un Doctorado Internacional en la Universidad de Bolonia a través de una beca del Real Colegio de España en Bolonia (Italia), San Clemente⁴⁸, que tiene plena convalidación en España en un tiempo muy inferior a los reali-

⁴⁷ SEVILLA MERINO, J., *La participación política en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 11, 2007.

⁴⁸ En el siglo XIV, el Cardenal Gil de Albornoz, arzobispo de Toledo y Cardenal primado de España, reconquistó los Estados de la Iglesia. Mandó entonces construir un Colegio para estudiantes españoles en Bolonia (Italia) y lo nombró su heredero universal, creándose el Real Colegio de España en Bolonia, San Clemente. El fin de esta Institución es proporcionar a estudiantes españoles (que reúnan las condiciones que determina su Reglamento –hasta hace poco se exigían: *ser español, católico e hijo de legítimo matrimonio*; carecer de enfermedad crónica o contagiosa; conducta moral y social irreprochable; ser mayor de dieciocho años y menor de veinticuatro, etc.), los medios necesarios para completar sus estudios en la Universidad o Escuelas especiales de Bolonia. Cada año beca a 16 estudiantes españoles y las becas incluyen el viaje, alojamiento en una de las habitaciones en un Palacio del siglo XIV con servicio doméstico, manutención, médico, botica, uso de la biblioteca, matrícula, asignación mensual y acceso a los prestigiosos cursos de doctorado de la Universidad de Bolonia durante dos años (con la posibilidad de prórroga). El requisito de acceso consistente en ser *católico e hijo de legítimo matrimonio* ha recibido ya alguna crítica como la de: ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en ADC, Tomo XLVI, Fasc. I, p. 116, nota 186.

zados en la península y que goza de gran prestigio, y en la que a pesar de reiterar que es de carácter privado, tiene un representante del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en su Junta. Entre los requisitos para disfrutar de la misma, se encontraba la de no ser mujer. Requisito que año tras año en el mes de mayo podíamos leer en la convocatoria publicada por el Boletín Oficial del Estado español.

A pesar de haber modificado hace unos años la excepcionalidad de tal exclusión en la normativa de los cursos de postgrado en España, tengo un cierto escepticismo en pensar que alguna mujer pueda alcanzar tan preciada beca debido a que la segunda prueba se trata de una entrevista personal, teniendo además cuenta que la página web de dicha institución ha publicitado en su última convocatoria para el curso 2010-2011 donde se señala, como es tradición, que para obtener las becas instituidas por el Cardenal Albornoz es necesario cumplir y acreditar los requisitos derivados de aquella voluntad fundacional: ser varón, Español (portugueses incluido), católico, de conducta irrepreensible, menor de treinta años, licenciado en España con muy buenas calificaciones, no padecer enfermedad ni defecto físico o psíquico incompatible con el ejercicio de las funciones correspondientes y no ser funcionario público. También se requieren conocimientos básicos de la lengua italiana⁴⁹.

d) **¿Está permitida la poligamia en España?**

Otro supuesto que podríamos añadir a lo aquí señalado, es el problema relacionado con la concesión de la pensión de viudedad en España, cuando son varias las mujeres musulmanas del fallecido. Para comprender dicha situación, debe partirse de la idea de que hoy en día, a la vista de lo establecido en el ordenamiento jurídico español, puede parecer concluyente que la bigamia en España está considerada delito en base al artículo 217 CP con la pena de seis meses a un año de prisión, habiéndose incluso denegado la solicitud de concesión de nacionalidad española en base a esta causa por motivos de orden público⁵⁰, y el Código Civil prohíbe contraer matrimonio con carácter de impedimento absoluto a los que estén unidos con vínculo matrimo-

⁴⁹ En opinión de algún autor, esta Institución supone en sí misma una discriminación efectiva cuyo mantenimiento en su actual estatuto es incomprensible, pues si bien es cierto que existen doctorados jurídicos en otros lugares también lo es que éste, *además de especialmente prestigioso, goza de un reconocimiento del título académico de Doctor privilegiado en nuestro país, manteniéndose con ello un trato discriminatorio hacia las mujeres juristas (sean o no católicas y con independencia de su filiación) que el Estado no debería permitir*: FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A., *Mujer y Derecho civil*, en Palomar Olmeda, A. (Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español. Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 297.

⁵⁰ A título ejemplificativo: Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3.ª), de 11 de junio de 2002.

nial, habiéndose dictado numerosas sentencias que han declarado matrimonio ilegal al segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior⁵¹.

De las distintas resoluciones emitidas por la propia DGRN⁵² se desprende que la familia matrimonial polígama es contraria a la dignidad constitucional de la mujer española y a la concepción española de la institución matrimonial. No obstante, a pesar de ello, este no es un análisis baladí, puesto que nuestros Tribunales todavía no han aunado posiciones por ejemplo a la hora de atribuir la pensión de viudedad a la muerte del polígamo. Un auténtico rosario jurisprudencial que va desde la declaración como única titular de la misma a la primera esposa al encontrar el régimen poligámico contrario al orden público y decretar la nulidad del segundo matrimonio⁵³, hasta el reconocimiento de las dos esposas repartiendo la pensión de viudedad a la mitad⁵⁴ o llegándose a establecer un prorrateo de la pensión en función del tiempo de convivencia con el causante⁵⁵, pese a la existencia de sentencias que declaran matrimonio ilegal al segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.

Lo curioso es que luego en situaciones menos complejas, se ha discutido la percepción de una pensión de viudedad a un matrimonio gitano, que habían contraído nupcias por sus ritos tradicionales, aunque obviando parte de la legislación estatal en dicha materia, como puede constatarse a raíz de la STC 69/2007, de 16 de abril⁵⁶. En este

⁵¹ En este sentido, Sentencia de la Audiencia provincial de Málaga, Melilla, núm. 7/2003 (Sec. 7.ª) de 11 de febrero.

⁵² Resoluciones de la DGRN de 8 de marzo de 1993; de 11 de mayo de 1994; de 14 de septiembre de 1994; de 3 de diciembre de 1996, entre otras, 2/2001, de 14 de mayo.

⁵³ Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 5255/2003 (Sala de lo Social, Sección Única), de 30 de julio en respuesta al recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona con fecha 10 de octubre de 2001. María Teresa, la primera esposa, había contraído matrimonio en la República de Gambia con Miguel Angel el 26 de marzo de 1980, y Julieta el 15 de agosto de 1993 en el mismo lugar.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 2 de abril de 2002. La Sentencia deriva del recurso interpuesto ante la Sentencia del Juzgado de lo social número 3 de A Coruña, de 13 de julio de 1998. Existe un breve comentario de esta Sentencia en: LÓPEZ MOSTEIRO, R., *La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 19/2001, Aranzadi, 2002.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de julio de 2002, revocando en parte la Sentencia de 17 de enero de 2002, del Juzgado de lo Social núm. 36 de Madrid.

⁵⁶ Esta STC traía causa en las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social de Madrid núm. 12, con fecha de 30 de mayo de 2002 y la Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002. En este sentido resultan interesantes los comentarios a la misma en: ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: STC 69/2007, de 16 de abril*, en Aranzadi Social, núm. 10, 2007; GARCÍA ALEGRÍA, G., *Matrimonio celebrado por rito gitano (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, 16 de abril de 2007)*, en Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, núm. 205, 2007; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Forma matri-*

caso, además, denominado «caso Muñoz Díaz contra España», el TEDH rechaza por unanimidad que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles sea constitutivo de una discriminación prohibida por el artículo 14. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el TEDH consideró desproporcionado que el Estado español, que emitió un libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no obtuviese sin embargo la pensión de viudedad. No obstante, en su sentencia estima que el hecho de que el matrimonio gitano no tenga efectos civiles, no constituye una discriminación prohibida⁵⁷.

Las normas de Derecho Internacional privado deberían haber resuelto los conflictos planteados, y no habiendo sido así, cuando el reconocimiento del derecho que ostentan los extranjeros⁵⁸ de proteger y promover su identidad religiosa y/o cultural pone en riesgo los principios y valores del foro, el recurso al orden público debería cerrar cualquier vía a su reconocimiento⁵⁹. Quizás por este tipo de ejemplos, comprendo con más amplitud el apocalíptico significado de lo que Wendell Holmes escribió en su día: «las profecías de lo que los tribu-

monial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 16, 2008; MUSOLES CUBEDO, M.C., El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007, en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 16, 2008.

⁵⁷ STEDH de 8 de diciembre de 2009 (seis votos a favor y uno en contra, considerando la vulneración del art. 14 en conexión con el art. 1 del Protocolo núm. 1. El TEDH recuerda las tres sentencias en las que el TC reconoció derecho a una pensión de viudedad en el caso de matrimonios canónicos no inscritos en el Registro Civil y que por tanto no producían efectos civiles. La STC 260/1988 en el caso de un matrimonio canónico que no pudo inscribirse debido a la imposibilidad de divorcio antes de 1981; la STC 180/2001 reconoce el derecho a una indemnización con la base de un matrimonio canónico no inscrito poco antes de la Ley del Divorcio de 1981 por motivos de libertad de conciencia y de religión; la STC 199/2004 reconoce un derecho a una pensión de viudedad también sobre un matrimonio canónico no inscrito voluntariamente en el Registro Civil. En relación a esta sentencia puede leerse, entre otras: DOMÍNGUEZ ALONSO, P.; MORENO MOLINA, J.A., «Pensión de viudedad tras matrimonio celebrado por el rito gitano: comentario a la STEDH de 8 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7356, 2010, pp. 10-12.

⁵⁸ La consideración de extranjero que acompaña este análisis se refiere a un nacional de un país no perteneciente a la Unión Europea.

⁵⁹ Art. 12.3 Cc establece «ad litteram» que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Dicho precepto también se evidencia en el artículo 8.1 Cc. La conceptualización del orden público en la materia relativa al derecho internacional es aquel que afecta a ciudadanos y extranjeros, abarcando aquellas leyes que, siendo comunes a los pueblos de una determinada cultura moral, no permiten que pueda establecerse sin grave perturbación del orden interior, una regulación distinta, ni siquiera en orden a los extranjeros.

nales harán de hecho, y no otra cosa con más pretensiones, tal es lo que entiendo por derecho»⁶⁰.

e) **La ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo**

Recientemente se ha aprobado en España la Ley 13/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género, colmando así una de las más insistentes demandas del colectivo transexual. Y ello, pese a que muchos la han calificado de corto alcance, pues entre otras cuestiones no se trata de una ley integral sobre los transexuales que aborde más problemas que el aquí suscitado. De hecho, autores como autores como Martínez Pereda afirman que se trata de *un cambio de sexo «ma non tropo», descafeinado y que el TS lo que ha creado es un «tertius sexus», femenino, pero no totalmente, al menos en sus efectos jurídicos*⁶¹.

Tampoco se dice nada de los intersexuales y los hermafroditas, y constituye una medida poco innovadora, que sigue los antecedentes de numerosos países europeos que desde hace más de treinta años se hicieron sensibles a esta necesidad. Así, Suecia fue la pionera en 1972 al establecer una «Ley sobre determinación del sexo en casos establecidos», a continuación Alemania en 1980 «sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares, y muchos otros países como Italia (1982), Holanda (1985)⁶², etc. Sensibilidad que trascendió al seno de las Instituciones Europeas en varias Resoluciones y Recomendaciones⁶³.

Con esta nueva ley, se han vuelto a retomar varias polémicas, como la necesidad de sufragar a través del Sistema Nacional de Salud todos sus tratamientos, incluida la cirugía (a diferencia de los travestidos, que alivian su conflicto vistiendo y comportándose como el sexo contrario, los transexuales necesitan adaptar su cuerpo al sexo opuesto al

⁶⁰ WENDELL HOLMES, O., *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, t. 10, 1087, pp. 457 y ss., publicado en *Collected Papers*, 1920.

⁶¹ MARTÍNEZ PEREDA, A.C., «*El transexualismo en el Derecho español, otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo*», *Actualidad Civil*, núm. 46, 1990, p. 739.

⁶² Asimismo otras como la Ley Belga de 10 de mayo de 2007: «Loi relative à transsexualité», Reino Unido mediante la Gender Recognition Act sancionada el 1 de julio de 2004, e incluso la Ley Japonesa de Identidad de Género que entró en vigor el 16 de julio de 2004, noticia difundida por el diario *El Mundo* y disponible en <http://www.figinternet.org/printarticle22.html>, entre otras.

⁶³ Resoluciones del Parlamento y del Consejo de Europa en 1989 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 9 de octubre de 1989, pág. 33); Resolución de 12 septiembre 1989 (Doc. A. 3-16/89 DOCE C 256, de 9 de octubre, del Parlamento europeo); Recomendación núm. 1117, adoptada el 29 de septiembre de 1989. Consejo de Europa, Estrasburgo (CJ-FA (91) 2), etc.

que se sienten pertenecer) –Actualmente el Sistema Nacional de Salud no incluye en su cobertura sanitaria el tratamiento integral de reasignación de sexo, siendo el resultado de esta discrecionalidad pública, la acentuación de desigualdades al depender este hecho de la Comunidad Autónoma de la que hablemos⁶⁴.

Hasta ahora, se condenaba a estas personas a un procedimiento judicial costoso, paliado con esta Ley junto a la agilización de su reconocimiento jurídico. Y es que, el TS venía reconociendo (con votos particulares en contra) este derecho a quienes acreditaran cirugía total de reasignación sexual (al menos en su apariencia externa)⁶⁵. A partir de la STS de 17 de septiembre de 2007, este Tribunal realizó un giro jurisprudencial, ante una pretensión que había sido denegada sucesivamente en las dos sentencias de instancia, precisamente por no haberse producido la cirugía de reasignación de sexo que hasta la vigencia de la Ley 3/2007 se entendía como requisito necesario, y coherente en este punto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶. Ha de tenerse en cuenta que ya se habían producido decisiones judiciales, no revisadas por el propio TS, en las que se llegó a admitir el cambio de sexo sin realizarse una cirugía de reasignación⁶⁷. Una de las primeras sentencias de Audiencia que aplicó la

⁶⁴ Tres hospitales sí lo hacen –el primero fue el Servicio Andaluz de Salud en 1999– pero depende de la decisión de cada CCAA del tal modo que un paciente en Andalucía puede tener acceso a una operación de cambio de sexo y en Navarra y País Vasco desde hace diez años se cubre la atención dental infantil).

⁶⁵ SSTS, 1.ª, 2.7.1987 (RJ 1987\5045), 15.7.1988 (RJ 1988\5722), 3.3.1989 (RJ 1989\1993) y 19.4.1991 (RJ 1991\2725). El TS llegó a impedir un cambio de sexo femenino a masculino por no cumplir la totalidad de la cirugía de reasignación, pese a que la solicitante llevaba ya más de tres años de tratamiento y había sido sometida a una primera intervención de extirpación de mamas: STS, 1.ª, 6.9.2002. Incluso se siguió este criterio ante la alegación de imposibilidad médica para la realización de la implantación de pene y al hecho de haberse ya sometido a mastectomía y histerectomía (SAP Valencia 30.12.2003); otra en la que la demandante alegaba no poder ser obligada a la cirugía por el riesgo que comportaba para su salud (SAP Barcelona 6.5.2002); o falta de la última fase de reasignación, no realizada por problemas económicos (SAP Madrid 15.7.2004).

⁶⁶ El propio Tribunal afirmó: «la necesidad de una intervención quirúrgica de reasignación no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada que, ciertamente, se presenta como afectada por un síndrome, por un estado patológico que exige un tratamiento que, obsérvese, no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el *soma* hacia la *psique*, y no a la inversa».

⁶⁷ Entre otras, tal vez pudo haberse referido a las sentencias: SAP Pontevedra 27.9.2003 (JUR 2006\26139) se aparta del criterio del TS marcando las diferencias del caso concreto (dos pasos ya realizados y no únicamente el primero) y estima la rectificación, teniendo en cuenta especialmente el carácter irreversible de la cirugía ya realizada y que la demandante estaba ya en lista de espera para la faloplastia; SAP Cádiz, Ceuta 20.4.2005 (JUR 2005\143363), que reconoce el cambio pese a estar todavía pendiente, citando expresamente motivos económicos, de faloplastia. En el mismo sentido, SSAP Valladolid 23.5.2005 (AC 2005\1549) y Jaén 9.10.2006 (JUR 2007\145216). La SAP Barcelona 17.2.2004 (AC 2004\893), pese a desestimar el cambio de sexo por no acreditación de la extirpación de útero y ovarios, admite, no obstante, y manifestándose en con-

nueva Ley a un caso que ya se estaba tramitando judicialmente, fue la de Córdoba en ese mismo mes de marzo de 2007⁶⁸.

No se exige por lo tanto cirugía (la cirugía de cambio de sexo está despenalizada por el artículo 428.2⁶⁹, cuando exista «consentimiento libre y expreso del afectado» –artículo trasladado casi literalmente al artículo 156.1 del vigente Código Penal de 1995 (a mayor de edad con consentimiento personalísimo y emitido consciente y libremente), pero sí es necesario acreditar tratamiento durante dos años, por parte médico. Una exigencia legal que puede servir de medida disuasoria a la automedicación de hormonas, que provoca un incremento notable de los riesgos relacionados con este tratamiento. Estos tratamientos médicos no son un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibilitan su seguimiento y se aporta certificación médica de tal circunstancia. Pero cabe otra objeción final: ¿y por razones económicas? Asimismo, esta Ley ha optado por no incluir ninguna precisión sobre la necesidad de esterilización, de ahí lo que está sucediendo en España en estos momentos, igual que en EEUU, en el que existe un transexual convertido en hombre embarazado.

Tal vez una medida demorada hasta la actualidad por la imposibilidad hasta fechas recientes de que se pudieran casar dos personas del mismo sexo, las cuestiones relativas a la filiación⁷⁰ y otras como el

tra de la posición del Ministerio Fiscal, la no necesidad de faloplastia (FJ 2). Asimismo en muchos casos se diferenciaba la cirugía según fuera hombre o mujer, pues si era cirugía de hombre a mujer, sí se exigía cirugía total, y sin embargo, en el supuesto contrario, no existía una posición común, habiendo resoluciones que exigían, para estimar las demandas de cambio de sexo, no sólo que el demandante se hubiera sometido a intervenciones quirúrgicas de mastectomía e hysterectomía (que suprimían los caracteres físicos femeninos), sino además, la implantación del aparato sexual masculino, aun cuando dicha intervención no pudiera llevarse a cabo por problemas ajenos a la voluntad del solicitante (como el grave riesgo para su vida: A título ejemplificativo: SAP Valencia de 30 de diciembre de 2003. De forma similar: SAP Madrid de 23 de diciembre de 2004; SAP Barcelona 1 de septiembre de 2005; SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 2005; SAP Asturias 25 septiembre 2006. En otras, sin embargo, se entendió que la extirpación de los caracteres sexuales primarios femeninos (ovarios, trompas, útero), además de la mastectomía bilateral, demostraba la seriedad de la petición de rectificación registral y la condición irreversible del proceso de reasignación sexual iniciado, en muchas de las cuales se alegaban consideraciones de carácter económico, laboral y médicas: A título ejemplificativo: SAP Valladolid 23 de mayo de 2005; SAP Cádiz de 20 de abril de 2005.

⁶⁸ SAP Córdoba 27.3.2007.

⁶⁹ El mismo ha sido introducido por la LO 8/1983, de 25 de junio.

⁷⁰ La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, superó, al menos indirectamente, este problema al regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que ya no era necesario el cambio de sexo en el registro para la validez del matrimonio. No obstante, la regulación del proceso de rectificación registral permitirá con mayor facilidad que el matrimonio se pueda celebrar de acuerdo con el nuevo sexo que conste en el Registro.

Encontramos una sorpresiva disposición adicional primera de modificación del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, para incluir un tercer apartado que permite ahora claramente el consentimiento de la mujer casada con otra mujer a la determinación de la filiación a su favor en caso de que su pareja se someta a estas técnicas.

servicio militar, el internamiento penitenciario⁷¹, las propias relaciones laborales, etc. La incoación del expediente habrá de comunicarse a los «interesados», a los meros efectos de que realicen las manifestaciones que consideren oportunas. En relación a esto último, pensemos en el cónyuge del transexual y en los hijos que éste tuviera, pues los asientos donde conste el matrimonio y el nacimiento de los hijos se verán afectados. Al respecto también, no por obvio debe dejarse sin precisar que las relaciones familiares no se deben ver afectadas, me refiero a las de carácter matrimonial o paterno-filiales. Hoy en día ya no constituye ningún problema jurídico el tener dos madres o dos padres, y por ello tampoco a la titularidad ni ejercicio de la patria potestad. Asimismo, la introducción en el testamento de una cláusula en la que, aun respetando la intangibilidad de la legítima, condicionara la institución de heredero de ese hijo a que no cambie de sexo, sería ilícita por atentar, entre otros principios constitucionales, contra el libre desarrollo de la personalidad y habría de tenerse por no puesta, y lo mismo si fuera la condición que se hubiera impuesto para poder heredar o recibir en legado. Y en relación al vínculo matrimonial, debe señalarse que fue solicitada su ausencia en la tramitación parlamentaria de esta Ley, pero finalmente no prosperó⁷².

Los requisitos de legitimación: el de la mayoría de edad, y el de capacidad suficiente. Con la necesidad de ostentar la nacionalidad española, se ha excluido de su aplicación a los extranjeros, incluso con residencia en España. No se ha llegado ni siquiera a favorecer el reconocimiento mutuo entre Estados, a pesar de ser estas cuestiones unas de las más controvertidas en la discusión parlamentaria de esta ley, pero con la reexpedición del DNI, títulos académicos y demás documentos, la atención del legislador a la causa transexual ha descendido hasta el punto de regular la exención de tasas por dichos conceptos.

⁷¹ El caso del internamiento en centros penitenciarios permitiendo que puedan ingresar en prisiones de hombres o mujeres según la identidad de género que manifiesten socialmente [Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 7/2006 TGP de 9 de marzo de 2006 sobre Integración Penitenciaria de Personas Transexuales (tras los preceptivos informes para ello)]. Si bien la Instrucción 1/2001, de 12 de febrero, estableció como criterio de separación el de la «identidad sexual aparente», con esta nueva Instrucción del año 2006 se intenta tener en cuenta la identidad psico-social de género de estas personas para evitar su exclusión con los preceptivos informes de valoración médica y psicológica, pudiendo entonces acceder a módulos y condiciones de internamiento adecuados a su condición. Asimismo se reconoce con la misma el acceso a servicios especializados de salud para el proceso de transexualización y tratamiento endocrinológico bajo supervisión médica. Y lo más curioso e importante en relación a la Ley aquí analizada: señala que «la Administración instará el empleo de nombre adecuado a su identidad y género, en las relaciones grupales e interpersonales penitenciarias, con exclusión de las de carácter oficial, incluida la documental, en que seguirá empleándose el nombre oficialmente acreditado».

⁷² Enmiendas: BOCG Congreso de los Diputados de 10 de octubre de 2006, Serie A, núm. 89-7, p. 57 y BOCG Senado, Serie II, 14 de diciembre de 2006, núm. 79, p. 9.

A los ejemplos mencionados relativos a los seguros, las cuotas electorales, el doctorado en el Colegio de España en Bolonia, la poli-gamia, los transexuales, podrían añadirse muchos otras tales como la Sucesión en la Corona o la diferenciación en el tratamiento protocolario del cónyuge según sea Rey o Reina el que ostente la Jefatura del Estado⁷³, cuestiones relativas al uso del velo o hijab en España, etc.

III. CONCLUSIONES

Por todo lo manifestado, puede concluirse que el constitucional y unánime reconocimiento de muchos derechos, así como su reforzada tutela, no implican la desaparición de todas las discriminaciones e incumplimientos. En determinados ámbitos, a pesar de la prohibición de cualquier discriminación, resulta endémica la desigualdad. Por ello es necesario superar la brecha entre la existencia de derechos y su ejercicio, pues no basta sólo con la fijación de normas y procedimientos jurídicos apropiados, sino que se requiere de una ciudadanía informada con conocimiento y conciencia de sus derechos, apoyada por una institucionalidad que responda frente a la transgresión de los mismos, y que exija su cumplimiento. Y ello, para compensar ese porcentaje de déficit democrático que ahora falta, lo que en mi opinión es una cuestión de justicia que debería preocupar a todos los ciudadanos, con especial atención de los operadores jurídicos.

Debemos continuar reivindicando la igualdad y la eliminación de la discriminación por razón de sexo desde la óptica material, pero sin olvidar al mismo tiempo la que podría considerarse su condición *sine qua non*; la equidad jurídica en derechos de las mujeres respecto a los hombres, pues no puede olvidarse que, precisamente, el Derecho es una de las más importantes herramientas en la búsqueda de la paridad.

La plena ciudadanía exige igualdad en derechos, idénticas posibilidades de participación social y la misma capacidad de participar en las decisiones políticas, las cuales, tienen a su vez efectos para ambos sexos, y estos presupuestos siguen sin cumplirse para las mujeres incluso en las sociedades de bienestar más consolidadas. Por esta razón, mientras no se supere este muro jurídico, las mujeres no serán ciudadanas, si por tal se entiende aquellos sujetos en el ejercicio completo de sus derechos políticos, económicos y civiles. Lo que por ende resulta contradictorio, entre otros, con el mandato constitucional del artículo 9.2 CE de *que los poderes públicos promuevan las condicio-*

⁷³ Si bien no se ha mantenido la «Ley Sállica», la mujer es apta a falta de varón. Así se establece en el artículo 57.1 CE, a pesar de que la Corona forma parte de la organización del Estado, ostenta la Jefatura del Estado Español, y sin margen de duda, también sus miembros se encuentran afectados por los principios, derechos y deberes que informan este sistema. Sobre estas cuestiones: RICOY CASAS, R.M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 2010.

nes para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

En relación con lo anterior, y siguiendo a Prieto Sanchís, cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos⁷⁴ y, por ello, es necesario ofrecer una especial protección que garantice la efectividad de los mismos.

Es más, una vez salvadas las diferencias jurídicas en el horizonte inmediato, debería continuar la lucha iniciada en pos de finalizar las diferencias en el lenguaje, en el reparto de papeles o roles sociales y laborales, etc., tan difíciles de franquear, en un reto permanente con la esperanza de presenciar y disfrutar de este siglo XXI que alguna autora prevé como *el siglo de las mujeres*. Y ello pese a que por ahora finalice con escepticismo más que pesimismo compartiendo, una vez más con Bobbio, el irresistible efecto cómico y, en la intención del autor satírico, del célebre dicho «orwelliano»: *todos somos iguales, pero unos más iguales que otros*, que escribiera en «Rebelión en la granja».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en adc, tomo XLVI, fasc. I.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. y TORRES MURO, I., *Iguals, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 7, 2008.
- AQUINO DE SOUZA, C., *Las cuotas electorales y el derecho fundamental de sufragio*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 17, 2008-i.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: STC 69/2007, de 16 de abril*, en Aranzadi Social, núm. 10, 2007.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a, *La igualdad como derecho público subjetivo*, Revista de Administración Pública, núm. 114, 1987.
- BLÁZQUEZ-RUIZ, F.J., *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- BOJ DEL VAL, E., Claramunt Bielsa, M.^a; Fortiana Gregori, J., *Una alternativa en la selección de los factores de riesgo a utilizar en el cálculo de primas*, en Anales del Instituto de Actuarios Españoles, tercera época 6, 11-35, 2000.

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, 1983, p. 370.

- BUSTOS MORENO, Y.B., *La transexualidad*, Dykinson, Madrid, 2008.
- DE CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, P., Moreno Molina, J.A., Pensión de viudedad tras matrimonio celebrado por el rito gitano: comentario a la STEDH de 8 de diciembre de 2009, en *Diario La Ley*, núm. 7356, 2010.
- FERNÁNDEZ CRENDE, A., *Seguros de vida y discriminación sexual*, en Indret, núm. 254, 2004.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, M.E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A., *Mujer y derecho civil*, en Palomar Olmeda, A. (coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español. Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARCÍA ALEGRÍA, G., *Matrimonio celebrado por rito gitano (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, 16 de abril de 2007)*, en Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, núm. 205, 2007.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., *La protección jurisdiccional del principio de igualdad*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 36, 1983.
- LÓPEZ MOSTEIRO, R., *La poligamia y algunas prestaciones de seguridad social*, sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 19/2001, Aranzadi, 2002.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad*, en *Diario La Ley*, núm. 6918, 2008.
- MARTÍNEZ PEREDA, A.C., *El transexualismo en el derecho español, otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo*, Actualidad civil, núm. 46, 1990.
- MUSOLES CUBEDO, M.C., *El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007*, en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 16, 2008.
- OLLERO, A., *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; id., *¿Tiene razón el derecho? entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Curso de derechos fundamentales (i), teoría general*, Eudema, Madrid, 1991.
- PEREIRA MENAUT, A. y TIRAPU MARTÍNEZ, D., *Observaciones sobre la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y carácter social del Estado de derecho en VVAA: el principio de igualdad en la Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Sobre la igualdad en la Constitución Española*, Anuario de Filosofía del Derecho, iv, 1987.
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986.
- PRIETO SANCHÍS, L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, 1983.

- *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, 1983.
- REY MARTÍNEZ, F., *La presentación equilibrada en los partidos políticos*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007.
- RICOY CASAS, R.M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano (a propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril)*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, 2008.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., Prólogo a la obra: OLLERO, A.: *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RUIZ MIGUEL, A., *En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007.
- *La representación democrática de las mujeres*, en Carbonell, M. (comp.), *el principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, en Reyes Mate, M., *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argenteria, Madrid, 1995.
- SANTAMARÍA IBEAS, J.J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Burgos, 1997.
- SEVILLA MERINO, J., *La participación política en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11, 2007.
- TRUJILLO, M.A., *Paridad política*, en AAVV: *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- VITTORIA BALLESTRERO, M., *Acciones positivas*. Punto y aparte, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996.
- WENDELL HOLMES, O., «*The path of the law*», *Harvard Law Review*, t. 10, 1087, 457 y ss., publicado en *Collected Papers*, 1920.
- ZOCO ZABALA, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Bosch, Barcelona, 2003.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 8/10/2011.

La justificación de la premisa fáctica en supuestos penales: un estudio empírico ¹

Por SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE
Universidade de Santiago de Compostela

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la premisa fáctica de las sentencias judiciales. La doctrina entiende que existe un déficit de justificación externa (siguiendo la distinción Wróblewska), e incluso, en ocasiones, de la propia justificación interna, al excluir la presencia de cualquier tipo de lógica, sea deductiva, inductiva o abductiva. Como eximente o atenuante de esta mala praxis judicial podría alegarse la situación en la que los jueces deben desempeñar su labor; fundamentalmente, la falta de tiempo. Sobre todo teniendo en cuenta la variabilidad de su retribución en función de objetivos (más sentencias, más retribución; menos sentencias, penalización). Para comprobar la existencia de tal problema se lleva a cabo una investigación empírica basada en el análisis de sentencias de juzgados de lo penal españoles.

Palabras clave: *Ciencia jurídica, Fundamentación-motivación de sentencias, Premisa fáctica, Justificación interna/externa.*

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-19897-C02-02, financiado por el MICINN, titulado «Razonamiento abductivo y argumentación judicial» dirigido por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, que se integra en el Proyecto coordinado «Modelos de razonamiento, tipos de razonamiento y estructuras argumentativas en la decisión judicial», coordinado por Juan Antonio García Amado. Agradezco al Consejo Asesor del Anuario de Filosofía del Derecho así como al evaluador externo nombrado por el Consejo de Redacción del mismo, las críticas y observaciones que han hecho a este trabajo. Espero que a la vista del artículo definitivo consideren que su esfuerzo ha valido la pena.

ABSTRACT

The present work deals with the factual premise in judicial decisions. Doctrine commonly views these premises as being deficient in their external justification and, on occasion, deficient even in their internal justification (to borrow Wròblewski's distinction), because of an absence of any kind of logic, either deductive, or inductive or abductive. The setting where judges must develop their task, and particularly the lack of time, could be argued as a defence or mitigation for this defective judicial praxis. Besides, it should be taken into account that their salaries could vary depending on the objectives fulfilled (more rulings equal more pay; less rulings lead to penalty). In order to test the existence of such a problem, the article undertakes an empirical research based on the analysis of some Spanish trial court rulings on criminal cases.

Key words: Legal science, Grounding-motivation of judicial decisions, Factual premise, Internal/external justification.

El método de investigación científico parte de la constatación de la existencia de un problema que sea real, resoluble y relevante. A continuación, el científico planteará hipótesis de solución del mismo, pasando a comprobar posteriormente (fase de experimentación) que tal hipótesis es correcta o, incluso, la más correcta entre todas las propuestas por la comunidad científica de referencia. No es esta la ocasión más oportuna para resucitar viejas polémicas sobre el carácter científico de la ciencia jurídica². Sea cual fuere la postura defendida, lo cierto es que son innegables las diferencias notables existentes entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, grupo este último al que pertenecería la ciencia jurídica, diferencias que se centran en el objeto de análisis pero que incluyen otras cuestiones, como la metodología a emplear, la posibilidad de influir en el desarrollo presente o futuro de tal objeto, etc. Con todo, la base, el punto de partida de toda investigación es común a ambos tipos de ciencia y pasa por la constatación de una cuestión problemática, de una duda, que cumpla con las tres R: Real, Resoluble y Relevante. Por tanto, quien pretenda «hacer ciencia jurídica» debe tomar como punto de referencia una cuestión problemática con estas características.

Pues bien, el problema objeto de este trabajo es el déficit de fundamentación de la premisa fáctica en las decisiones judiciales. Si durante un largo período de tiempo fue la premisa normativa³ la que ostentó

² Vid., KIRCHMANN, J. H., *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Civitas, 3.^a ed. 1983, trad. y estudio preliminar de A. Truyol Serra.

³ Vid., RODRÍGUEZ BOENTE, S. E., *La motivación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003. En esta obra, surgida de la tesis doctoral que defendí en 2002, me centré en la fundamentación de la pre-

el protagonismo como objeto de preocupación de la doctrina iusfilosófica española, desde hace aproximadamente unos quince años tal inquietud ha pasado a compartir espacio con la premisa fáctica. Por otro lado, es posible adaptar a esta última la distinción trazada por Wróblewski entre justificación interna y externa en la determinación de los hechos, apuntando especialmente a esta última que versa sobre la corrección de las premisas y que es, por tanto, la que plantea mayores dificultades⁴.

Existe, por otro lado, una diferencia cualitativa entre los procesos que dan lugar a la determinación de las premisas normativa y fáctica. Si en la determinación de la primera el juzgador cuenta con gran discrecionalidad; si es innegable que sus juicios de valor juegan un papel muy importante, en la determinación de la premisa fáctica estas circunstancias se llevan al extremo, o al menos esto es lo defendido desde ciertas posiciones teóricas. Y es que conceptos como «sana crítica», «libre apreciación», «libre valoración», «apreciación según conciencia», se han entendido por la doctrina de maneras diversas. En concreto, sobre la regla de «libre convicción», como señala Taruffo, existen dos versiones contrarias. De acuerdo con la primera, la determinación de la premisa fáctica es el resultado de una actividad irracional «de una introspección radicalmente subjetiva y esencialmente solipsista» que ha provocado, máxime en el ámbito del proceso penal, «una profunda involución en la forma de concebir la valoración de las pruebas y la decisión sobre los hechos»⁵. La segunda concepción, por

misa normativa, para lo cual consulté numerosa jurisprudencia, constatando la existencia de vicios o mala praxis judicial de diverso tipo: fundamentación implícita, fundamentación por remisión, ausencia casi total de fundamentación en algunos –cierto que muy pocos– casos, decisiones *contra legem*, etc. Ya entonces procuré guardar el máximo respeto a nuestros jueces y magistrados. Así, en el frontispicio del libro aparece, a modo de reconocimiento a la labor judicial, este párrafo de IHERING: «Convendréis en que es mucho más fácil componer, con ayuda de una buena bibliografía, algún artículo que todo tratadista en la materia y todo autor de compendio se crea luego en la obligación de citar, que redactar una buena sentencia o un escrito forense. Hasta el más tonto puede, usando la bibliografía, confeccionar una monografía en la cual se erige en juez de todos los autores que se han ocupado antes de ese tema...»: IHERING, R.V., *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1987, p. 80. Ese respeto no me impidió realizar propuestas de solución frente a esos vicios de la praxis judicial, arregando a los jueces a fundamentar jurídicamente de forma correcta sus decisiones.

⁴ WRÓBLEWSKI, J., «Sentido» y «hecho» en el derecho, San Sebastián, Editorial de la Universidad del País Vasco, publicado en colaboración con el laboratorio de Sociología Jurídica de San Sebastián, 1989, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, pp. 35-36: «Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión».

⁵ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Trad. Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 185. *Vid.*, del mismo autor *La motivación de la sentencia civil*, Traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Editorial Trotta, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

el contrario, a pesar de reconocer el gran poder discrecional de que dispone el juez en la valoración de las pruebas, mantiene la necesidad de que se atenga a las reglas de racionalidad, de tal modo que el principio de «libre convicción» no se opone a la utilización de criterios de racionalidad, sino que «la discrecionalidad de la valoración que el juez está llamada a realizar le impone aplicar las reglas de la razón para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable»⁶.

Nuestro texto constitucional, en el artículo 120.3, impone la obligación de motivar las resoluciones judiciales, y no limita tal obligación a la premisa normativa, pero lo cierto es que la ley parece que exime de la misma, o cuando menos aminora el rigor exigido al juez, con respecto a la premisa fáctica. No hay más que observar lo establecido tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷. Por tanto, apelando a conceptos como «según su conciencia» o «sana crítica», parece que el legislador español se ha decantado por la primera de las posiciones teóricas descritas por Taruffo, exonerando al juez de la obligación de acudir a criterios racionales de valoración o, cuando menos, intersubjetivamente comunicables.

Los perjuicios potenciales para el justiciable derivados de tal consideración⁸, sobre todo en los procesos penales, han llevado a la doctrina a someterla a una intensa crítica⁹. La propia Jurisprudencia penal

⁶ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, op. cit., p. 185.

⁷ El artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, sobre la valoración del interrogatorio de las partes que «1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. 2. En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301, según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307». En el artículo 376, sobre la valoración de las declaraciones de testigos: «Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre estas se hubiere practicado». Por su parte, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 741 señala: «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley»; y el 973: «El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquel oblige a tener en cuenta».

⁸ Fundamentalmente a efectos del control de la decisión y de fundamentar el recurso que, en su caso, se puede interponer contra la misma.

⁹ Vid., IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; GASCÓN ABELLÁN, M., «Concepciones de la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo», en *Discusiones*, núm. 3, 2003,

se ha pronunciado sobre el tema, en particular al hilo de los requisitos exigibles para hacer valer la garantía constitucional de presunción de inocencia. Esta garantía exige: «a) que concurra una mínima actividad probatoria, de manera que se constate que la condena se basa en pruebas de cargo, suficientes y decisivas; b) que su desarrollo, obtención y práctica, se efectúe con las garantías necesarias, y que sea practicada normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; c) que, por lo que se refiere al objeto de la prueba así aportada, se abarque todos los elementos esenciales del tipo delictivo, tanto los objetivos como los subjetivos; d) que de la misma puedan desprenderse de forma razonable los hechos y la participación en ellos del acusado, y e) que la idoneidad incriminatoria de la prueba asumida debe ser no sólo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la Sentencia, de forma *que la carencia o insuficiencia de motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entrañará la lesión de aquel derecho* (cursiva nuestra)» (SSTS 59/2008 y 331/2008) y la más reciente 77/2011: «Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que *permite a este Tribunal Supremo «la revisión íntegra» entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba* (cursiva nuestra)». Parece, por tanto, que el Tribunal Supremo entiende necesaria la posibilidad de controlar la valoración de la prueba realizada por el órgano judicial de instancia así como la fijación de los hechos que se derivan de la misma.

pp. 43-54; *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010 (3.^a ed.); GASCÓN ABELLÁN, M. y LUCENA MOLINA, J. J., «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia*, núm. 69, noviembre 2010, pp. 95-106. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, op. cit.; DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1995; *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, Dykinson, 1998; *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Pról. de Michele TARUFFO, Madrid, Marcial Pons, 2005, 2.^a ed.; «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pp. 27-34; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *DOXA*, núm. 12, 1992, pp. 257-299; «Carpintería de la sentencia penal (en materia de “hechos”）」, *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pp. 393-428; «Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, pp. 155-186; NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

El fenómeno conocido como «cultura de la motivación», impone nuevas exigencias de conocimiento de las razones, de todas las razones, que han llevado al juez a una concreta fijación de los hechos. Hernández García, Magistrado y, por tanto, «juez y parte» en la visión del tema, afirma la necesidad de defender un nuevo paradigma, un nuevo modelo de determinación de los hechos: el **cognitivo-constitucional**, en el que «la motivación fáctica adquiera, al menos, la misma centralidad que previamente tenía la motivación en derecho»¹⁰. El juez debe exteriorizar el proceso inferencial que le lleva a dar por buena, bien la hipótesis acusatoria, bien la contraria (justificación interna), pero esto no basta. El nuevo paradigma impone que se haga explícita la justificación externa, esto es, «la identificación de las máximas de la experiencia técnicas, normativas, sociales, culturales, que atribuyen un cierto valor de probabilidad a la conclusión»¹¹. Se trata de controlar la razonabilidad de las decisiones judiciales sobre los hechos. Si hasta fechas bastante recientes este control se aplicó exclusivamente en aquellos casos en que el juez basaba la declaración de hechos probados en indicios, actualmente y por fortuna, se ha extendido también a los casos en que utiliza prueba directa. Todavía se exige un especial rigor justificativo en los supuestos en que la imputación se basa en prueba indiciaria, pero ello no impide su necesaria concurrencia también en los supuestos de prueba directa. Así ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias¹².

¹⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Exigencias éticas y motivación», *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 12, 2009, pp. 125-188, p. 145.

¹¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Exigencias éticas y motivación», *op. cit.*, p. 143.

¹² *Vid.*, STC 5/2000 de 17 de enero, fundamento jurídico 2.º: «Esta garantía, predominantemente formal, si bien ha de ser respetada con especial rigor en el marco de la llamada prueba indiciaria, no puede ser desconocida en el ámbito de la llamada prueba directa (STC 259/1994, de 3 de octubre, FJ 2). La prueba indiciaria puede ofrecer mayores dificultades en la afirmación de la existencia de una base probatoria mínima pero firme, capaz de enervar la presunción de inocencia (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 3, 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 1, 256/1988, de 21 de diciembre, FJ 2, 91/1999, de 26 de mayo, FJ 3), ya que los hechos punibles o la intervención del acusado en ellos se acreditan mediatamente a través de la prueba de otros hechos que sirven de puente entre la prueba practicada y aquellos, y, por tanto, requieren una doble conexión lógica –de la prueba a los indicios y de estos a los hechos declarados probados–. Pero la prueba directa, para ser conectada con los hechos probados, requiere también, en muchas ocasiones, una interpretación o inferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación. Esto es lo que sucede en casos como el examinado, en los que el hecho que ha de ser probado –el perjuicio económico– no puede ser acreditado mediante la percepción sensorial. Sin embargo, ello no significa que esta clase de hechos solo puedan ser acreditados mediante prueba indiciaria o indirecta, sino tan solo que la conexión directa entre las pruebas y tales elementos del tipo no se establece en el plano sensible; sino que se trata de una conexión de sentido, que ha de resultar explícita, so pena de vulnerar las exigencias constitucionales dimanantes de la presunción de inocencia». Y FJ 4.º: «La ausencia de expresión de los elementos de convicción que han presidido la valoración de la prueba tiene, pues, relevancia constitucional, como afirman los recurrentes, por tratarse de una Sentencia

La explicitación íntegra de las razones que conducen a la determinación de la premisa fáctica, incluyendo, por tanto, justificación interna y justificación externa, conforma lo que se conoce como «cuadro de prueba». Es preciso, en este sentido, que el juez exponga un «cuadro probatorio completo». Con razón se ha dicho que el relato de hechos probados «o lo que es lo mismo el discurso de justificación de la *quaestio facti*, es el parangón para controlar la racionalidad de la decisión sobre el *tema decidendi*»¹³. Tal como exige la ley el juez debe llegar a la íntima convicción sobre los hechos, pero las razones que le han llevado a la misma deben ser comunicables, razonables; no cabe alegar intuiciones, corazonadas, ni cualquier otro elemento sentimental o irracional. Con independencia de que tales elementos efectivamente influyan en la adopción de la decisión, consciente o inconscientemente, lo cierto es que el juez debe buscar las «buenas razones» para sostener su convicción; y si no las encuentra, tendrá que abandonarla. En palabras de Nieva Fenoll, la valoración de la prueba debe depender, en la medida de lo posible «de criterios objetivos y explicables, y no de intuiciones generales cubiertas detrás del tantas veces incoherente telón de la “inmediación”. En realidad, esa pura intuición es víctima de todo tipo de emociones, inclinaciones, gustos, preferencias y hasta aficiones, elementos que no siempre resultan confesables y que, de hecho, acostumbran a no confesarse, porque lo cierto es que no deberían formar parte de la valoración probatoria. Por el contrario, la valoración probatoria es objetivable»¹⁴.

El juzgador debe exponer por qué le pareció más convincente el testimonio del testigo de cargo que el del testigo de la defensa; por qué estimó la conclusión del perito x, en términos estrictamente científico-técnicos, más correcta que la del perito p, cuyo informe contradecía al primero. Las premisas que se sitúan en la justificación externa deben ser, como hemos dicho, «buenas razones», razones comunicables y entre éstas hay que incluir no solo las objetivas, sino también las derivadas de la experiencia particular, emociones, vivencias, preconcepciones y, en general, cualquier elemento subjetivo que haya influido en la decisión judicial. Se trata de sacar a la luz criterios que el juez utiliza, aunque en ocasiones de forma inconsciente. La «cultura de la motivación (fáctica)» impone «que esos criterios se conozcan, se utilicen debidamente y, sobre todo (...), se expliquen en la motivación, porque solo de esa forma, realmente, pueden ser impugnados a través de un recurso contra la sentencia»¹⁵.

condenatoria que revoca una Sentencia absolutoria que contenía una expresa y razonable argumentación referida a la ausencia de pruebas sobre los presupuestos fácticos de un elemento típico del delito de estafa, el perjuicio».

¹³ COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 188.

¹⁴ NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, op. cit., p. 209.

¹⁵ NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, op. cit., pp. 209-210.

Hay elementos objetivos que influyen en la valoración de un testimonio. Así, que se mantenga inalterable en el tiempo (desde las primeras declaraciones, pasando por la fase de instrucción hasta llegar al juicio oral), que sea coherente, que sea compatible con otras declaraciones, que no haya ninguna circunstancia externa que pueda condicionarlo, etc. Por eso, un testimonio no se puede valorar aisladamente sino en relación con todos los elementos que conforman el cuadro de prueba¹⁶.

En el caso de la prueba pericial se critica el hecho de que el juez acepte, salvo que haya informes contradictorios, dicha prueba como prueba documental o legal, esto es, se acepta el resultado inculpatario o absolutorio al que conduce de forma indubitada, casi a modo de acto de fe¹⁷, con lo cual quien dicta sentencia es en realidad el perito¹⁸. No todo método científico está igualmente dotado de fiabilidad o validez y el juez debe poseer los conocimientos necesarios para poder discriminar entre ellos; por otro lado, una vez que se ha decidido por la aceptación de uno de estos medios, al otorgarle mayor validez, deber conocer lo suficiente sobre el ámbito científico del mismo, como para poder valorar en términos racionales la conclusión pericial que le presenten¹⁹.

¹⁶ Sentencia 159/2008, del Juzgado de lo Penal de Córdoba: «El testimonio del perjudicado constituye prueba idónea y bastante para desvirtuar la presunción de inocencia si en el análisis del mismo concurren los requisitos de persistencia en el testimonio, ausencia de ánimo espurio y cierto respaldo objetivo por otra serie de datos concomitantes. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 7-7-2000, no se trata de «exigencias condicionantes de su objetiva validez como prueba, sino de criterios de ponderación que señalan los cauces por los que ha de discurrir un proceso valorativo verdaderamente razonable»: FJ 3.º

¹⁷ Vid., GASCÓN ABELLÁN, M. y LUCENA MOLINA, J.J., «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia. op. cit.*, en la misma obra se cita: GASCÓN, M., LUCENA, J.J. y GONZÁLEZ, J., «Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar», en *La Ley*, núm. 7481, lunes 4 de octubre de 2010; LÓPEZ CASTILLO, M., «La conversión de la prueba pericial en documental», en *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo de 2003, pp. 67-75.

¹⁸ «Por último, el mito de la infalibilidad de la prueba científica entraña un riesgo adicional, un efecto adverso desde el punto de vista jurídico: en la medida en que la prueba se considere infalible, el juez no puede apartarse de los resultados de la misma sin razones poderosas, de modo que podría decirse que *es el propio perito quien indica al Juez lo que debe creer sobre la hipótesis en consideración*. Pero de este modo se termina convirtiendo a los peritos en decisores de la causa y, por consiguiente, instaurando un nuevo sistema de prueba fundado en la autoridad de los expertos», GASCÓN ABELLÁN, M. y LUCENA MOLINA, J.J., «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia. op. cit.*, p. 98.

¹⁹ Vid., CAROFIGLIO, G., *El arte de la duda*, Prólogo de M. Atienza, Madrid, Marcial Pons, 2010. En palabras de Taruffo, «los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que venga presentada en juicio como científica, deben ponerse en el problema de verificar la validez y certeza de la información que pretenden tener dignidad científica»: «Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial», en *Proceso, prueba y estándar*, Santiago Ortega, Editor, Perú, Ara Editores, 2009, pp. 31-52, p. 38.

Hernández García hace referencia a una serie de reglas que el juez debe seguir para valorar de la forma más racional posible la prueba científica. Así, el juez debe controlar que la inferencia científica se haya basado en un método científico; que la teoría en la que se basa haya sido sometida a refutabilidad y control; que la misma sea aceptada por la mayor parte de la comunidad científica de referencia; por último, el juez debe conocer también la tasa de error de la técnica o teoría empleada²⁰.

Si tratamos de sistematizar este conjunto de exigencias dirigidas al juez en orden a la determinación de la premisa fáctica, se torna necesario exponer el criterio (o conjunto de criterios) que permitan al juez valorar de forma racional los medios de prueba y con ello llegar a una determinación racional de la premisa fáctica, así como a una justificación igualmente racional de la misma. Pasaremos por alto las limitaciones de sobra conocidas que actúan en contra de la consecución de una ideal determinación, absolutamente racional, de la premisa fáctica, como pueden ser las epistemológicas, temporales, materiales, e incluso legales (en los supuestos de prueba legal o tasada).

La doctrina se ha esforzado en exponer criterios que, por un lado, permitan al juez aproximarse lo máximo posible a aquel ideal y, por otro, posibiliten el control de la discrecionalidad judicial en este ámbito en concreto. En algunos casos se habla de los requisitos que la motivación del relato de hechos probados debe cumplir «para ser adecuada y suficiente»²¹, que, para Colomer Hernández, se concretan, en primer lugar, en la necesidad de valorar de forma completa los resultados probatorios, que implica una «concreta y explícita indagación sobre la eficacia atribuida a cada uno de los medios de prueba tras su prudente apreciación»²², y, en segundo lugar, en la explicitación del criterio de convencimiento empleado por el juez, indicando los elementos sobre los que se funda lo cual permita «como mínimo, que un tercero ajeno a la causa, el intérprete de la sentencia, pueda reconstruir el *iter* lógico seguido por el juez»²³, e indicando también el criterio de convencimiento empleado cuya elección «resulta indiferente»²⁴ siempre que permita su aplicación a todos los resultados probatorios, sea único y expreso. Su contenido puede «ser muy variado, bien sea la verosimilitud, la atendibilidad o cualquier otro»²⁵.

Pues bien, la teoría de Colomer nos sirve de base para enjuiciar la racionalidad de la valoración de los medios de prueba efectuada por el juez, pero quizá se queda en un grado de indeterminación excesivo. Es

²⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Exigencias éticas y motivación», *op. cit.*, pp. 159-160.

²¹ COLOMER HERNÁNDEZ, I., «La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales», *op. cit.*, pp. 233 ss.

²² *Ibidem*, p. 234.

²³ *Ibidem*, p. 236.

²⁴ *Ibidem*, p. 239.

²⁵ *Ibidem*, pp. 239-240.

preciso pues completarla intentando especificar algo más el contenido del criterio de convencimiento del juez. Para ello me parece muy oportuno el concepto de «estándar de prueba» desarrollado por Marina Gascón Abellán²⁶. Parte de que los resultados de la prueba no pueden garantizar la certeza absoluta, «sino solo un cierto “grado de certeza”, o de probabilidad, sobre la verdad del enunciado probado»²⁷. Un modelo de valoración debe proporcionar esquemas racionales que permitan medir la probabilidad de la hipótesis. Y es «en ese contexto» donde adquieren sentido y relevancia los estándares de prueba (en adelante SP), que son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe»²⁸. De acuerdo con ello, los SP cumplen dos funciones: heurística, ya que sirven de guía para una valoración racional, y justificadora pues constituyen el criterio de acuerdo con el cual se reconstruye la justificación de la premisa fáctica del razonamiento jurídico. Para que un hecho pueda darse por probado se requiere, desde una perspectiva epistemológica, un grado de probabilidad mínimo «del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar»²⁹. Cuando más exigente es el estándar para probar un hecho, más racional es la decisión que lo declara probado. Pero, además, la construcción de un SP depende también de determinadas elecciones político-valorativas³⁰.

Por lo que respecta al modelo de valoración racional, el más aceptado es el basado en esquemas de confirmación, que «entienden que la *probabilidad (lógica o inductiva)* de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las que pruebas con las está conectada a través de reglas causales»³¹. El concepto más importante en este esquema de valoración es el de «grado de confirmación», de tal manera que una hipótesis «podrá aceptarse como verdadera si *no ha sido refutada* por las pruebas y *ha sido confirmada por estas en grado suficiente*»³². Pero quizá la pregunta más relevante a la que se enfrenta Gascón es la de si cabe la formulación de estándares de valoración conforme a criterios objetivos. Al respecto afirma la autora que sí «cabe encontrar fórmulas o criterios intersubjetivos para reconstruir la justificación de la decisión probatoria»³³. Cualquier SP exige que la hipótesis de culpa-

²⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», en *Proceso, prueba y estándar*, op. cit., pp. 17-30.

²⁷ *Ibidem*, p. 17.

²⁸ *Ibidem*, p. 18.

²⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁰ «En definitiva, un SP específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y esta es, en última instancia, una elección política o valorativa»: *Ibidem*, p. 21.

³¹ *Ibidem*, pp. 23-24.

³² *Ibidem*, p. 24.

³³ *Ibidem*, p. 25.

bilidad no haya sido refutada y, a partir de ahí, se pueden formular SP más o menos exigentes «en virtud de los distintos grados de confirmación exigidos para la Hc (hipótesis de culpabilidad) y de los distintos grados de confirmación tolerados para la hipótesis de inocencia (en adelante Hi)»³⁴. Habrá una confirmación sólida cuando las pruebas solo encuentran explicación si la hipótesis es verdadera y, por el contrario, estaremos ante una confirmación débil cuando las pruebas pueden «explicarse si entendemos que la hipótesis es verdadera, pero no son incompatibles con la hipótesis contraria»³⁵.

Con todo, la justificación de la decisión sobre los hechos es incompleta si no se justifica por qué está confirmada una hipótesis y en qué grado lo está. En este sentido, Gascón alude a los «argumentos de la confirmación», que permiten acreditar la solidez de la misma³⁶ y que obligan a incluir un eslabón más en la cadena de justificación³⁷.

Lo que está en cuestión, al menos para quien escribe estas líneas, es si no se les estará demandando a los juzgadores un esfuerzo titánico que lleve a considerar los poderes del juez Hércules de Dworkin como los de una hormiga comparándolos con los que exigimos a nuestro juez modelo, teniendo en cuenta el contexto de escasez de medios y, sobre todo, de escasez de tiempo, en el que deben desarrollar su actividad. Hay que tener en cuenta que en nuestro país rige un sistema de retribuciones variables para los jueces que dependen directamente del número de sentencias que dicten. La Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, con el ánimo de estimular el esfuerzo de nuestros jueces y magistrados, dispone (art. 2) que «Las retribuciones de los miembros de la carrera

³⁴ *Ibidem*, p. 26.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Entre estos argumentos se encontraría el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con la hipótesis; la solidez epistemológica de las pruebas que la confirman; el número de pasos inferenciales que separan las pruebas de la hipótesis; la cantidad de pruebas o confirmaciones; la variedad de pruebas o confirmaciones, etc.: *Ibidem*, p. 29.

³⁷ FERRER I BELTRÁN asume «la tesis descriptivista en cuanto a la fuerza de los enunciados declarativos de hechos probados; la versión de que hay elementos de juicio suficientes a favor p como significado de “Está probado que p” y la tesis de la aceptación como actitud proposicional más adecuada para reconstruir su funcionamiento en el proceso judicial»: «Está probado que p», en *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Pablo Raúl Bonorino, Editor, Perú, Ara Editores, 2010, pp. 119-148, p. 144. Por su parte, Aliste Santos, realiza una propuesta cuando menos original que consiste en trasladar a nuestro sistema procesal el concepto de «certeza moral» proveniente del derecho procesal canónico, como criterio de formación de la convicción judicial. A su juicio, su positivación «supondría reforzar la garantía de motivación judicial de forma efectiva, aprovechando, sin prejuicios acerca de su procedencia, una elaboración conceptual sólidamente establecida y de una utilidad inmediata al servicio del razonamiento judicial, sancionando *de iure* un criterio razonable al que muchos jueces, sin duda, ajustan su proceder *de facto*»: ALISTE SANTOS, T.J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 319.

judicial constarán de un componente fijo y otro variable por objetivos (...). Las retribuciones variables por objetivos, que en ningún caso son consolidables, remuneran, conforme a criterios transparentes que reglamentariamente se establezcan, el rendimiento individual de los jueces y magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales».

A efectos de cuantificar la retribución variable, el artículo 9 dispone que si los jueces y magistrados superan en un 20% el objetivo correspondiente a su destino tienen derecho a percibir entre un 5 y un 10% más de sus retribuciones fijas y si no alcanzan el 80% de ese objetivo por causas que les sean atribuibles, percibirán un 5% menos de aquellas.

El caso es que el incentivo (en el caso de que se superen los objetivos) o la penalización (si no se llega al 80%) se basan, en gran medida, en parámetros cuantitativos. Lo que cuenta es el número de sumarios conclusos, de procedimientos abreviados elevados, de sentencias dictadas, etc., y no se tiene en cuenta la calidad del trabajo³⁸. La ley estimula a los jueces (económicamente) a realizar la mayor cantidad posible de trabajo, mientras que la doctrina y la jurisprudencia les conminan a realizar su trabajo de la forma más racional posible, más fundada, más correcta, más justificada, etc. El juez que dedica mucho tiempo a una causa, que estudia minuciosamente todos sus aspectos, que justifica externamente, de forma absolutamente escrupulosa las premisas en las que basa sus inferencias, estará contentando a la doctrina pero ello quizá a costa de un 5% de su retribución fija. Mientras que el juzgador que trabaja a destajo, analizando cada caso solo como un peldaño más para llegar al deseado 120% con el fin de cobrar más, tendrá descontenta a la doctrina (descontento difuso y que solo si se empeña puede llegar a conocer) pero muy satisfecha su cuenta corriente.

En aplicación de lo dispuesto en la ley, el Consejo General del Poder Judicial, por acuerdo de 3 de diciembre de 2003, aprobó el Reglamento (2/2003) para determinar los objetivos de rendimiento correspondientes a los destinos de la Carrera Judicial, los sistemas y el órgano competente para su determinación. Además, en su disposición

³⁸ «El aspecto más peligroso del sistema diseñado por la Ley 15/2003 es que constituye un incentivo para que los jueces se comporten de manera oportunista. Habida cuenta de su sensibilidad a los estímulos económicos (...) y de la enorme dificultad que para quienes les pagamos entraña controlar la calidad –la justicia– de sus decisiones jurisdiccionales, hacer depender su remuneración del cumplimiento de unos módulos predeterminados, en los que únicamente cuentan el número y el tipo de aquellas decisiones, solo puede propiciar que disminuya la calidad de las mismas, solo puede favorecer que los jueces tiendan a invertir estratégicamente sus esfuerzos en las que más beneficios puedan reportarles, aunque no siempre sean las más justas»: DOMÉNECH PASCUAL, G., «La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones», *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, julio, 2008, 74 pp.

transitoria tercera se disponía que en tanto el Pleno del Consejo General del Poder Judicial no procediese a determinar otro sistema para la fijación de los objetivos de rendimiento, se debían observar a partir de 1 de enero de 2004 los establecidos en el Acuerdo sobre Módulos de trabajo aprobados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 9 de octubre de 2003. Pues bien, la sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de marzo de 2006, anuló el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial en su integridad³⁹. En resumen, lo que anuló el Tribunal Supremo es la falta de individualización en el sentido de determinación de la dedicación precisa para cada caso en concreto, que debería tener en cuenta el Consejo General al fijar los objetivos. Esto es, se atenúa en cierta medida la medición cuantitativa generalista o estándar. Pero la variabilidad de la retribución en función de los objetivos conseguidos (sean cuales fueren los criterios para la fijación de estos) que está establecida en la ley, se mantiene inalterable.

Por tanto, sería conveniente plantearnos un par de preguntas para la reflexión: ¿no estaremos exigiendo a los miembros de la carrera judicial la posesión de cualidades sobrehumanas, más difíciles de poseer que las que Dworkin pretende del Juez Hércules? ¿Pasariamos nosotros mismos, en nuestro trabajo de investigación y docencia, los controles de calidad en nuestra actividad, en especial si, como es el

³⁹ Los fundamentos para tal declaración de nulidad son varios. En primer lugar, entiende el Tribunal Supremo que la Ley 15/2003 parte de que la tutela judicial efectiva de los ciudadanos debe estar encomendada a unos jueces y magistrados cuyo estatuto jurídico garantice su independencia en todas sus dimensiones, incluida la económica y que el Reglamento derivado del Acuerdo del Consejo, que asocia la retribución de los jueces a parámetros exclusivamente cuantitativos, priva en ocasiones al justiciable de un examen individualizado «y pormenorizado» de su pretensión. En segundo lugar, el artículo 7 de la ley vincula las retribuciones variables al «rendimiento individual acreditado por cada Juez o Tribunal» y el artículo 8.1 de la misma establece que el objetivo «para cada destino» relaciona las retribuciones variables por objetivos al rendimiento individualizado de jueces y magistrados. En tercer lugar, el Tribunal ataca especialmente lo dispuesto en el anexo primero del Reglamento que establece los tiempos medios de dedicación del titular del órgano a cada proceso de acuerdo con dos procedimientos: una medición individualizada de los tiempos invertidos por un grupo de jueces durante un período determinado de tiempo y seleccionar determinados órganos judiciales como modelo de funcionamiento. Por tanto, no tiene en cuenta el Reglamento la dedicación precisa para cada caso concreto, en el ejercicio de la función jurisdiccional. No se valoran las distintas incidencias de cada procedimiento, en relación a las pretensiones y la particularizada respuesta judicial motivada que ha de darse en cada caso. El Tribunal concluye que el «Reglamento impugnado excede de la habilitación legal que le confería el artículo 8.1 de la Ley 15/2003. La ley (...) plantea siempre la exigencia de una valoración del rendimiento individualizado, lo que impone la fijación de objetivos para cada destino. El Anexo I del Reglamento impugnado acepta que no ha realizado una valoración de la dedicación para cada caso concreto, ni para cada destino, sino que ha operado partiendo de cómputos globales aproximativos, que por lo demás tampoco aparecen suficientemente detallados, de los que saca unas consecuencias que son las que le llevan a fijar unos módulos desde una perspectiva bastante productivista»: FJ 8.º

caso, se premiase y penalizase la mayor y menor, respectivamente, producción científica de cada uno?

Lo cierto es que, con independencia de la respuesta que honestamente demos a estas cuestiones, la idea generalizada entre la doctrina es que la premisa fáctica adolece, en su determinación, de falta de fundamentación o justificación así como de su necesaria exteriorización en la motivación de sentencias.

Llegados a este punto, esto es, constatado que la doctrina afirma la existencia del problema, ha llegado el momento de exponer un pequeño estudio empírico que se ha realizado para constatar (o refutar) la existencia del mismo. Se ha analizado una pequeña muestra jurisprudencial que dudamos pueda considerarse representativa. Se ha acotado el número de sentencias, ya que lo que se pretende es extraer una primera conclusión sobre el tema, pero no analizarlo exhaustivamente. La acotación viene determinada en primer lugar por la materia. Así, se han analizado exclusivamente sentencias de lo penal partiendo de la presunción de que, dados los derechos e intereses en juego, cabe esperar que la fundamentación de la premisa fáctica sea más escrupulosa en estos casos que en los procedimientos civiles. Por otro lado, dentro de la materia, se han elegido solo sentencias de juzgados de lo penal, puesto que son los órganos judiciales que tienen un contacto más directo con los medios de prueba. Son los que deben poner en práctica la tan cacareada inmediación, los que deben desplegar su sana crítica, su libre valoración y llegar a «su íntima convicción» sobre un determinado relato de los hechos. Por último, la limitación pasa por una necesaria acotación temporal de tal manera que el análisis se reduce a la jurisprudencia existente entre los años 2008 y 2010.

Como base documental se utiliza, por un lado, el fondo del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es>). Ocurre que a diferencia de las sentencias de órganos colegiados, que se publican en su totalidad en este fondo jurisprudencial, solo se publican una parte de las sentencias emanadas de órganos unipersonales, como es el caso de los juzgados de lo penal. Hecha la consulta al centro sobre el criterio de selección de tales resoluciones, responden que en ocasiones es el propio CGPJ quien solicita al órgano juzgador la sentencia para su publicación, teniendo en cuenta la importancia del asunto o el debate social que ha generado y en otros casos son los propios jueces quienes instan tal publicación, a razón de los mismos criterios.

Por otro lado, se utiliza la base de datos de jurisprudencia Westlaw de Aranzadi, seleccionando el mismo período (2008-2010) en la recopilación de sentencias de juzgados de lo penal. Tampoco esta base de datos recopila todas las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal, pero en este caso ha sido imposible determinar el criterio de selección.

La muestra es de 56 sentencias en total. Se trata de una muestra, ya lo hemos dicho, escasamente representativa. Pero además, a pesar de que no ha habido una selección por parte de quien escribe estas líneas,

sí la hubo tanto por parte del CGPJ como de la base de datos Westlaw. Pues bien, de las 56 sentencias analizadas presentan una motivación fáctica correcta (en algunos casos impecable) 41⁴⁰; mientras que apenas se fundamentó la premisa fáctica en 15⁴¹, esto es, en casi un 27% está presente tal déficit justificatorio, mientras que en un 73% no.

Por otro lado, de las defectuosamente fundamentadas digamos que, salvo en los casos que luego se citarán, en la mayoría se produce la conformidad del acusado con el escrito de la acusación, la confesión, etc.; esto es, acusación y defensa coinciden en el relato de los hechos de tal manera que el juez no tiene que «convencer» del relato fáctico que le parece más plausible, puesto que ambas partes están «convencidas»⁴².

⁴⁰ Sentencia (en adelante S.) 418/2010, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 343/2010, del Juzgado de lo Penal de León; S. 334/2010, del Juzgado de lo Penal de Zaragoza; S. 58/2010, del Juzgado de lo Penal de Pamplona; S. 47/2010, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 213/2009, del Juzgado de lo Penal de Mérida; S. 378/2009, del Juzgado de lo Penal de Getafe; S. 412/2009, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 428/2009, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 383/2010, del Juzgado de lo Penal de Tarragona; S. 320/2009, del Juzgado de lo Penal de Sevilla; S. JUR\2008\146195, del Juzgado de lo Penal de Toledo; S. 111/2009, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 288/2010, del Juzgado de lo Penal de Manresa; S. 275/2009, del Juzgado de lo Penal de Valencia; S. 238/2009, del Juzgado de lo Penal de Pamplona; S. 232/2010, del Juzgado de lo Penal de Barakaldo; S. Roj: SJP 5/2010 (núm. de recurso 621/2009), del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. ARP\2010\1468, de 1 de septiembre de 2010, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 288/2010, del Juzgado de lo Penal de Manresa; S. 220/2010, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 163/2009, del Juzgado de lo Penal de Palencia; S. 230/2009, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 219/2009, del Juzgado de lo Penal de Santander; S. 21/2009, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. JUR\2008\86842, de 25 de febrero de 2008; S. 318/2008, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 428/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 392/2008, del Juzgado de lo Penal de Bilbao; S. 339/2008, del Juzgado de lo Penal de Valencia; S. 279/2008, del Juzgado de lo Penal de Madrid; S. 140/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 283/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 77/2008, del Juzgado de lo Penal de Mérida; S. 213/2008, del Juzgado de lo Penal de Madrid; S. 159/2008, del Juzgado de lo Penal de Córdoba; S. 131/2008, del Juzgado de lo Penal de Huelva; S. 126/2008, del Juzgado de lo Penal de Zaragoza; S. 135/2008, del Juzgado de lo Penal de Valencia; S. 19/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 26/2008, del Juzgado de lo penal de Pamplona (Iruña).

⁴¹ S. 534/2010, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 357/2010 del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 78/2010 del Juzgado de lo Penal de Bilbao; S. 27/2010, del Juzgado de lo Penal de Vigo; S. 23/2009, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 506/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 308/2008, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 281/2008, del Juzgado de lo Penal de Pontevedra; S. 169/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 74/2008, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 116/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 77/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 100/2008 del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 40/2008, del Juzgado de lo Penal de Langreo; S. 1/2008 del Juzgado de lo Penal de Sevilla.

⁴² Así, hay conformidad en la S. 27/2010 del Juzgado de lo Penal de Vigo; S. 23/2009, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 506/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 308/2008, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 281/2008, del Juzgado de lo Penal de Pontevedra; S. 74/2008, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 116/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 77/2008, del Juzgado de lo

Hay otros tres supuestos en los que no hay conformidad del acusado, pero en los que no se discuten los hechos, sino que acusación y defensa coinciden en la determinación de la premisa fáctica, fundamentalmente por la existencia de pruebas directas (no indiciarias) que convierten tal determinación en algo evidente⁴³. En el primer supuesto⁴⁴ agentes de la Policía Local de Bilbao sorprenden al acusado, natural de Senegal y sin residencia legal en España, ofreciendo discos compactos de música y DVDs, así como bolsos, carteras y cinturones falsos de Tous, Louis Vuitton y Dolce & Gabbana. La jueza entiende que la conducta puede ser en su caso sancionada administrativamente pero no en sede penal⁴⁵ y, por tanto, absuelve.

En el segundo caso⁴⁶, se declara probado «que sobre las 16:12 horas del día quince de abril del año dos mil ocho, Carlos Manuel conducía el vehículo de la marca Mercedes (...), en el Término Municipal de Bailén y Judicial de Linares, Jaén, a una velocidad de 168 km/h en zona limitada a 120 km/h. Al practicarle la Guardia Civil las dos pruebas de alcoholemia, arrojaron respectivamente un resultado de 0,58 y 0,56 miligramos de alcohol por aire espirado». El acusado no discute que fuese a gran velocidad (declara que lo hacía porque –sic– «iba con mucha prisa»). En el atestado presentado se dice por parte de los agentes de la Guardia Civil que la sintomatología que el acusado presentaba no evidenciaba que se encontrara bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En este caso el juez también absuelve, sin perjuicio, señala, de que la conducta del acusado pueda ser objeto de las oportunas sanciones administrativas.

El último caso reseñado es el recogido en la S. 100/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña). Como hecho probado único se dice que el acusado corrió durante unos metros, «agarrando con sus dos manos el brazo izquierdo de su hijo de 10 años don Carlos Antonio, delante de los cabestros de cola del encierro de San Fermín». Este hecho declarado probado no ha sido discutido «por ninguno de los intervinientes en el juicio ya que son evidentes a la vista de la prueba documental aportada, centrándose únicamente la discusión en si los

Penal de Pamplona (Iruña); S. 40/2008, del Juzgado de lo Penal de Langreo; S. 1/2008, del Juzgado de lo Penal de Sevilla; 534/2010, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 169/2010, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca.

⁴³ S. 78/2010 del Juzgado de lo Penal de Bilbao; S. 169/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén y S. 100/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña).

⁴⁴ S. 78/2010 del Juzgado de lo Penal de Bilbao.

⁴⁵ «En el supuesto que aquí nos ocupa se trata del último eslabón de una conducta, contra la venta callejera de estos productos, por personas que solo buscan ganarse la vida; la lucha no pasa, a juicio de esta Sala, por la aplicación del derecho penal, sino por la de normas de orden público que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras, a través del cumplimiento de las efectivas ordenanzas municipales que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada.»

⁴⁶ S. 169/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén.

hechos constituyen los delitos por los que se acusa a don Alberto»⁴⁷. El presunto delito de don Alberto es el de incumplir los deberes familiares, regulado en el artículo 226.1 del código penal⁴⁸, por entender la denunciante (madre del niño), que con su actitud el acusado puso en peligro la vida e integridad física del menor». El caso es que la conducta presuntamente delictiva salió por televisión, imágenes que fueron llevadas al juicio como prueba documental, con lo cual de nada le podía servir al acusado negar los hechos, por lo que puede considerarse que no hay conflicto sobre la determinación de los hechos.

Esto por lo que respecta a las sentencias que presentan una justificación parca de la premisa fáctica. Por lo que se refiere a las fundamentadas de forma prolija, a pesar de que todas las sentencias citadas han sido analizadas y coadyuvan en la determinación de las conclusiones de esta investigación, lo cierto es que resulta imposible dar cuenta de todas en su integridad, dadas las limitaciones de espacio requeridas por esta publicación. Finalmente y tras un proceso de selección que ha resultado ciertamente dificultoso, se han elegido tres sentencias. La primera que se analiza es la que presenta una fundamentación de la premisa fáctica más extensa. Se trata de la sentencia 412/2009, del Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona, pronunciada por el Magistrado juez Francisco Javier Paulí Collado. Se utilizan en la misma varios medios de prueba y aún dentro de cada uno en gran cantidad (varias declaraciones de parte, varias declaraciones testificales, etc.); además, el juez consigue «relatarnos» unos hechos a partir de un cuadro de prueba en el que, finalmente, encajan todas las piezas. Por último, se trata de un caso que tuvo en su día una gran repercusión mediática⁴⁹.

El juez condena a los acusados Severiano, Carlos Alberto, Juan Miguel, Pascual, Jerónimo y Anselmo, jugadores del equipo «Bada Bing», como autores de los delitos de lesiones, desórdenes públicos, coacciones, amenazas y cinco faltas de lesiones⁵⁰. Lo verdaderamente

⁴⁷ FJ 1.º

⁴⁸ «El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes, o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses.»

⁴⁹ Todavía hay en la red colgadas noticias de lo que ocurrió en el partido de fútbol en el que ocurrieron los hechos e incluso se puede ver parte del vídeo al que se hace referencia en la sentencia: *vid.*, <http://www.dalealplay.com/informaciondecontecnido.php?con=159560> (fecha: 27/03/2011).

⁵⁰ FJ 1.º, acreditación de los hechos: Los hechos declarados probados son los siguientes: El día 9 de enero de 2009 se celebró en el campo de fútbol Menorca de Barcelona un partido de fútbol entre los equipos «Bada Bing» y el «Rosario Central de Cataluña», este último integrado por jugadores de distintas nacionalidades sudamericanas. Durante la primera parte del partido el juego fue duro, con entradas fuertes de ambos equipos y los jugadores se proferían insultos como «sudaca de mierda» o «la concha de tu madre». En la segunda parte del encuentro las expresiones de varios jugadores del «Bada Bing» fueron subiendo de tono, como «sudaca de mierda, vete a tu país, si Franco estuviera vivo estarías en tu país, te voy a apuñalar, tú eres

interesante a los fines de este trabajo es la valoración de los distintos medios de prueba que se han utilizado por el juez para llegar a la

muy buen jugador pero te falta humildad, te voy a arrancar un pedazo de cara, sudaca de mierda que te voy a matar y te voy a mandar a tu país, sudaca te voy a cortar la cabeza, la voy a meter en un sobre y la voy a mandar a tu país», sin que pueda determinarse el autor, o la de Carlos Alberto (acusado), que dijo a Eladio (víctima de agresión): «sudaca, te voy a cortar la cabeza, la voy a meter en un sobre y la voy a mandar a tu puto país»; y la de Juan Miguel (acusado) que también le dijo a Eladio: «te voy a apuñalar, yo voy preso, a mí me da igual, te apuñalo, dentro o fuera».

Sobre el minuto 24 se produjo la sustitución de los jugadores Eladio y Carlos Francisco, del Rosario Central de Cataluña, quienes decidieron ir al vestuario a cambiarse. En ese momento el árbitro decidió la expulsión del acusado Severiano, del equipo «Bada Bing», quien deliberadamente provocó una falta muy grave para que le enseñasen la segunda tarjeta amarilla y así ser expulsado. Se dirigió entonces al vestuario; al cruzarse con Eladio y Carlos Francisco, del equipo contrario, dio un golpe en la cabeza a Eladio, quien rehuyó el contacto y siguió la marcha al vestuario. Ya en el pasillo de los vestuarios, Severiano le dijo a Eladio: «sudaca de mierda, que te voy a matar, te voy a quitar la vida, te voy a mandar a tu país», generándole el temor de que iba a ser así y a continuación le dio un puñetazo y lo cogió por el cuello. Eladio reaccionó dándole un empujón, ante lo cual Severiano le dio otro puñetazo y lo tiró al suelo, dándole seguidamente patadas. Las otras personas presentes le daban a Eladio asimismo golpes y patadas. Carlos Alberto (acusado) se hallaba justo enfrente de la entrada del pasillo, observando la escena. Juan Miguel (acusado) también podía ver la escena. Consciente de la gravedad de la situación, el presidente del «Rosario Central» llamó a la policía. Posteriormente, cuando el presidente y el entrenador del «Rosario Central» llegaron a la altura de Juan Miguel con ánimo de ayudar a Eladio y Carlos Francisco, Juan Miguel con los brazos en cruz les impidió pasar diciéndoles que «al primero que salga del campo lo mato». Mientras tanto, Carlos Alberto entró en el vestuario para unirse a las agresiones a Eladio. Pascual (acusado), Juan Miguel (acusado) y Jerónimo (acusado) y otros, conociendo, porque podían observarlo, que en el interior del pasillo al vestuario estaban golpeando a Eladio, formaron un tapón, impidiendo así al equipo técnico y a otros jugadores del Rosario Central entrar en el vestuario para impedir la agresión. No está acreditado que en esta última acción interviniese Anselmo. Cuando vieron que Severiano y Carlos Alberto cesaban ya de golpear a Eladio, Jerónimo, Juan Miguel y Pascual se apartaron dejando entrar a los técnicos y a varios jugadores del Rosario Central para, a continuación, taponar de nuevo la entrada para dejarlos rodeados. Dejando a Eladio en el suelo, los agresores se dirigieron hacia otros jugadores del Rosario Central, como Horacio, Fernando y Norberto quienes fueron también golpeados, aunque más levemente. En concreto, Severiano, Carlos Alberto, Juan Miguel y Jerónimo golpearon a Norberto; Jerónimo, Pascual y otra persona golpearon a Fernando; Carlos Alberto y Juan Miguel golpearon a Justino; Pascual y otra persona golpearon a Romeo y, por último, Jerónimo golpeó a César.

Mientras todo esto ocurría, Serafina, la secretaria del equipo «Rosario Central de Cataluña», comenzó a realizar fotografías con su cámara y advirtiéndolo varios jugadores del «Bada Bing» y con objeto de no poder ser identificados, en primer lugar Anselmo (acusado) le dio un golpe en la espalda con un palo y junto con Jerónimo, Severiano, Juan Miguel y Carlos Alberto la persiguieron, amedrentaron y conminaron para que les entregase su cámara, consiguiendo Pascual que le entregase la memoria de la misma, en contra de su voluntad y ante el temor de ser agredida.

Como consecuencia de todas estas acciones han quedado acreditadas las lesiones de, primero, Serafina, que resultó con un traumatismo craneocefálico; Eladio, jugador del Rosario Central, que resultó con policontusiones, traumatismo craneal, heridas inciso contusas en el cuero cabelludo, edema subgaleal, contusiones branquiales y torácicas, arrancamiento parcial del pabellón auricular, quedándole además como secuelas acúfenos, un perjuicio estético por cicatrices a nivel frontoparietal y occipital

determinación de los hechos. Así, en fase sumarial, se ha procedido a practicar la prueba de reconocimiento en rueda, prueba esta que no se puede practicar en las sesiones del juicio oral «por resultar atípica e inidónea»⁵¹; sí se han llevado al juicio la declaración de los acusados; la declaración de testigos; la prueba documental (vídeo del partido); la declaración de los agentes de policía que acudieron al lugar de los hechos y finalmente, la prueba pericial forense, centrada en el alcance de las lesiones y secuelas sufridas por las víctimas⁵². La declaración de los acusados, que es «claramente exculpatoria»⁵³, es rechazada por el juez que parte de un «hecho objetivo, indubitado, que son las lesiones que presenta Eladio»⁵⁴ que, dado que fueron las más graves, centraron gran parte del interrogatorio con el fin de determinar su autoría.

Señala el juez a continuación que hay tres elementos probatorios «que por todas las partes se han señalado de mayor objetividad»⁵⁵ que son las declaraciones testificales del árbitro del partido y del observador de la federación y la prueba documental consistente en el visionado del vídeo del partido. El juez entiende que la testifical del observador de la federación, que se completa con la prueba documental de su narración de los hechos, no tiene validez probatoria. El observador habla de un partido normal, sin mayores contratiempos, declaración que está en contradicción con las testificales procedentes de los dos

y quedándole una oreja más separada que la otra; Horacio, que sufrió una contusión en el hombro; Norberto, que sufrió traumatismo craneoencefálico; Fernando, que sufrió policontusiones; Justino, que sufrió erosiones y hematoma leve; Romeo, que sufrió politraumatismo y César, que sufrió heridas contusas en pómulo, labio, pabellón auricular, esguince en el hombro, erosiones, contusiones y politraumatismo.

Además, ha quedado probado que Anselmo (acusado) y otras personas no identificadas destrozaron banderines del campo que fueron usados por personas no determinadas en agresiones no especificadas, se generaron daños en el mobiliario y se produjeron desperfectos en las instalaciones deportivas. Cuando desde lejos se oyeron las sirenas de la Guardia Urbana que llegó a los 8 minutos del aviso, cesaron las agresiones.

⁵¹ Citada en la sentencia de Paulí Collado: STS 642/1997 en la que asimismo se señala la virtualidad de esa diligencia «practicada en las dependencias policiales, a presencia de Letrado, cuando ha sido ratificada en el Juzgado de Instrucción y posteriormente en el acto de juicio oral por la persona que ha intervenido en la misma»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵² En palabras del juez Paulí Collado «la prueba en el presente procedimiento ha sido realmente extensa, prolija, no solo en el número de intervinientes pues junto a los siete acusados han declarado más de treinta testigos, sino en relación al exhaustivo hasta el límite interrogatorio realizado por las partes, especialmente las defensas de los acusados y testigos. Asimismo se ha procedido a visualizar un vídeo del partido. Se ha obtenido la declaración de los agentes de policía y asimismo de la pericial forense»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵³ «De esta suerte y escuchando su declaración parecería que ninguno de ellos tuvo intervención en los hechos y fueron golpeados por jugadores contrarios. Sin embargo y frente a dichas declaraciones claramente exculpatorias se afianzan las declaraciones testificales obtenidas»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁴ *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁵ *Op. cit.*, FJ 1.º

equipos. Todos declaran que hubo «una gran pelea, mencionan palos y acusan al contrario y a su afición»⁵⁶.

Por tanto, «tenemos dos elementos de, presumiblemente, mayor objetividad cuanto son la testifical del árbitro y el vídeo del partido»⁵⁷. Respecto al primer medio de prueba, el juez hace constar que el árbitro ha ratificado en el acto de juicio el anexo al partido (folio 181 de los autos), ampliatorio del acta arbitral, anexo que se reproduce en la sentencia⁵⁸. El juez valora la testifical del árbitro diciendo, en primer lugar que su declaración «ha sido nerviosa», lo cual parece que *a priori* podría restarle credibilidad pero, continúa el juez «establece detalles que son ratificados posteriormente en el vídeo (...). Señala, asimismo, que es cierto que tuvo temor, y que por eso no entró al vestuario hasta que cesó en esa zona la pelea, observando luego el rastro de sangre. Dicho rastro de sangre obra igualmente fotografiado en autos»⁵⁹. Por tanto, el testimonio del árbitro es creíble por cuanto es coherente con otras pruebas y encaja, por tanto, en el cuadro de prueba y en el relato de los hechos resultante de aquel.

⁵⁶ *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁷ *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁸ *Op. cit.*, FJ 1.º Anexo al acta arbitral: «Redacto a continuación algunas rectificaciones y observaciones necesarias para la correcta calificación de los incidentes así como algunos detalles ampliatorios: En el momento de suspender el encuentro (m. 74) se debía lanzar un saque de esquina a favor del equipo local (Rosario Central) desde el área de esquina más cercana a la salida de vestuarios girando a la izquierda (...). Tras la sustitución del jugador núm. 5, Eladio, del Rosario Central, me he percatado de que el jugador del Bada Bing, Baltasar, se encaraba al referido Eladio gritándole —aunque no pude apreciar sus palabras debido a lo lejano de mi posición— y empujándole hasta el interior del recinto de vestuarios. A continuación salieron de mi campo visual y oí golpes. De inmediato acudieron al lugar del conflicto jugadores y aficionados de ambos equipos y se ha iniciado una pelea generalizada. En ese momento escuché que algunos de los aficionados y jugadores no identificados del Bada Bing gritaron “Sudacas de mierda iras a vuestro país y os vamos a matar”. Muchos de ellos esgrimían palos con intención de usarlos como arma para agredir. He podido apreciar que el jugador núm. 5 del Bada Bing, Marcelino ha golpeado con ambos puños en el rostro al jugador núm. 9 del equipo local. También he observado que los jugadores del equipo Bada Bing, Baltasar, Carlos Alberto y Juan Miguel, han perseguido al jugador núm. 4 local (Eladio) dándole todos ellos puñetazos en cabeza y espalda y patadas en las piernas mientras el agredido trataba de huir. También participaban en la persecución y agresión unos diez aficionados del Bada Bing y otros jugadores no identificados. Asimismo cerca de mi posición mientras esperaba poder entrar al vestuario pude ver cómo aficionados y jugadores del equipo Bada Bing a los que no pude identificar con exactitud golpearon con un palo a la secretaria del equipo Rosario Central, le arrebataron la cámara de vídeo con la que estaba grabando los incidentes y le sustrajeron la tarjeta de memoria. Acto seguido entré en el vestuario al temer por mi integridad física. En el camino al vestuario observé sangre derramada en el suelo presuntamente producto de las agresiones que se habían producido. Posteriormente entraron al vestuario el delegado federativo (...) y tres miembros de la guardia urbana. También hizo acto de presencia el delegado local, Horacio, que me relató que habían sido agredidos con palos y varios jugadores y aficionados del equipo Rosario Central habían sido trasladados al hospital con lesiones de diversa consideración (...).»

⁵⁹ *Op. cit.*, FJ 1.º

Por lo que se refiere a la segunda prueba considerada «objetiva» por el juez, el visionado del vídeo, el juez hace una primera valoración de este medio, en relación con su mala calidad, tanto en sonido como en imagen. Aun así, hay frases que se escuchan claramente e imágenes que se ven aceptablemente⁶⁰.

En cuanto a la prueba testifical, la hay de cargo, que respalda la acusación, y de defensa. El juez expone el resultado probatorio de ambas⁶¹. Por último, la sentencia se detiene en la determinación de la

⁶⁰ Así, se expone en la sentencia, el vídeo «permite situar al final de la grabación a los intervinientes: así podemos ver al dorsal núm. 0 (Severiano) expulsado, que se saca la camisa de juego, y tras unos segundos aparece en la pantalla y se escucha “le pegó un piño” con acento sudamericano, y posteriormente se ve al fondo varias personas dando patadas, habiendo entrado el jugador catorce, se observa al jugador núm. 1 (Carlos Alberto) mirando directamente esa escena sin nadie que pueda taponarlo, y desaparecer seguidamente de la cámara; luego se observa a Pascual impidiendo que se acerque el delegado del Rosario Central, y asimismo se ve a Juan Miguel –que también han podido ver la escena ya que se les observa mirando hacia el vestuario en donde ya están Carlos Alberto y Severiano y patean en dirección al suelo a lo que se ve como una mancha– con los brazos abiertos impidiendo que se acerquen aunque inmediatamente todos se desplazan hacia el vestuario y desaparece la visión, coincidiendo con lo que nos declara el testigo Sr. Valeriano conforme esa frase que se escucha en el vídeo “al primero que saliera del campo lo mataba”, es proferida por el jugador núm. 2 (Juan Miguel). Sitúa a esas cuatro personas justo frente o dentro del vestuario, lo que contradice claramente a los testigos que señalaron que Juan Miguel estuvo con ellos todo el rato, y no se acercó»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁶¹ Por lo que respecta a los testigos de cargo, hay siete personas que sitúan a Severiano y Carlos Alberto agrediendo a Eladio; cuatro testigos sitúan al núm. 2 (Juan Miguel) taponando e impidiendo el paso; dos sitúan al núm. 3 (Pascual) impidiendo el paso e identifican al núm. 4 (Jerónimo), núm. 2 (Juan Miguel), núm. 3 (Pascual) en ese tapón golpeando a los jugadores del Rosario Central. Concuerdar ello, asimismo, con el hecho de que al abrir el tapón y dejar pasar a los otros tres testigos de cargo y encerrarles de nuevo, estos tres sitúan a todos ellos como agresores.

Paulí Collado se encuentra pues con el problema de que no todos los testigos de cargo señalan a los acusados Jerónimo, Juan Miguel y Pascual o, en concreto, los ubican en dos sitios distintos. Pero de ello no se sigue que no hayan intervenido porque, sostiene el juez, «no puede pretenderse que la visión que cada uno de los testigos realiza sea la única. En ese tumulto, en el tapón, cada uno de los testigos tuvo visiones, momentos, en que podía ubicar –de forma clara a los hermanos Eladio y Carlos Francisco– y a otras personas (...). Y todo ello coincide con la declaración de Eladio que señala que son muchos los que entran, y muchas botas que ve que le agreden. Puede por tanto ubicarse a todos ellos en esa zona, unos en todo momento agrediendo a Eladio y otros participando en momentos en uno u otra acción (agresión o tapón)».

Por tanto, concluye el juez que «se observa, tras los anteriores razonamientos que *las declaraciones que realizan todos los testigos, que a la vez fueron víctimas, solicitados por las acusaciones, que todos ellos son congruentes. Todos los testigos señalan la posición de ellos mismos y de los contrarios, identifican a los diversos agresores y acciones. Y la declaración de estos testigos que han mantenido correctamente desde la denuncia viene a objetivarse de una forma clara por la grabación del vídeo que recoge momentos que los testigos han relatado, asimismo por el acta arbitral, que el árbitro ha ratificado en el acto de juicio, y por cuanto aparecen informes médico-forenses que establecen lesiones en diversos de ellos compatibles con la agresión que narran haber sufrido*» (cursiva nuestra).

Las declaraciones de los testigos propuestos por la defensa pretenden probar que los acusados no son, en su vida normal, racistas lo cual, entiende el juez «establece

autoría de la sustracción de la cámara de Serafina, secretaria del equipo Rosario Central, porque en este caso no hay prueba directa de cargo, o al menos no toda la prueba es directa, sino que también hay indicios que apuntan a que el autor fue Anselmo⁶².

una presunción, que decae frente a la contundencia de los otros testigos que les atribuyen declaraciones concretas, y acciones y frases que se han referido ya». Otros testigos de la defensa buscan exculpar a alguno de los acusados declarando que estaba con ellos, lo cual se contradice con lo que se puede ver en el vídeo, prueba que se debe considerar más objetiva.

Los agentes de la guardia urbana declaran también en calidad de testigos que «en el vestuario del Bada Bing no había heridos, que estaban exaltados y uno les profirió la frase “con Franco esto no pasaría” y que no debían proteger a los del otro equipo. Por el contrario en el vestuario del Rosario Central había heridos y mucho miedo. Asimismo los agentes señalan la presencia de palos en la entrada a los vestuarios. *Puede inferirse por tanto de las cuatro testificales de los agentes de la Guardia Urbana que vienen por un lado a ratificar que la visceralidad se había producido en el equipo del Bada Bing, mientras que quienes habían recibido su resultado estaban en el vestuario del Rosario Central. De esta manera vienen a objetivar (...) las diversas testificales que señalan que allí no hubo una pelea sino unas agresiones*» (cursiva nuestra).

⁶² Como prueba directa cabe citar, por un lado, la testifical en el sentido de que todos los acusados y el propio Anselmo declaran que abandonó el campo y se cambió a los pocos minutos y, por otro, la documental consistente en el vídeo del partido en el que se puede ver que en el minuto 26.26 del vídeo, Anselmo entra al campo con ropa oscura y chaqueta con capucha; que al salir (minuto 26.41 del vídeo) del campo da una patada a uno de los jugadores del Rosario Central. Se ve en las imágenes del vídeo que luego se quedó en la grada del Rosario. Como auténtica prueba indiciaria tendríamos, primero, que hay testigos que escuchan insultos y que varias personas se referían a su autor como Anselmo y que esas palabras se pronunciaban en un tono vocal no discordante con el que tiene Anselmo. Y segundo, que relatan varios testigos como una persona con capucha negra es quien golpea a la secretaria y le obliga a que le entregue la memoria de la cámara. Señala el juez, además, que esa acción de violencia innecesaria con uno de los jugadores, que se ve en el minuto 26.26 del vídeo, confirma además la capacidad de Anselmo de saltar al campo y pegar. En definitiva, todos esos indicios, tomados en conjunto, son los que determinan la autoría de Anselmo. Sería objeto de otro trabajo, pero si nos preguntamos cuál es el tipo de razonamiento que se despliega cuando se utiliza prueba indiciaria, parece que sería la abducción la que mejor encajaría, entendida como un argumento no demostrativo del tipo «salto a la mejor explicación». Bonorino Ramírez, p. R., «La abducción en el derecho: un nuevo punto de partida», ponencia presentada en el I Encuentro Internacional sobre razonamiento jurídico y administración de justicia, Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), 26 de agosto de 2011. En la misma Bonorino cita a PEIRCE, C., *Collected Papers*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1960. En la p. 2623 de esta obra, se puede encontrar el ejemplo de las judías. *Vid.*, también, del mismo autor, «Sobre la abducción», *DOXA*, 14, pp. 207-241. Parece que la prueba indiciaria respondería al mismo esquema. No se ha visto a Anselmo golpeando a la secretaria, pero sí se ha visto a una persona con capucha negra haciéndolo. El proceso inferencial sería el siguiente: Regla: la persona que agredió a la secretaria llevaba

Y hasta aquí la exposición del contenido de la sentencia. De la misma se han presentado los aspectos que se han considerado más relevantes y se han resumido muchos contenidos, por una limitación espacial básica. Téngase en cuenta que las declaraciones de los testigos aparecen recogidas en la sentencia tal como lo haría un taquígrafo. Y aun a pesar de este esfuerzo sintetizador, quizá parezca una descripción demasiado extensa de los medios de prueba, de la valoración efectuada por el juez y del relato de los hechos. Con todo, la necesidad de destruir la presunción de partida, esto es, la del déficit de fundamentación de la premisa fáctica, exigía la necesaria batería de pruebas en contra.

La segunda sentencia con la que se pretende destruir tal presunción es la 378/2009, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe. En ella se condena al acusado como autor de un delito de maltrato familiar, aun a pesar de que la víctima del maltrato, su pareja, declara a su favor⁶³. El Magistrado Abel Téllez Aguilera organiza el relato fáctico en dos secuencias, lo sucedido dentro y fuera del Hotel Majadahonda, para llegar finalmente a una valoración conjunta. De acuerdo con la versión ofrecida por el agresor y la víctima, simplemente habían mantenido dentro del hotel una pequeña discusión y luego él la cogió amablemente por el brazo, puesto que, de acuerdo con lo declarado por la víctima, llevaba unos tacones muy altos y temía caerse. Dicha versión es totalmente distinta a la ofrecida por el recepcionista y otra trabajadora del hotel (testigos) quienes además, conscientes de la situación de riesgo, deciden llamar a la policía. Además, la versión exculpatoria se ve anulada por la grabación de la cámara de seguridad del hotel en la que se observa claramente que el acusado coge a la víctima de forma violenta «y prácticamente en volandas, la saca del hotel, ofreciendo ella una resistencia con su cuerpo al punto de hacer ademán de agarrarse a una columna con una

capucha negra; caso: Anselmo llevaba capucha negra; resultado: Anselmo agredió a la secretaria. O el juez entiende que, regla: la persona que agredió a la secretaria debía tener capacidad para saltar al campo y pegar; caso: Anselmo tenía capacidad para saltar al campo y pegar por cuanto ya antes (lo cual se puede ver en el vídeo) había saltado al campo y ejercido una acción de violencia innecesaria contra uno de los jugadores del Rosario Central; resultado: Anselmo agredió a la secretaria. Nótese que cada uno de los indicios, por separado, no conducen a una conclusión que deba tenerse por verdadera. Tan solo nos permiten llegar a la «mejor explicación» y, por tanto no deberían ser tenidos en cuenta por el juzgador para condenar a Anselmo; pero tomados en conjunto y sumados a la prueba directa es racional que conduzcan a tal resultado. *Vid.*, Eco, U., «Cuernos, cascos, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción», en *El signo de los tres*, Eco, U. y Sebeok, T. (editores), Barcelona, Lumen, 1989, pp. 265-294. *Vid.*, ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, op. cit., pp. 347-348 y nota al pie 381.

⁶³ Hecho probado único: «De una valoración conjunta de la prueba practicada en el plenario, se declara como probado que sobre las 14,00 horas del día 2 de agosto de 2008, el acusado (...) encontrándose en la recepción del Hotel (...), sito en la carretera de Boadilla (...), comenzó una discusión con su pareja sentimental (...), en el curso de la cual, tras un forcejeo con la misma, la agarró fuertemente y la sacó violentamente al exterior del Hotel, donde la golpeó con las manos».

planta para no ser arrastrada al exterior»⁶⁴. En relación con lo que ocurre fuera del hotel, confirman la tesis acusatoria las declaraciones testificales directas de, por un lado, los trabajadores del hotel que van a la cristalera a seguir la escena y, por otro, de un señor que cuando se dirige hacia la puerta del hotel observa de manera directa toda la escena; así como la testifical indirecta del agente de la policía local que atendió a la víctima tras la agresión, a quien esta reconoció que había sido agredida por el acusado y que no era la primera vez que lo hacía. De todo lo anterior concluye el juez «haciendo una valoración conjunta de la prueba practicada en el plenario (...), siguiendo las reglas de la lógica y las máximas que nos marca la experiencia, que ha de darse como acreditado el relato de hechos consignados en nuestro *factum*, relato respecto del cual, tanto acusado como perjudicada han dado una mendaz versión, si bien con una sustancial diferencia jurídica: el primero haciendo uso del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo (art. 24 de la Constitución española), y la segunda faltando a la obligación que como testigo tenía de decir verdad (art. 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)»⁶⁵.

La última sentencia a exponer se ha elegido porque en la misma se utiliza prueba indiciaria y no directa lo cual exige, como ya hemos dicho, un esfuerzo justificador extra del juez si decide condenar y destruir, por tanto, la presunción de inocencia. Además, el tipo de razonamiento que utiliza el juez en estos casos en la determinación de la premisa fáctica se adapta perfectamente al modelo abductivo. La sentencia es la 288/2010, de 19 de agosto, del Juzgado de lo Penal de Manresa, pronunciada por el Magistrado-Juez Josep Tomás Salas Darrocha. En ella se declara probado que los acusados, puestos de común acuerdo y guiados por un ánimo de ilícito enriquecimiento, «procedieron en las primeras horas del día 9 de agosto de 2010 a apoderarse de entre ciento cincuenta y doscientos metros de cable conductor de cobre del tendido de las líneas telefónicas (...) ocasionando que más de cien usuarios de dicha compañía se quedaran sin suministro de telecomunicaciones, con grave quebranto para los mismos y para la perjudicada, que debió hacer frente al restablecimiento de la línea»⁶⁶. No hay prueba directa, de tal manera que «la convicción del Tribunal se ha alcanzado mediante un juicio de inferencia a partir de los indicios delictivos que la prueba practicada en el acto de juicio oral ha puesto de relieve»⁶⁷. El primer indicio que conduce a la conde-

⁶⁴ FJ 1.º

⁶⁵ *Op. cit.*, FJ 1.º La declaración falsa de la víctima puede ocasionarle ser encausada por falso testimonio. En el fallo el juez dispone: «Una vez firme la presente, dedúzcase testimonio de la misma (...) al Juzgado Decano de este Partido Judicial al objeto de que, por el Juzgado de Instrucción que por reparto corresponda, se depuren las responsabilidades en las que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 458 del Código Penal, pudiera eventualmente haber incurrido doña Sabina».

⁶⁶ Hecho probado único.

⁶⁷ FJ 1.º

na es la declaración del testigo empleado de Telefónica de acuerdo con la cual las incidencias en las líneas telefónicas por la sustracción de los tendidos comenzaron a las 10.00 horas, por lo que la sustracción tuvo que ser anterior a esa hora. Declara también que faltaban unos 400 metros de cable y que reconoce el cable intervenido a los acusados como el utilizado por Telefónica para sus instalaciones.

Hay una segunda declaración testifical que es la del *Mosso d'Esquadra* núm. 3 en la que mantiene que el día de autos formaba parte de un control policial que tenía como cometido la detección de ilícitos relacionados con la sustracción de cable de cobre; que a las 8.30 horas vio un coche azul circular en dirección al peaje y que sus ocupantes, al ver el coche de la policía se detuvieron, salieron del mismo y arrojaron algo que portaban en el maletero al arcén. Que entonces avisó a otra patrulla que estaba en el peaje para que se dirigieran allí a investigar lo sucedido, mientras algunos vehículos de particulares que se acercaban les confirmaban que lo que aquellos hombres estaban tirando al arcén era cableado de cobre. Por otro lado, cuando encontraron a los acusados estaban cubiertos de tierra y hierbas. El conjunto de indicios conduce al juez a entender que los acusados portaban en su vehículo el cable de cobre sustraído «que dicho cable es el utilizado por Telefónica en sus instalaciones telefónicas y que por su presentación había sido obtenido de un tendido telefónico mediante su corte, siendo este el correspondiente a la sustracción de cable sufrida (...), atendidas la corta distancia existente entre dicho lugar y la interceptación del vehículo de los acusados, la coincidencia horaria entre el hecho de la sustracción y dicha interceptación y la evidencia de que la mayoría de los acusados habían estado en el bosque poco antes de su detención como lo atestiguan los restos de tierras, ramas y hojas que portaban en sus ropas, pruebas, indicios y juicio de inferencia suficientes para vencer el constitucional derecho a la presunción de inocencia que asiste a los acusados»⁶⁸.

Pues bien, una vez expuestos los datos, resta valorarlos. Ya ha quedado dicho que la muestra jurisprudencial que se ha recogido se puede considerar escasamente representativa. Por otro lado, como ya ha quedado dicho, no se han analizado todas las sentencias de juzgados de lo penal, sino que ha habido una acotación temporal por mi parte y una selección de sentencias efectuada por las bases de datos que se han consultado. Por ello no se puede descartar que, merced al factor suer-

⁶⁸ *Op. cit.*, FJ 1.º El razonamiento llevado a cabo por el juez es abductivo, en el sentido de que la «mejor explicación» de lo sucedido supone concluir que los acusados son los autores del delito. Si partimos de la Regla «los autores del delito debían encontrarse cerca del lugar donde se produjo la sustracción, deberían llevar sus ropas con restos de tierra, ramas y hojas y, por último, se les debió ver arrojando algo al arcén, y que ese algo, resultó ser cable de cobre», caso: «los acusados se encontraban cerca del lugar donde se produjo la sustracción, llevaban sus ropas con restos de tierra, ramas y hojas y se les vio arrojando algo al arcén y que ese algo, resultó ser cable de cobre»; resultado: «los acusados son los autores del delito».

te, haya encontrado el trébol de cuatro hojas, es decir, justo el único conjunto de sentencias de las cuales, la mayoría, muestran una fundamentación fáctica correcta. De acuerdo con todo ello la conclusión es absolutamente provisional, a la espera de poder realizar un estudio exhaustivo de sentencias de juzgados de lo penal. Se ha concluido, provisionalmente, que un 73% de las sentencias muestran una justificación exhaustiva de la conclusión fáctica a la que llegan, incluyendo justificación interna y externa; en muchos casos con exposición de declaraciones testimoniales y periciales en su totalidad; constatando, en su caso, la existencia de incoherencias o contradicciones en tales declaraciones; explicitando la regla de inferencia que lleva a la determinación de las premisas, etc. En definitiva, en tales casos los jueces cumplen con su deber. Cierto es que en casi un 27% por ciento de los casos esto no es así. De ellos, hemos visto, que no hay discusión *inter partes* sobre la premisa fáctica en su mayoría, y en los que no hay una conformidad expresa, la prueba practicada da lugar a una versión incontrovertible de los hechos. Pero lo que es innegable es que no hay ni un solo caso de los deficitariamente fundamentados fácticamente que nos lleve a rasgarnos las vestiduras, porque hubiesen producido indefensión, por atentar gravemente contra un derecho digno de protección, etc., en definitiva, por condenar cuando resulta indubitado que se debería absolver o a la inversa.

El problema científico de partida, la escasa fundamentación de la premisa fáctica, es relevante y creo que resoluble pero mi propósito en esta sede es despertar la duda en relación con la primera R, la de «real», al menos sobre su carácter absoluto. Esta investigación concluye, por tanto, *a priori* y sin perjuicio de no poder asegurar que un estudio exhaustivo no conduzca a la conclusión contraria, rompiendo una lanza a favor de los jueces de lo penal de nuestro país, que dictan sentencias prolijas, fundamentadas extensamente (en ocasiones de hasta 50 páginas), que probablemente con ese nivel de dedicación cobrarán menos que otros jueces y magistrados y que encima sufren las críticas de la doctrina por su mal hacer.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 08/10/2011.

De la socialdemocracia al socialliberalismo. La socialdemocracia en la encrucijada: declive, renunciadas y alternativas

Por RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

¿Cómo es posible que la socialdemocracia se esté muriendo mientras el capitalismo neoliberal afronta una de las crisis más severas de su historia? La socialdemocracia no está enfrentando los problemas sociales urgentes actuales. Han llegado a la conclusión de que no es cierto que el capitalismo se haga más rico explotando a los trabajadores, sino que, al contrario, la clase trabajadora toma ventaja de los impagos que pagan los ricos. De hecho, el social liberalismo ha repudiado los fundamentos de la socialdemocracia tradicional. La socialdemocracia europea ha decidido optar por la privatización de empresas y servicios públicos, aumentar la edad de jubilación, dismantelar el sector público, mientras son proclives a la concentración de grandes empresas. Se han transformado en un social liberalismo que ha abandonado ciertas ideas que eran centrales en la socialdemocracia –por ejemplo–, el pleno empleo y la defensa de los derechos sociales. Necesitamos reconstruir una socialdemocracia nueva y fuerte que rechace claramente la idea de que el capitalismo pueda ser reformulado y comprometida con movimientos sociales.

Palabras clave: *socialdemocracia, Estado del bienestar, movimientos sociales, neoliberalismo, capitalismo.*

ABSTRACT

How can social democracy be dying just when ultraliberal capitalism finds itself in severe crisis? Social democracy is not facing on the urgent

social problems of the day. They have even managed to convince themselves that it isn't certain that capitalists get rich by exploiting workers but that, to the contrary, the workers class is taking advantage of the taxes paid by the wealthy. Indeed, repudiating their very foundations has become a habit: European social democrats decided years ago to ramp up privatisations, call for raising the retirement age, dismantle the public sector, while pushing for giant corporate mergers and concentration and pampering the banks. It gradually converted itself, without remorse, to social-liberalism, dropping as priorities certain objectives that were part of its ideological DNA—for example, full employment, the defence of social rights. We need to re-build a new and strong social democracy that clearly rejects any idea that capitalism can be reformed; a social democracy compromised with social movements.

Key words: social democracy, welfare state, social movements, neoliberalism, capitalism.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DECLIVE.—3. LAS RENUNCIAS.—4. LAS ALTERNATIVAS A UNA SOCIALDEMOCRACIA FUERTE.—5. CONCLUSIÓN. PARA UNA SOCIALDEMOCRACIA FUERTE.

1. INTRODUCCIÓN

Etienne Cabet señala al principio de su obra *Viaje por Icaria*, que «por lo que a nosotros nos toca, cuanto más penetramos en el estudio de la historia, tanto más profundamente nos convencemos de que la desigualdad es la causa procreadora de la miseria y de la opulencia... de la codicia y la ambición, de la envidia y del odio, de las discordias y de las guerras de todos los géneros, y en una palabra, de cuantos males agobian a los individuos y a las naciones». Estas palabras escritas en el siglo XIX mantienen hoy una absoluta vigencia. La pobreza, como manifestación de la desigualdad, alcanza a la mayoría de la población mundial¹.

En Europa el panorama no es muy positivo. Las movilizaciones emprendidas al amparo del movimiento Democracia Real englobado

¹ Sin embargo, no faltan las interpretaciones que culpan a la corrupción de la pobreza. Pero cuando se justifica de esta manera las tremendas desigualdades a las que nos enfrentamos, se obvia que la corrupción es, sobre todo, un efecto y no una causa. Estados igualitarios con servicios sociales robustos son menos vulnerables a la corrupción que otros que adolecen de ellos. Fue en Estados del norte de Europa donde la socialdemocracia pudo hacer un trabajo que causó el asombro y la admiración de muchos.

en el denominado fenómeno del 15M, continuado con manifestaciones en diversas capitales del mundo el 15 de octubre de 2011, son una reacción popular a las políticas de recortes en el gasto público y la precarización laboral creciente. La Europa de hoy, tan distinta de la Europa del bienestar que contó con el apoyo y trabajo de la socialdemocracia en su época más dorada, parece estar apartándose de uno de los elementos diferenciadores con EE.UU.: la fortaleza del Estado del bienestar. La socialdemocracia europea se convirtió en adalid de todas las conquistas relacionadas con el Estado del bienestar que habían logrado limar las diferencias sociales. Pero, como decimos, hoy el paisaje es bien distinto. Incluso en Suecia, contemplamos con horror como un partido nazi llega al Parlamento. En otros Estados europeos como Francia se suceden las huelgas y manifestaciones en protesta a los recortes en el Estado del bienestar. Las derrotas de Brown o Schroeder en Gran Bretaña y Alemania pueden ser un punto de inflexión que probablemente vaya más allá de la caída de un partido. El descalabro de otras opciones socialdemócratas en el mismo periodo de tiempo (Francia, Holanda o Italia), junto con el crecimiento de opciones ultraderechistas y la abstención en áreas, tradicionalmente, de izquierda, revelan un panorama preocupante para la socialdemocracia. Los datos objetivos son claros. Según el Instituto Nacional de Estadística en su Encuesta sobre las Condiciones de Vida en 2010 el 21,8% de los españoles están por debajo del umbral de la pobreza². ¿Qué le ha sucedido a la socialdemocracia? ¿Por qué está abandonando sus postulados más importantes? ¿Qué futuro puede tener si se limita a copiar las recetas económicas de los partidos de derecha?

En este trabajo defenderé la tesis de que la socialdemocracia se encuentra en un declive que no ha sido asumido por sus dirigentes. Sus cuadros han decidido dar la espalda a la tradición europea de lucha de la clase trabajadora y centrarse en continuar profundizando en la senda de la tercera vía o social liberalismo. Después de la victoria de Obama los órganos de dirección de los partidos socialdemócratas europeos se esforzaron por copiar las fórmulas y mensajes que llegaban del Partido Demócrata de EE.UU. Era como si quisieran rellenar con imagen y marketing su vacío arsenal de propuestas.

Es casi un lugar común, mantener que las dificultades del electorado de izquierda para conectar con la socialdemocracia actual no son coyunturales o puntuales, sino fruto de un proceso de derechización que la ha situado como escudero ideológico de los partidos de derecha europea. La socialdemocracia se acomplejó, como gran parte de la izquierda³, ante el empuje de la nueva derecha de Thatcher y Reagan y terminó

² <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t25/p453&file=inebase>

³ Vid., RODRÍGUEZ, R., SECO, J.M., *¿Por qué soy de Izquierdas? Por una Izquierda sin complejos*, Córdoba, Almuzara, 2010. En este artículo desarrollo y actualizo algunas cuestiones planteadas en la parte final del libro y las aplico a la viabilidad de la socialdemocracia.

aceptando muchos de sus postulados y olvidando ideas que habían sido fundamentales para la socialdemocracia europea. Cuando llegó el momento del recambio, de la alternativa al poder derechista, solo hubo alternancia, pero faltó una alternativa seria y creíble. Lo que se tradujo en un electorado de izquierda más descreído y abstencionista⁴.

Esta situación no tiene por qué ser irreversible. Es posible el cambio. Pero no un cambio nominal, sino real. Una recuperación, actualización y desarrollo de las ideas que hicieron a la socialdemocracia y a Europa un referente mundial. La cuestión fundamental reside en comprender que la socialdemocracia cuenta con un capital simbólico y una implantación en Europa muy relevante que no puede ser desperdiciada. Para algunos colectivos sociales transformadores, la socialdemocracia está muerta y ha traicionado a la democracia y a los ciudadanos, por su complicidad con los poderes financieros. Sin embargo, estos mismos colectivos naufragan a la hora de trasladar un mensaje emancipatorio al conjunto de la población. En la última crisis, en un contexto de uso del dinero público para ayudar a la banca endeudada, acompañado de medidas cada vez más agresivas contra los derechos sociales, la oposición ha sido casi nula. Solo colectivos extraparlamentarios como el 15M han tenido una moderada incidencia. Grecia, Irlanda y Portugal han visto intervenidas sus economías. Este proceso recuerda a los pasados Planes de Ajuste Estructural latinoamericanos y la interferencia de los funcionarios del FMI en la redacción de los presupuestos.

Es por ello, que el objetivo debiera consistir en reconstruir la socialdemocracia, aprovechando este caudal histórico, pero integrando y cooperando con los movimientos sociales. Pero la socialdemocracia no puede volver al pasado. Las circunstancias son diferentes y el hegemonía del capital mucho mayor. La socialdemocracia debe reinventarse, desde dos bases esenciales: (i) el control democrático de la economía y (ii) la integración de colectivos con prácticas radicalmente democráticas e innovadoras. En este trabajo expondré las fundamentales para contribuir al debate teórico sobre el futuro de la socialdemocracia.

2. EL DECLIVE

La caída del Muro de Berlín y el grado de bienestar e igualdad alcanzado en Europa después de la II Guerra Mundial pudo haber

⁴ El caso más paradigmático es el del Partido Laborista británico, que renunció a cualquier alternativa al *thatcherismo* de la mano de Blair. Incrementó el poder del capital financiero y la desregulación en la *city* londinense. Su apoyo entusiasta de la primera elección decreció en las posteriores. Solo la no existencia de un sistema proporcional y la crisis de los conservadores (a quienes Blair había imitado en su programa económico) lo mantuvo en el poder.

dado la razón a los que apostaron por la socialdemocracia. Su doble componente de crítica al socialismo real y al desafortunado capitalismo de otras regiones del planeta, parecía quedar certificado a comienzos de la década de los noventa. Pero curiosamente, en vez de fortalecer los principios básicos de la socialdemocracia, los erosionó, hasta tal punto que aceleró un proceso de renunciaciones que comenzó en la década anterior y llega hasta hoy⁵. Esta erosión de los pilares de la socialdemocracia implicó tanto la dejación en la protección de los servicios públicos, como la apuesta por las privatizaciones que abanderaba la derecha. Las políticas fiscales también se resentieron de estos cambios. Se pasó de impulsar la progresividad fiscal a políticas fiscalmente regresivas que imitaban las ideas reaganistas. Lo que debió ser una victoria de la socialdemocracia y una apuesta por la profundización en sus valores, se invirtió de forma radical.

La nueva derecha emergió con fuerza en los ochenta sustentada en varios planos: (i) el económico, marcado por el auge de políticos carismáticos como Thatcher o Reagan; (ii) el filosófico, protagonizado por las teorías neo-contractualistas de la justicia; (iii) el político, con la expansión de las tesis de la Escuela de Chicago, y (iv) el cultural centrado en la macdonalización⁶ y homogeneización mercantil de la cultura.

Estos acontecimientos mostraron las debilidades de los partidos socialdemócratas. La incapacidad de los partidos y sindicatos de cooperar con los movimientos sociales emergentes fue otro de los lastres que arrastró la socialdemocracia e impidió su pleno desarrollo. Pero quizá sea la carencia de respuesta frente a la nueva derecha y su empuje lo que condenaron su actividad política. Desde este punto crucial, la socialdemocracia sustituye a la derecha en el poder sin ofrecer alternativas claras a las políticas neoliberales. Este hecho las sumerge en un bucle que conduce al abstencionismo de su base electoral y la derrota.

3. LAS RENUNCIAS

Hayek consideraba que quien tenía el control de los medios de producción puede determinar los fines para los que deben servir, los valo-

⁵ En cuanto a este proceso de renunciaciones, hay que diferenciar según el Estado y el partido socialdemócrata. La crisis de los partidos socialdemócratas europeos comenzó en los setenta con divisiones internas, incapacidad para evitar el paro o el empobrecimiento de la clase trabajadora, desprecio a los movimientos sociales, etc. Estos desaciertos provocaron la llegada de los partidos de derecha con programas muy agresivos al Estado del bienestar (GUNN, S., *Revolution of the Right*, London, Pluto, 1989, pp. 78-79).

⁶ El concepto de macdonalización fue desarrollado por el sociólogo estadounidense George Ritzer.

res que debemos considerar o no, y todo aquello en lo que debemos creer o por lo que tenemos que luchar. Hayek dirigía sus dardos contra la planificación económica. Pero sus palabras adquieren hoy todo su sentido cuando contemplamos el poder sin límites de las corporaciones transnacionales y su influencia sobre los gobiernos. Una autoridad económica internacional, no sujeta a un poder político superior, puede fácilmente ejercer el más tiránico e irresponsable poder que se pueda imaginar. Los monopolios u oligopolios privados, fusiones de las que emergen grandes corporaciones permitidas por el poder político, están logrando lo que Hayek denunciaba en la economía planificada. Ironías de la historia. El economista Andreas Papandreou realizó un relevante estudio crítico de la economía neoclásica en un libro de 1972. En él reprochaba a los economistas neoclásicos aplicar esquemas del pasado para un entorno radicalmente diferente. A su juicio el peso que alcanzaban –no olvidemos, en 1972– los oligopolios y su connivencia con el Estado destruyen mecanismos básicos del mercado lo que contribuye a crear un capitalismo paternalista. Este capitalismo está gobernado por una planificación privada y descentralizada de carácter autoritario y tutelar de las grandes industrias⁷. Hoy su análisis tiene plena vigencia. Un equipo de matemáticos de la Universidad de Zurich, especializado en el estudio de sistemas complejos, ha demostrado empíricamente que un pequeño grupo de empresas, encabezados por los grandes bancos, ejercen un poder desmedido sobre la economía global. Los investigadores trabajaron con una base de datos de 37 millones de empresas de todo el mundo. El objetivo era buscar interconexiones entre ellas. Obtuvieron las 43.000 transnacionales que las unían. Desarrollaron un modelo para estudiar la participación de las redes de accionistas que unían a estas transnacionales y llegaron a determinar un núcleo con 1.318 empresas que representan el 60% de los ingresos mundiales. Este núcleo les condujo a la identificación de un núcleo de 147 empresas estrechamente vinculadas entre sí, capaces de controlar el 40% de la economía mundial⁸.

Terry Eagleton afirma que en el preciso momento en que hemos empezado a pensar en pequeño, la historia ha empezado a actuar en grande. «Actúa localmente, piensa globalmente» se ha convertido en una consigna familiar para la izquierda; pero vivimos en un mundo donde la derecha política actúa globalmente y la izquierda posmoderna «piensa» localmente. Mientras el meta-relato de la globalización capitalista se expande por el planeta –junto a la reacción destructiva que provoca– muchos intelectuales de izquierda han dejado «de pen-

⁷ PAPANDREOU, G., *El capitalismo paternalista*, Alianza, Madrid, 1973, pp. 11-17.

⁸ <http://www.newscientist.com/article/mg21228354.500-revealed--the-capitalist-network-that-runs-the-world.html>; <http://www.elblogsalmon.com/economia/estudio-empirico-revela-la-red-capitalista-que-domina-al-mundo>. La gran mayoría de estas corporaciones son entidades financieras de Estados Unidos y el Reino Unido.

sar» en términos políticos. Confrontando a un enemigo político implacable –y en ese aspecto fundamentalista–, Occidente se verá sin duda cada vez más forzado a reflexionar sobre los fundamentos de su propia civilización⁹.

Las palabras del profesor de Manchester denotan realismo y preocupación por el rumbo que están tomando las cosas. La socialdemocracia parece haber quedado inerte en el combate con el pensamiento de derecha como señalaba en el epígrafe anterior. Es más: da la impresión de estar acomplejada y lastrada por una serie de renunciaciones que han horadado los pilares sobre los que descansaba su discurso y daba sentido a su existencia. El primero que se ha dado cuenta de ello ha sido el cuerpo electoral, que se ha desmovilizado progresivamente en las elecciones en Europa. Es como si el éxito electoral circunstancial¹⁰ de algunos líderes derechistas, junto con acontecimientos históricos mundiales de los noventa, hubieran acomplejado a la izquierda y carcomido a la socialdemocracia europea.

Periódicamente, salen a la luz datos dramáticos sobre la concentración de la riqueza y las diferencias entre ricos y pobres. Desde esta perspectiva, el profesor Eagleton se pregunta: ¿cómo es posible que en un mundo donde el poder del capital es cada vez mayor, la oposición al mismo sea proporcionalmente menor a la de hace unas décadas? Estimo que la socialdemocracia ha caído en dos trampas fundamentales que avanzan las renunciaciones que veremos a continuación: la primera sería (i) el exceso culturalista y, en segundo lugar, (ii) el abandono de la justicia social, como pilar básico de su acción económica.

Perry Anderson insiste aún más en las insuficiencias que describe Eagleton, pues estima que el análisis cultural, propiciado por buena parte de la socialdemocracia y del resto de la izquierda, ha tenido como consecuencia un distanciamiento entre izquierda y clase trabajadora¹¹. Las necesidades de esta última han pasado a un segundo plano. De los resultados de este proceso se han beneficiado no ya solo la derecha neoliberal, sino también la derecha neofascista, la más ultra-conservadora en sus principios morales y la más racista en aspectos tales como la inmigración. El éxito de Le Pen entre los trabajadores o el apoyo a la Directiva sobre Retorno en la UE, no hace demasiado tiempo, debiera incitarnos a pensar en este sentido.

Frente a insuficiencias como las descritas, se recurre a la consigna o al mensaje superficial; desterrando categoría analíticas fundamentales para la izquierda como «*la clase social*». Ya no está de moda hablar

⁹ EAGLETON, T., *Después de la teoría*, Barcelona, Debate, 2005, p. 84.

¹⁰ Por ejemplo en el Reino Unido, donde el impopular gobierno de Thatcher iba camino de la derrota electoral cuando se cruzó en su camino la Junta Militar Argentina y su ataque a las islas Malvinas, que encumbró la maltrecha imagen de la Primera Ministra a la cima del olimpo de las encuestas de opinión y a la victoria que le permitió revalidar su cuestionado mandato.

¹¹ *Vid.*, ANDERSON P., *Considerations on Western Marxism*, London, Verso Press, 1976.

de la clase trabajadora. Ahora se reivindicán las naciones, los grupos, las etnias, etc. Pareciera que la denuncia de la secuencia explotación/opresión ya no es políticamente correcta.

Cuando se cae en la trampa del culturalismo y se olvida la clase social, se termina por perder la capacidad de transformar la realidad. Hace unos años el historiador Thomas Frank publicó un libro en el que estudiaba las razones de por qué la población trabajadora de Kansas votaba contra sus intereses económicos. Para Frank los republicanos han sido hábiles en instrumentalizar una coalición conservadora culturalista que vota contra sus propios intereses económicos¹². En EE.UU., los colectivos críticos de los setenta fueron divididos deliberadamente. Se acentuaron, desde los sectores republicanos, las diferencias religiosas e identitarias entre unos y otros, hasta que perdieron pujanza en la escena política, como ha llegado a reconocer Pat Buchanan¹³. Sin embargo, fue la izquierda la que reconoció tanto la interrelación histórica entre las diferentes formas de dominación como la necesidad de superarlas para liberar a los seres humanos¹⁴. Las luchas feministas o raciales han sido también luchas de clase.

Buena parte de los partidos socialdemócratas han renunciado a la idea de justicia social, para poder adaptarse a las exigencias de las grandes *elites* empresariales, en perjuicio de los trabajadores y de las pequeñas y medianas empresas. Han acudido al debate culturalista para aportar una diferencia que les permitiera distinguir su oferta electoral.

En la última década la socialdemocracia ha tratado de sostener propuestas pseudo-antagonistas a las de los partidos de derecha, que se tradujeron en mejoras sociales puntuales y en ampliaciones de derechos. El viraje radical hacia la comprensión fragmentada de problemas como el género, la cultura, la etnia o la identidad, acabó por distraer a la socialdemocracia de una comprensión relacional y global de los mismos, junto con la renuncia a puntos claves de la tradición económica de la socialdemocracia. Los ciudadanos votaban a la izquierda para que resolvieran sus problemas y se encontraban con más de lo mismo; solución: voto a lo mismo o no voto. Como apunta Eagleton, es curioso que el pensamiento postmoderno convirtiera la diferencia en fetiche, cuando «lo diverso» no es propiamente un valor en sí mismo. Mientras que los intelectuales de izquierda y los teóricos culturales se concentraban en diferenciar culturas, etnias, identidades, etc., los capitalistas hacían más negocios y se hacían más fuertes

¹² Vid., FRANK, T., *What's the Matter with Kansas. How Conservatives Won the Heart of America*, New York, Henry Holt and Company, 2004, pp. 22 ss.

¹³ MANTEL, H., SKROVAN, S., *An Unreasonable Man*, DVD, 2006.

¹⁴ YOUNG, R.J.C., *Postcolonialism: A Historical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001, p. 142. El propio Marx en su Crítica del Programa de Gotha se sitúa en contra del hecho de entender a los trabajadores tan solo como trabajadores, obviando otro tipo de filiaciones (Marx, K., Ateneo, Buenos Aires, 1972, pp. 32-33).

(más ricos). La derecha se tornaba más ambiciosa, mientras que la izquierda se volvía más timorata. La izquierda ya no hablaba de capitalismo. Hacerlo se consideraba totalizador y economicista¹⁵.

En definitiva, la socialdemocracia ha seguido piadosamente en las últimas décadas, en lo que a sus políticas socioeconómicas se refiere, las propuestas de la derecha. Las políticas de ampliación de derechos para homosexuales o mujeres tienen importancia. Nada más lejos de mi ánimo negarles relevancia. Pero lo que se debe cuestionar es que estas se erijan en la única seña de identidad que permita al elector distinguir entre un partido de derechas y otro socialdemócrata. Aún más, si tenemos en cuenta que algunos partidos de derecha, con menor influencia religiosa, están incorporando propuestas como el matrimonio homosexual.

Los partidos políticos socialdemócratas europeos están sustituyendo las ideas y los programas, por el marketing y la imagen y lo peor de todo es que la separación entre ciudadanos y políticas no deja de crecer, lo que anima a grupos de extrema derecha para colonizar aquellos barrios que la socialdemocracia abandonó a su suerte. La gente deja de votar con ilusión, para votar por el mal menor o simplemente para que cambien las caras. ¿Qué razones hay para esta situación? ¿Qué elementos pueden condicionar la acción de la socialdemocracia?

Tampoco es fácil responder a estas preguntas. Las causas son muchas y las respuestas, por tanto, deben ser prolijas. No obstante, hay una que se nos antoja muy convincente, porque sintetiza buena parte de sus problemas. Es la que incide en «las renunciaciones de la socialdemocracia». Desde esta perspectiva, la socialdemocracia ha realizado una serie de renunciaciones que limitan bastante sus posibilidades de transformación socio-política de la realidad y que, por tanto, la dejan a expensas de las iniciativas políticas e ideológicas de la derecha. Básicamente podemos distinguir tres grandes renunciaciones: (i) la renunciación a apostar por una alternativa económica; (ii) la renunciación a integrar/organizar otros colectivos críticos para reinventarse –como ha hecho a la inversa la derecha; y (iii) la renunciación a la clase social como elemento aglutinador e integrador de otras reivindicaciones.

a) **La renunciación de la justicia social**

El éxito de la socialdemocracia en Europa fue su compromiso con el establecimiento y desarrollo del Estado del bienestar. Este modelo se basó en la universalización de los derechos sociales y laborales, a la vez que se promovía una fiscalidad progresiva que potenciaba la equidad. Como consecuencia de estas políticas, se incrementó la capacidad adquisitiva de la población, mediante un incremento de las rentas del trabajo.

¹⁵ EAGLETON, T., *Después de la teoría*, op. cit., pp. 58-64.

El Estado intervenía en la economía y no solo con la inversión, sino también en la regulación de actividades claves para la economía, con el fin de garantizar la existencia y accesibilidad de recursos básicos. Pero todo eso iba a cambiar sensiblemente a partir de los ochenta y radicalmente en los noventa.

La socialdemocracia cedió la iniciativa política a la nueva derecha. Se avergonzó de las políticas sociales que había llevado a cabo y terminó asumiendo ideas que colisionaban con sus postulados más básicos (defensa de derechos sociales, el desarrollo de los servicios públicos o la erradicación de la miseria) y, lo que es peor aún, con los de su electorado.

No hay una sola razón para el éxito de este complejo. La influencia de la arquitectura institucional nueva, a la que en el epígrafe anterior hacía referencia, podía ser una de ellas. Algunos teóricos como Giddens lo justifican así. Consideran que la globalización impide las políticas económicas que antaño practicó la socialdemocracia¹⁶. Sin embargo, como señala Navarro, este argumento ignoraba, por una parte, que los países donde la tradición socialdemócrata estaba más desarrollada eran los países escandinavos, Estados profundamente globalizados, pues al ser pequeños, la suma de sus importaciones y exportaciones representaba el porcentaje del PIB más alto de la UE. Se demuestra que un país podía estar muy globalizado y, a la vez, continuar desarrollando políticas socialdemócratas¹⁷.

Por otra parte, no podemos perder de vista, que políticos socialdemócratas han participado muy activamente en la construcción de la globalización. Socialdemócratas procedentes de los principales partidos socialistas europeos han ocupado cargos muy relevantes en instituciones muy influyentes que se han convertido en engranajes indispensables para el triunfo del neoliberalismo. El argumento de Giddens no es convincente, puesto que naturaliza la globalización. Esta no es un proceso natural, sino político y económico que se desarrolla con la intervención de actores específicos y por la toma de unas decisiones en vez de otras. Como señala Mosco, la globalización es despolitizada por aquellos que la naturalizan y de esa forma impiden la reflexión sobre la misma; globalización es una marca mítica sobre la que no cabe discusión¹⁸.

Ejemplo de lo que afirmo es la economía de la transición y su inventor, el economista Jeffrey Sachs. El 13 de enero de 1990, Jeffrey Sachs publicó un artículo en *The Economist* titulado ¿Qué hacer? Con este rótulo leniniano, Sachs planteaba el reto que para los Estados

¹⁶ Vid., GIDDENS, A., *La Tercera Vía. La renovación de la socialdemocracia*, op. cit., cap. 1.

¹⁷ NAVARRO, V., *La crisis de la socialdemocracia en Europa*, <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=108150>

¹⁸ MOSCO, V., *The Digital Sublime. Myth, Power, and Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 2004, p. 172.

occidentales suponía los cambios producidos en la Europa del Este. Sus propuestas fueron respaldadas por los gobiernos británico y estadounidense. Sachs estima que Occidente ha de trazar un plan para estos países que les evite errores que impidan la consolidación institucional y estabilidad democrática. Sachs justifica un giro radical hacia el capitalismo sustentado sobre los siguientes pilares: libre comercio, convertibilidad de divisas, auge del sector privado como motor económico¹⁹. Esta terapia de choque se impuso a otras ideas provenientes de Francia. La alternativa gala defendía una transformación más suave que comprendiera mantener lazos económicos como el COMECON, no presionar a los países para que impusieran un sistema específico, crear un banco de desarrollo regional o no atraer, de momento, a los Estados de la Europa del Este a la C.E.²⁰. Este modelo, más parecido a un plan Marshall de finales del siglo xx, no obtuvo éxito. Se impuso el modelo antagónico, que implicó la adecuación de las instituciones económicas y estatales de los países del Este a la dinámica capitalista que se abría paso y que se denominó como globalización. Una transnacionalización de capitales que implicaba la constitución de una arquitectura institucional sustentada sobre la creación de nuevas organizaciones multilaterales como la OMC y la reformulación de organismos antiguos como el Banco Mundial o el FMI. Esta nueva constitución material a escala global se completaba con la adecuación de organizaciones internacionales de integración regional como la C.E. o MERCOSUR a los objetivos del consenso de Washington. Esta fue la primera de las derrotas de la socialdemocracia. Asistió a la imposición de un modelo unívoco de relaciones económicas, políticas y culturales en áreas como Europa del Este, Latinoamérica o Asia y fue incapaz de pararlo. Es más: el modelo terminó por fagocitar su ideario.

La socialdemocracia se creyó que su modelo estaba agotado. Pero en vez de haber buscado vías de renovación en la izquierda, aceptó el discurso dominante de su adversario. La socialdemocracia asumió que la única alternativa posible era el plan económico de la nueva derecha o el desastre. La nueva derecha supo plantear con maestría una de las falacias más viejas que se conocen: la falacia del falso dilema. Estás con nosotros o contra nosotros. En este caso suponía dar por sentado que no existían alternativas económicas factibles. La socialdemocracia aceptó esa falacia en vez de arriesgar y aportar por otras vías. Y no me refiero a la Tercera Vía o al social liberalismo, que no es más que el producto de la renuncia que estudiamos. Otras posibilidades que hubieran revitalizado el Estado del bienestar o profundizado en la democracia²¹. Como afirma Paolo Virno, un problema puede afrontarse cam-

¹⁹ GOWAN, P., *La apuesta por la globalización. La geoeconomía y la geopolítica del imperialismo euro-estadounidense*, Madrid, Akal, 2000, pp. 241-246.

²⁰ *Id.*, p. 242.

²¹ *Vid.*, mi trabajo sobre el Greater London Council y la producción socialmente útil en RODRÍGUEZ PRIETO, R., *Ciudadanos Soberanos*, Córdoba, Almuzara, 2005.

biando el contexto en el que se inserta el problema, en vez de aceptando y eligiendo alguna de las alternativas que se nos presentan²².

Karl Polanyi en «La Gran Transformación» plantea que debemos entender el socialismo como «la tendencia inherente en una civilización industrial a trascender al mercado autorregulado subordinándolo conscientemente a una sociedad democrática. Es la solución natural para los trabajadores industriales que no ven ninguna razón para que la producción no sea regulada directamente y para que los mercados no sean más que un aspecto útil pero subordinado de una sociedad libre»²³. Quizá la socialdemocracia no iría tan lejos como Polanyi, pero probablemente estaría de acuerdo en abrir espacios de libertad en que la ciudadanía pudiera participar activamente en el gobierno del aparato productivo. Cuando la economía tiene un gran impacto en la vida de los ciudadanos no se puede dejar al albur de los intereses de un puñado de accionistas. El Estado democrático está para evitar los desmanes que se producen, entre otras cosas, cuando falta regulación. Esa desregulación está teniendo consecuencias serias en nuestros días, con un mercado financiero desbocado y concentraciones empresariales que constituyen empresas con más PIB y poder que muchos grandes Estados. La socialdemocracia debiera preservar la igualdad de oportunidades y las necesidades básicas de la población.

Pero la socialdemocracia ha claudicado pese al criterio de sus bases, más cercanas a los problemas cotidianos de la gente (contratos decentes; acceso razonable a la vivienda; educación, sanidad e infraestructuras de calidad y gratuitas, o que las corporaciones no prevalezcan sobre de la democracia). Al actuar así contribuye «por omisión» a la sustitución del Estado liberal de Derecho por un Estado del Capital²⁴.

El Estado de Derecho en el liberalismo fue concebido para preservar los intereses de los grupos dominantes. No obstante, la democracia como proceso histórico de emancipación, las luchas sociales y las mejoras en la calidad de vida de las personas, posibilitaron que el Estado de Derecho adquiriera una dimensión más social, que en determinados momentos de su desarrollo, dio frutos muy positivos. Hoy, ha sido sustituido sin más por un Estado del Capital sobre la base de tres pilares fundamentales: (i) la legislación que emana de las organizaciones multilaterales, (ii) los contratos privados de las corporaciones transnacionales y (iii) la legislación de las organizaciones de integración regional. En ninguna de estas fuentes del derecho contemporáneo existe el más mínimo resquicio para la representación popular.

²² VIRNO, P., *Gramática de la Multitud*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003, p. 69.

²³ POLANYI, K., *La gran transformación*, México, FCE, 2003, p. 294.

²⁴ La falta de control sobre la política monetaria de los bancos centrales nacionales o las ayudas al sector financiero para repuntar la crisis económica, testimonian suficientemente este hecho.

La vía para superar este complejo consiste en: (a) la negación sistemática del capitalismo, no ya solo como modelo productivo, sino como fenómeno cultural y simbólico. Si en otro contexto espacio temporal fue un interlocutor posible, hoy ha dejado de serlo y por ello la socialdemocracia tiene que ofrecer alternativas a un modelo que empobrece y concentra la riqueza; (b) en la construcción de prácticas de organización socio-económica no capitalistas, que posibiliten la libre competencia y una producción que atienda las necesidades sociales. Pero siempre desde la ruptura activa con este modelo político, económico y cultural que está enfrentado a la justicia social; y (c) en la cooperación entre trabajadores, trabajadores autónomos y empresarios pequeños y medianos. Sólo siguiendo la estrategia desarrollada por el capitalismo desde el feudalismo, es decir, construyendo islas en un mundo que no era el suyo, se pueden edificar los cambios. Son necesarias islas no capitalistas.

b) **La renuncia a integrar y organizar**

La crisis de organización que afecta a buena parte de la izquierda condena a los diferentes colectivos y/o movimientos sociales a la fragmentación, o lo que es lo mismo, a la inacción al carecer de estrategias comunes. No se puede decir que los partidos socialdemócratas hayan perdido capacidad de organización. El problema reside en que al mismo tiempo que se han jerarquizado de forma espectacular, convirtiéndose en entes elitistas, se han olvidado de sus bases. Por sus bases no solo me refiero a sus militantes, sino a los colectivos que pudieran identificarse con ideas como la justicia social, la protección de las minorías o el medio ambiente y la profundización en la democracia. La socialdemocracia malbarató en los setenta el caudal de imaginación que provenía de los nuevos movimientos sociales y de colectivos obreros autonomistas. No solo eso: los trató de destruir casi con la misma inquina que lo hacían las fuerzas conservadoras, para después abrazar los ideales de la derecha. Hoy en día se ha dado algo similar con la posición de la socialdemocracia frente a los colectivos que integran el Foro Social Mundial o reivindican mayor democracia y mayor cantidad de espacios públicos y comunes para preservarla y desarrollarla.

Estos colectivos, que gravitan alrededor suya, y que deberían impulsar cambios en la socialdemocracia, son incapaces de influir en la sociedad por su falta de organización y por su limitado acceso a los medios de comunicación social. La emergencia que estos devenires minoritarios²⁵, según la afortunada fórmula de Deleuze y Guattari, tuvieron en los setenta y su adaptación a los retos del mundo actual pueden ser un germen de transformación radical de las relaciones ins-

²⁵ Vid., GUATTARI, F., y ROLNIK, S., *Micropolítica. Cartografías del Deseo*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2006, pp. 23 ss.

tituidas por el capital. Lo importante es no perder el contacto con la base social real de las luchas o pensarse como una vanguardia que sabe en todo momento lo que la gente necesita o desea²⁶.

Estos colectivos terminan, en su inmensa mayoría, fagocitados por la estructura del partido o limitados a ser meros grupos marginales sin poder de influencia real. Una organización eficaz de colectivos de izquierda, no equivale a jerarquizarlos ni, mucho menos, a limitar las posibilidades de interacción de los distintos grupos que intervienen en él. Colectivos de mujeres, parados de larga duración, okupas, autónomos, de ayuda a inmigrantes, podrían ser claves en el renacimiento de la socialdemocracia. Sin embargo, su influencia es reducida o casi inexistente.

¿Qué habría sido del movimiento obrero sin organización? ¿Por qué no alcanzar acuerdos sobre las necesidades comunes que tienen los seres humanos, independientemente del proceso cultural en el que estén inmersos? ¿Por qué no construir estructuras que posibilitem de verdad una acción colectiva? ¿Por qué no aprovechar la riqueza humana y espacial de colectivos sociales?

Se piensa, equivocadamente, que la unión de los diferentes colectivos reproducirá jerarquías y homogeneizará tanto los esquemas como los puntos de vista. El resultado de este complejo es evidente: la izquierda pierde su potencial emancipador y sus éxitos se reducen a efectismos de carácter anual que no tienen continuidad en una acción sistemática, coordinada y responsable, que dé voz a los grupos sociales sometidos y que propicie de verdad transformaciones socio-económicas.

Pareciera que solo los «neocons» han leído a Gramsci. Que solo ellos han aprendido la importancia que tiene crear estructuras que permitan avanzar en la confrontación de posiciones. A comienzos de los años ochenta, fueron los conservadores los que vieron peligrar su hegemonía por el empuje de los movimientos de los sesenta y setenta. Su respuesta fue crear *think tanks*, es decir, decidieron unirse, disolver las diferencias y organizarse. El producto ya lo conocemos de sobra: la globalización.

Hoy los neoconservadores dan una nueva lección a la izquierda a la que se llama Tea Party. Después de la pésima imagen proyectada por ocho años de gobierno republicano, han sabido reinventarse y proyectar una imagen de falsa novedad o incluso de «rebeldía» frente a Washington. No se puede negar la influencia de los medios de comunicación o los fondos propiciados por la sentencia del Tribunal Supremo que deja sin límites las aportaciones de las grandes corpora-

²⁶ NEGRI, A., *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 32.

ciones a la vida política²⁷. Pero el dato no debe dejar de hacer reflexionar a la izquierda.

Los colectivos de derecha no se plantearon la disyuntiva de actuar a nivel local o global. Sencillamente actuaron y pensaron en todos los planos (local y global), en todos los escenarios (el político, el económico, el cultural, etc.), y en todos los espacios (ciudadanía, mercado, trabajo, familia). Hoy lo sigue haciendo consolidando foros como el de Davos, cuyo único fin es servir a los intereses de las grandes corporaciones.

Para que la socialdemocracia pueda ser viable, es decir, para que puedan transformar la realidad, necesitan una organización y una estructura de acuerdos mínimos para una acción colectiva a nivel mundial. Debe democratizar sus partidos para dar entrada a colectivos sociales. De no existir estos acuerdos solo quedarán la manifestación, las pancartas y los documentales sobre los periódicos desmanes del capitalismo. Solo la organización, el establecimiento de alianzas estratégicas o la acción concertada a nivel global, puede devolver la iniciativa a una socialdemocracia que precisa de la calle más que nunca en su historia. Es en este sentido, donde se pueden construir espacios comunes²⁸, que permitan desarrollar subjetividades críticas dirigidas al autogobierno y a la transformación social.

¿Cómo integrar lo fragmentado? ¿Cómo unir la socialdemocracia a los movimientos sociales y a la izquierda más transformadora o revolucionaria? No es tarea fácil. Pero debemos partir de que se trata de una necesidad ineludible para transformar las relaciones de dominación imperantes. La experiencia política del siglo XX muestra que en los países capitalistas avanzados no se puede construir un partido revolucionario de masas sin romper el control de la socialdemocracia sobre la clase trabajadora organizada. En el contexto de la revolución rusa fue posible para los partidos comunistas escindiendo a partidos socialdemócratas y ganado un buen número de trabajadores para la causa revolucionaria. Hoy, eso no es así, en parte por culpa de la experiencia estalinista. Algunos como Callinicos apuestan por dar cabida a los desengañados del social liberalismo en pos de una socialdemocracia más genuina. No excluir el debate entre reforma y revolución²⁹.

Socialdemocracia y movimientos sociales han de participar de las estrategias cooperativas e integradoras que construyan y reivindiquen un trabajo vivo más allá de la dispersión de singularidades y con la

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. de 21 de enero de 2010 en el caso de *Citizen United vs. Federal Election Commission*.

²⁸ Sobre lo común NEGRI, A., HARDT, M., *Commonwealth*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, pp. 325 ss.

²⁹ CALLINICOS, A., «¿Hacia dónde va la izquierda radical?», en SABADO, F., GARGANAS, P., CALLINICOS, A., «Debate en torno a la izquierda anticapitalista europea», Enlucha, Barcelona, 2010, p. 8.

determinación política de construir espacios liberados de la injusticia social. No es momento de divisiones.

c) **La renuncia a la clase**

En un congreso de la formación que fundó –La Izquierda–, Oskar Lafontaine reivindicó la influencia histórica de pensadores y activistas como Luxemburgo, Benjamín, Adorno o Marx. La izquierda, y en concreto la socialdemocracia, no puede renunciar a sus referentes filosóficos e históricos y la herencia de integridad y coherencia de los mismos. Sin embargo, la socialdemocracia, que comenzó en muchos casos por renunciar a Marx, ha terminado por asumir posturas nacionalistas que nada tienen que ver con los intereses de la clase trabajadora y que siempre han ayudado a la reproducción del capital.

El debate culturalista, al que hacía alusión anteriormente, ha tenido consecuencias graves para la socialdemocracia. No porque sea una temática que no requiera atención, sino porque ha invisibilizado la cuestión de la clase social. Esta opción culturalista ha tenido una primera consecuencia de extrema gravedad. Algunos partidos socialdemócratas se han convertido al nacionalismo.

Cuando la socialdemocracia se torna nacionalista, deja de ser izquierda. Sustituye el discurso de la contingencia –los problemas materiales de la gente– por el debate sobre abstracciones como «pueblo» o «comunidad nacional», que no son más que esencialismos o romanticismos nacionales ¿Cómo se puede decir adiós a la lucha de clases en un momento en el que más de la mitad de los seres humanos apenas subsisten? La gran aportación intelectual de la socialdemocracia ha sido la apuesta por la justicia social y la denuncia activa de la injusticia y la explotación.

Detengámonos un momento y reflexionemos seriamente hasta que punto vivimos y trabajamos con ellas. Nuestras sociedades están pobladas de metáforas, conceptos, imágenes, estereotipos, símbolos, mitos que influyen en nuestra manera de conocer e interpretar el mundo. El problema surge cuando estas representaciones intelectivas o metafísicas terminan por trascender y luego sustituir la complejidad de la realidad concreta, hasta olvidarse de ella. En este contexto³⁰ en

³⁰ No han sido pocos los autores que han estudiado la pujanza metafísica de este tipo de representaciones abstractas o conceptos en nuestras sociedades en todos los planos. En el epistemológico Capra, por ejemplo, describe como esta visión abstracta y profundamente reduccionista preside nuestras relaciones con el mundo. A su juicio, las ciencias sociales, tal y como son presentadas y estudiadas en la actualidad, usan sus conceptos básicos (tales como eficiencia, productividad, servicio), omitiendo el contexto social y ecológico en el que se enmarcan (*Vid.*, CAPRA, F., *Física Budista*, en VV.AA., Para Schumacher, Barcelona, Blume, 1981, pp. 153-154). En el plano político, Capella, entre otros, nos sitúa frente a una especie de «soberano supraestatal difuso», muy difícil de controlar y que hace pasar los intereses de un

el que los conceptos o representaciones acaban adquiriendo consistencia sustancial, es decir, acaban identificándose con la realidad, para luego sustituirla, emerge el debate sobre «la identidad, la diferencia cultural o el derecho a la autodeterminación». Este último fue recogido en la Carta de Naciones Unidas como un reclamo para la superación de las prácticas colonialistas de Occidente. Un derecho que ha sido invocado en diferentes espacios geográficos (Europa, Asia, África) y en diversos contextos sociales (pobreza, discriminación o conciencia de una cultura propia y diferenciada).

Hablar en abstracto de la «identidad» es lo mismo que caer en una trampa metafísica, que elude el abordaje de otros problemas. Ya Rosa Luxemburgo estimaba, que el derecho de las naciones a la autodeterminación no es una guía política (programática) para abordar la cuestión de las nacionalidades, sino para eludirla³¹. No es más –parafraseando a esta autora– que un *cliché metafísico*. Si el derecho a la autodeterminación tuvo algún sentido, fue en el contexto de la descolonización. Hoy se ha convertido en un arma de la derecha política para fragmentar los intereses de la clase trabajadora, especialmente en los focos nacionalistas que emergen en Occidente.

Desde este cliché metafísico no se contemplan ni los contextos ni las condiciones históricas, como tampoco se visualizan los procesos de distribución de la riqueza entre los seres humanos en un espacio y tiempo determinados. El concepto de «nación» es una categoría del pensamiento liberal, que abriga una concepción totalmente acabada y cerrada del mundo. En la sociedad de clases la nación, como entidad sociopolítica homogénea, no existe. Tan solo existen clases con intereses y derechos antagónicos³².

La fuerte soberanía del capital global y los efectos que se derivan de la misma hacen que las influencias externas y los contextos sean aún más decisivos, si cabe, en el análisis de este fenómeno. La interdependencia y el incremento de las relaciones en un mundo global e interdependiente se compadecen muy poco con la emergencia de brotes nacionalistas en todo el planeta. Parece paradójico, pero no lo es. La globalización en marcha impone una serie de valores que dicen

grupo minoritario por los de la mayoría. Conocemos los problemas y los efectos que acarrearán, pero no conseguimos identificar las causas. Abstracciones como «el mercado», «la oferta y la demanda», acaban velando esta posibilidad. (Vid., CAPELLA, J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997, p. 260). En el plano cultural, estas miradas se completan con la de Said, para quien Oriente no es un asunto sobre el que pueda discutirse libremente. La razón es que Occidente ha dispuesto otro Oriente, de acuerdo con un esquema que tiene por objeto confirmar su propia concepción preestablecida sobre lo oriental. Dicha concepción servirá para consolidar la superioridad de un nosotros racional y lógico –occidente– en oposición a lo bárbaro e irracional –el otro de Oriente.

³¹ LUXEMBURGO, R., *La cuestión Nacional*, Barcelona, El Viejo Topo, 1998, p. 21 ss.

³² *Idem*.

poco del ser humano. Valores que se reproducen desde la secularización –que no desacralización– iniciada por Hobbes en el Leviatán, hasta los textos sobre «la racionalidad instrumental» de nuestros días. El egoísmo, «la elección racional», la superioridad de unos pueblos sobre otros, los elegidos o ganadores y los perdedores o fracasados, la supuesta estructura de igualdad de oportunidades, etc., son abstracciones, que configuran una imagen y una noción del mundo a medida de la eficiencia, el máximo beneficio y el neoliberalismo.

El capitalismo es el verdadero beneficiario de la absolutización de este tipo de categorías. Sus valores, su concepción de la vida, han traspasado las fronteras de la fábrica y han colonizado todo el imaginario. El mercado se impone como el único contexto social compartido por todos. Junto a él emergen con fuerza los nacionalismos con su vocación particularista frente a la secuencia homogeneizadora de la globalización. Como afirma Barber, estamos presenciando un choque entre dos fundamentalismos: entre una *Jihad* particularista y el *McWorld* homogeneizador. Los procesos de autonomía que se vivieron en la provincia de Santa Cruz en Bolivia, son un ejemplo a medida de lo que aquí decimos: El objetivo de los mismos es adquirir privilegios respecto al resto del país, merced a sus recursos naturales. Egoísmo e insolidaridad auspiciados por la oligarquía local, frente al gobierno de Evo Morales.

La absolutización identitaria o el reduccionismo particularista pueden llegar a provocar episodios genocidas, como los de la antigua Yugoslavia. La estrategia del nacionalismo, consistente en la creación de pequeños Estados-nación, no solo reproduce el orden establecido, sino que lo amplían. Al ser más débiles –Estados más pequeños– son más vulnerables a la influencia de las grandes corporaciones. El nacionalismo no se opone a la globalización, sino que forma parte de su realidad política y estratégica.

En fin, la identificación de la izquierda con las políticas identitarias ha sido nefasta para la misma. Como venimos diciendo, ha obviado su activo principal, *la clase social*, para centrarse en los particularismos nacionalistas. Como bien apunta José M.^a Delgado, esta *supuesta* izquierda ha sustituido el «proletariado» como agente de la revolución, por los «pueblos». Al hacerlo, fragmenta a los Estados y divide a los trabajadores –a través, por ejemplo, de la creación de sindicatos nacionalistas– y, lo que es peor, no atisba políticas económicas y sociales, en el marco de estos poderes autonómicos o federales, que confronten con el paradigma neoliberal. Y subraya con amargura: «Y así nos va a la izquierda, sin brújula, sin principios, auto-referenciándonos en un ciclo sin fin de errores y claudicaciones oportunistas»³³.

³³ DELGADO, J.M., *Rosa Luxemburgo: Un pensamiento irrecuperable* (<http://www.forosocialevilla.org/spip.php?article359>)

Thompson³⁴ analizaba la categoría de clase como un proceso de *autoconstitución* sostenido en la experiencia, la socialización conjunta, la cultura de clase, la lucha entendida como la capacidad de desarrollar comunidades que intentan en todo momento sustraerse de las relaciones capitalistas de producción, de los dispositivos de subordinación y disciplina, de la violencia sistémica que se ejerce en la transformación del trabajo vivo en fuerza de trabajo subordinada al capital. Alejándose de una aproximación economicista que explicaría la clase a partir de su papel en el proceso de producción, se centra en la expresión colectiva de intereses comunes, una clase que se funda en una experiencia compartida.

Como muy bien afirma la extraordinaria feminista bell hooks, la liberación solo tiene lugar en un contexto donde podemos imaginar subjetividades diversas, constantemente cambiando y operando en estados de contingencia cultural. Para superar el racismo la comunidad negra de EE.UU. no puede quedarse solo en la cuestión racial. Clase, género u orientación sexual son importantes en la construcción de identidad³⁵.

Si la socialdemocracia quiere fortalecerse debe abandonar esta identificación con el nacionalismo. Este complejo daña y debilita la acción global y, necesariamente transnacional, de una nueva izquierda más responsable con la defensa de la clase social. La acción transnacional de la izquierda debe contextualizarse y debe abrirse a la diferencia, a la aportación postcolonial (que tanto sabe del sufrimiento y la opresión), al feminismo y a un universalismo de confluencia (como postula David Sánchez) decididamente democrático. Es decir, debe abrirse a la riqueza del mundo.

4. LAS ALTERNATIVAS DE UNA SOCIALDEMOCRACIA FUERTE

Estos argumentos, presentados como «renuncias», pretenden ser una propuesta para que los movimientos sociales, los intelectuales, los partidos socialdemócratas, los diferentes colectivos y, en general, las personas que se sienten de izquierdas, reflexionen sobre el alcance actual de sus respectivas posiciones políticas y, especialmente, sobre sus posibilidades de cara al futuro.

El modelo vigente de relaciones productivas articula relaciones muy asimétricas entre los seres humanos. La pobreza, la concentración de la riqueza y los índices de calidad de vida así lo atestiguan. El pensamiento de izquierda es básicamente una reacción a la abstrac-

³⁴ THOMPSON, E.P., *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, Barcelona, Crítica, 1989, pp. 43 ss.

³⁵ *Vid.*, HOOKS, B., *Killing rage. Ending racism*, New York, 1995, p. 248.

ción del Estado liberal que reconoce «la igualdad de todos ante la ley», pero que ignora la diferencia de clases. Siempre ha sido una respuesta a esa configuración sociocultural, que descontextualiza las condiciones de producción y reproducción de la vida y absolutiza la acumulación de capital como eje necesario del orden social.

La socialdemocracia obtuvo un gran éxito en un contexto espacio temporal muy distinto y limitó gran parte de los efectos perversos del capital. El modelo capitalista, tal y como es concebido en nuestro presente, es positivo y eficiente solo para unos pocos. La socialdemocracia debe iniciar un proceso reflexivo para una nueva inteligibilidad sobre las relaciones de justicia o la distribución de bienes en una sociedad. El pensamiento de izquierda es necesariamente contingente, pues se vincula al espacio y el tiempo en los que se inserta. De ahí su innegable historicidad e integridad con la complejidad de lo real.

La socialdemocracia debe apuntar principalmente a crear un marco cognitivo o conceptual basado en: (i) la inequívoca lucha por la justicia social, (ii) en el respeto de los derechos humanos, de la identidad plural de todos los sujetos y de la democracia y (iii) en la negación del capitalismo mediante la construcción de un orden cultural, político y económico alternativo.

4.1 *La inequívoca lucha por la justicia social.* La clase social debe recuperar el lugar que le corresponde en el discurso de la socialdemocracia. El objetivo de la justicia social solo se puede comprender y articular, desde el reconocimiento de la clase como su mensaje central. Otros elementos o nociones como el género, la etnia, la orientación sexual son precisamente importantes, porque sus «lugares» y sus posiciones específicas están implicados en el concepto de clase social. Sin este, no pueden desplegar sus potencialidades emancipadoras. Solo a través de la idea de *clase social*, es decir sin transigir a los discursos que la supeditan u ocultan, se pueden relacionar todos los tipos de opresión. Las relaciones de dominación no se pueden clasificar en compartimentos estancos. Se deben tratar de forma relacional, porque no se puede combatir contra una, sin enfrentar a todas las demás.

La justicia social ha sido una de las reivindicaciones clásicas de la izquierda a lo largo de toda su historia. Una de las contribuciones más significativas es la del profesor David G. Gil³⁶. Para el Profesor de la Universidad de Brandeis la idea de justicia social es bastante difusa.

³⁶ Vid., GIL, D. G., «In Pursuit of Social Justice» *Klamath Sustainable Communities* [Reprinted from Poverty and Social Justice Connection (2006), vol. 8. 3 (2007)]; GIL, D. G., «Social Welfare Services and Social Justice», *Taiwanese Journal of Social Services* 5, 2 (2007): 2-29; GIL, David, G., «Reframing Political Discourse: Politics of Human Needs», *New Global Development: Journal of International and Comparative Social Welfare* (1998): 15-22; Vid., GIL, D. G., *Confronting Injustice and Oppression*. New York, Columbia University Press, 1998.

Requiere, por tanto, de compromisos serios que desarrollen y concreten su alcance y significado. Con este objeto, desbroza la idea de justicia social en tres niveles distintos, aunque muy relacionados: (i) las relaciones humanas individuales, (ii) las instituciones sociales y los valores, y (iii) las relaciones humanas globales.

Gil señala que comprender al «otro» como parte de ti mismo, es la vía para lograr un pensamiento más «ínter-subjetivo», «ecologizado» y respetuoso con lo humano y la naturaleza. Esta idea ha sido defendida también por autores como Mounier, Morin o Capra. De aquí emana la exigencia ética del *compromiso para la acción* que demanda la izquierda. Solo en la esfera del *ínter-entre*— deviene el *nosotros esencial*, verdadero germen del socialismo. *Ser* es co-existir, es proyectarse, es convivir, es abrirse a la realidad de los demás y sus problemas. *Ser* es necesariamente *ser-con*, pues somos en la medida en que nos preocupamos y relacionamos con los demás. El marco epistemológico de la izquierda no es el *yo pienso*, sino en el *nosotros somos*.

En el segundo nivel, el de las instituciones sociales y los valores, la noción de justicia social entraña actuaciones que (a) satisfagan las necesidades intrínsecas de los seres humanos y (b) desarrollen las potencialidades de todos los sujetos, a nivel local y global. Las sociedades socialmente justas a lo largo de la historia han sido siempre igualitarias y genuinamente democráticas, es decir, sin violencia estructural.

El tercer nivel escenifica la extensión de las relaciones del primer nivel a todas las personas y, por ende, la ampliación del contexto institucional de justicia social desde el ámbito local y nacional al global. Ya que los principios de justicia social tienden a prevenir todas las formas de violencia atajándolas en su origen y causas, esta visión implicaría un contexto de relaciones definitivamente pacífico o sin violencia estructural.

Para Gil, la justicia social se relaciona estrechamente con la igualdad. La sociedad igualitaria es una idea socio-filosófica que atribuye a todas las personas los mismos derechos, idénticas responsabilidades e iguales oportunidades en todas las esferas de la vida: (i) en el control de los recursos, la organización del trabajo y la producción; (ii) en la distribución de bienes, servicios y derechos y (iii) en el gobierno y en la reproducción social del orden. La noción de igualdad no equivale, por tanto, a decir: «¡que todo se divida y reparta en partes iguales!», sino que presupone una distribución de los bienes, responsabilidades y derechos en función de las diferencias individuales y de «todas» las necesidades existentes. Las sociedades socialmente justas tienden a la práctica real, no ritual, de la democracia. En un contexto de igualdad política, social y económica ningún grupo o clase social puede llegar a monopolizar la tensión *poder-democracia*, hasta el punto de bloquear el autogobierno y reprimir las iniciativas del resto de la gente.

Los valores son principios éticos necesarios para la acción. Orientan el comportamiento humano y, por tanto, las relaciones sociales que se derivan del mismo, pues los valores no son independientes y se adhieren a los hechos (que valoramos). La sociedad será, por tanto, justa o injusta dependiendo de los criterios éticos que la sustentan. David Gil clasifica, en este sentido, las sociedades como justas o injustas en función de sus principios éticos (valores) y sus valoraciones (juicios básicos).

Sociedades justas	Sociedades injustas
Igualdad.	Desigualdad.
Libertad.	Dominación y explotación.
Individualidad.	Egoísmo e individualismo.
Bien colectivo y ayuda mutua.	Desconsideración hacia la comunidad.
Cooperación.	Competitividad.

Los requisitos institucionales de la justicia social –escribe D. Gil– se materializarán cuando los recursos productivos, el conocimiento, el trabajo, los bienes y servicios de la comunidad global se vuelquen en la satisfacción de las necesidades intrínsecas de todos los sujetos, de manera tal que todas las personas, y en todas partes, tengan y puedan ejercer los mismos derechos y las mismas responsabilidades. La calidad de vida de todos es el *juicio básico necesario* de las sociedades justas. Esta tendrá lugar cuando todas las personas sean libres de desarrollar sus capacidades e iniciativas y cuando se puedan utilizar los recursos productivos y los conocimientos acumulados en esfuerzos productivos socialmente significativos³⁷.

Pero para que este cambio cultural y social tenga lugar, es preciso transformar previamente las conciencias, es decir, la percepción de los valores y los intereses que tienen los sujetos en todos los segmentos sociales. Para acelerar el cambio se requiere de los movimientos sociales y de los colectivos de izquierda. A ellos les corresponde concienciar críticamente a la sociedad mediante la *práctica no violenta* de «una contra-educación dialógica» como sugirieron y demostraron autores como Paulo Freire o bell hooks.

Esta actitud gramsciana se antoja decisiva para crear y desarrollar modelos socio-económicos alternativos. David G. Gil sugiere la creación de comunidades, cooperativas, empresas autogestionadas y otras instituciones colectivas. De esta manera, «las sociedades socialmente justas» crecerán como islas en medio de un océano de sociedades capitalistas.

³⁷ La riqueza «real» de las sociedades humanas –afirma David Gil– no reside en la suma de las concentraciones privadas de capital, sino en la unión del potencial humano desarrollado, los recursos naturales y todos los conocimientos y destrezas adquiridos desde los inicios de la evolución social.

4.2 *En el respeto de los derechos humanos, de la identidad plural de todos los sujetos y de la democracia.* Son un fin, en sí mismo, que la socialdemocracia no puede olvidar. La democracia entendida, claro está, como elección de las políticas –que no de las *elites*– es la única idea-proyecto válida para construir sociedades más justas y equilibradas. La articulación sería de este proyecto presupone *la organización* de los diferentes colectivos de izquierdas, que hoy permanecen todavía divididos a causa del localismo de sus visiones e intereses. La diversidad de opciones y/o perspectivas no tiene por qué conducir a la fragmentación. Un universalismo *emancipador* que reconozca la riqueza del ser humano no debe confundirse con un universalismo totalizador y homogeneizador. Los grupos conservadores, tradicionalmente más separados a causa de las diferencias de sus *elites*, ahora permanecen unidos y promueven eficazmente un populismo conservador y universalista: *la globalización*.

Las líneas que diferencian las identidades humanas, lejos de explicar la diversidad separan a las personas. En vez de potenciar la riqueza de lo diferente y aprender de las necesidades comunes, la absolutización de determinados contenidos identitarios aísla y enfrenta a muchos colectivos. Sin una comprensión más plural de la identidad humana la izquierda no podrá articular un proyecto convincente y realista de transformación social. La superación de la visión reduccionista de la identidad –que transforma cualquier diferencia en una confrontación absoluta e interminable–, a través de dispositivos más pragmáticos de integración y/o agregación, es fundamental para mantener una actitud política coherente, que no caiga en la disyunción metafísica de los particularismos y/o los fundamentalismos.

Amartya Sen desliza un planteamiento muy aproximado en este punto. Lo hace precisamente en uno de sus libros más afamados, titulado *Identidad y Violencia*³⁸. Para este autor, la invocación mágica de una identidad, supuestamente dominante sobre cualesquiera otros tipos de filiación, es una manera de desplegar el enfrentamiento y el odio. El análisis de las relaciones interpersonales en términos intergrupales, es decir, desde la perspectiva de los grupos, las religiones o las civilizaciones, minimiza seriamente el enfoque sobre otros criterios o espacios de la identidad como el social, el económico, el género o el cultural, limitando, sobremanera, la acción sobre los mismos.

La religión, la nacionalidad, la filiación étnica, el concepto de civilización no pueden sintetizar la identidad de todos los seres humanos. El islamismo radical, por ejemplo, aspira, como el resto de fundamentalismos, a que el mundo se construya a su imagen y semejanza. Será islámico o no será –será exterminado–. La complejidad de los grupos, con sus fidelidades, compromisos y exigencias, desaparece cuando las personas se encasillan en una sola filiación.

³⁸ SEN, A., *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Madrid, Katz, 2007, pp. 15 ss.

Este reduccionismo cuasi-ontológico constriñe la comprensión grupal de la identidad, porque los seres humanos tenemos filiaciones y compromisos muy diversos³⁹. Una persona puede tener identidades distintas, porque puede pertenecer, de manera simultánea, a grupos diferentes⁴⁰. Es cierto que en algunos contextos la libertad de situarnos ante los demás a través de la identidad, está condicionada por los procesos culturales a los que estamos expuestos, especialmente si estos evocan una sola identidad (la buena o correcta), repudiando a las demás (como el caso de la segregación racial en EE.UU. o el de los judíos en la Alemania Nazi).

Según Miyares, la invisibilización del trabajo de las mujeres ha sido una de las grandes lacras que la socialdemocracia ha desatendido. Este hecho ha significado la exclusión de las mujeres de las medidas redistributivas⁴¹. Las transformaciones en el mundo del trabajo (el trabajo inmaterial, el trabajo vivo), la influencia de las corrientes feministas, la cuestión intercultural, el ecologismo, las nuevas concepciones *espacio-tiempo*, las nuevas formas de organización social, son elementos que escapan a la comprensión de un modelo identitario específico. Por eso debemos tomar conciencia de la importancia que la pluridentidad contrae con el futuro. La comprensión de lo diverso, como expresión de la riqueza humana, es condición para la postulación de una nueva racionalidad basada en la producción de lo común como criterio y principio para la acción.

Afrontar de manera fragmentada y particularista los desafíos actuales es un gravísimo error. Es importante comprender que solo desde una concepción holista e inclusiva es posible el cambio social⁴². Todos somos seres humanos y todos compartimos un conjunto de necesidades. Estas necesidades nos remiten a una categoría esencial: la clase social.

En este sentido, la herencia de autores como Laclau, Mouffe o Young ha contribuido decisivamente a la escasez de alternativas a la dominación capitalista, a causa, entre otras, de la carencia de una estrategia mayoritaria y de la división negativa de los movimientos sociales. Es necesario, por consiguiente, un mismo operador o agente transformador. Una especie de «intelectual colectivo» –parafraseando a J. Sanbonmatsu⁴³– que reúna las energías dispares de los movimientos emancipadores, para configurar un movimiento histórico universal. Si preservamos el entendimiento y la confluencia de significados

³⁹ Íd. 38-47.

⁴⁰ Íd. 64-75.

⁴¹ MIYARES, A., *Democracia feminista*, Madrid, Cátedra, 2003, p. 210.

⁴² ALBERT, M., CAGAN, L., CHOMSKY, N., HAHNEL, R., KING, M., SARGENT, L., SKLAR, H., *Liberating Theory*, Boston, South End Press, 1986, pp. 143-145.

⁴³ Vid. SANBONMATSU, J., *The Postmodern Prince: Critical Theory, Left Strategy, and the Making of a New Political Subject*, New York, Monthly Review Press, 2004. El autor sitúa en Gramsci y Maquiavelo la base teórica de este «intelectual colectivo», al que denomina «príncipe postmoderno». (p. 157).

y riqueza simbólica, divisaremos ese *espacio común* que tanto necesitamos. Si queremos transformar necesitamos organizarnos. Por eso abogamos aquí por una organización, no autoritaria y flexible, que posibilite el entendimiento, pero que estimule la acción desde un programa sólido de contenidos rupturistas con el modelo hegemónico capitalista.

4.3 *En la negación del capitalismo mediante la construcción de un orden cultural, político y económico alternativo.* La negación del capitalismo como modo de ser (cultural, económico y político) y el diseño de prácticas alternativas, es una consecuencia de la superación del primer complejo. Es imprescindible poner en marcha la amplia gama de experiencias económicas que se han diseñado desde parámetros diferentes a los hegemónicos, como la *producción socialmente útil o el Parecon*. El objetivo de estas prácticas responde a la necesidad de abrir espacios de justicia a lo largo del planeta⁴⁴.

Uno de los efectos del primer complejo que describíamos, *el de la economía*, es la impresión generalizada de que la socialdemocracia se cifra en la aceptación del capitalismo. La globalización del poder de las corporaciones y, por ende, del capitalismo, es un proceso que se naturaliza con pasmosa facilidad. Tanto es así que se ha convertido en el único imaginario social prácticamente compartido por todos y que pocas veces ha sido entendido como lo que realmente es: un proyecto de construcción de hegemonía a medida de los intereses de un colectivo de personas e instituciones.

Como ya se ha señalado, el sentido que adquiere las propuestas de izquierda es procesual y contingente, es decir, histórico. El análisis, por consiguiente, que se hagan en torno a sus propuestas e iniciativas debe ser interpretado en clave retrospectiva, evitando los anacronismos.

Hubo una época, marcada por una coyuntura difícil de postguerra y reconstrucción, en la que fue posible negociar con los intereses del capitalismo. Hubo beneficios para la clase trabajadora, aunque a decir verdad, el beneficiario final fuera el propio sistema capitalista.

Las razones para que esta estrategia haya dejado de funcionar son prolijas y complejas. El capitalismo, en este contexto de expansión global, se caracteriza por ser abiertamente anti-democrático, puesto que elimina sistemáticamente cualquier atisbo de representación, por pequeño que este sea. La globalización es un proceso de *«traslación proporcional del poder»*, marcado por la transnacionalización y la pérdida de influencia de los órganos clásicos de decisión/representación en las poliarquías electorales liberales o democracias representativas: el Parlamento.

⁴⁴ Vid., ALBERT, M., *Parecon. Life alter Capitalism*, New York, W.W. Norton & Company, 2003. En este libro se desarrolla un modelo alternativo de economía participativa, diferenciada del capitalismo.

El hecho es que la capacidad política de los gobiernos de los Estados nación está muy menguada. La acción legislativa de los Parlamentos nacionales está siendo gravemente afectada por este «bloque histórico de la globalización capitalista». Los grandes propietarios dejaron hace tiempo de confiar en el Estado-nación como el espacio político idóneo a sus expectativas. El Estado del bienestar corrigió muchos de los desequilibrios que ocasionaban y obtuvo mejoras sustanciales en educación, conciencia social y acceso al poder de las personas. Necesitaban, por tanto, relaciones e instituciones nuevas, espacios de dominio inasequibles para los ciudadanos y, sobre todo, esferas institucionales público-privadas ajenas a cualquier control participativo o democrático. Los papel de los Estados se limita ahora a garantizar los reajustes que se les sugieren, directamente y al dictado, desde el exterior.

En nuestros días esos pactos o acuerdos son imposibles. La opción más realista para la izquierda y la socialdemocracia es la *negación sistémica* del capitalismo y la promoción de prácticas antagonistas que desafíen el imaginario mercantil. La gran seña de identidad de la izquierda del siglo XXI debe ser precisamente esta: *la negación creativa del capitalismo*. La socialdemocracia puede aprovechar su enorme capital simbólico para esta empresa.

La democracia y el capitalismo son antagónicos, entre otras cosas, porque son procesos históricos distintos. La democracia, entendida como proyecto de emancipación, no presupone el capitalismo como modo propio de producción, como se ha querido justificar en más de una ocasión. Si la izquierda opta por la democracia debe negar necesariamente el capitalismo. Ralph Miliband nos suministra materiales conceptuales muy útiles en este sentido.

En su último libro titulado *Socialismo para una Era Escéptica*⁴⁵, desarrolla este planteamiento: la *democracia capitalista* es una contradicción en términos. Desde esta perspectiva el socialismo tiene dos objetivos: (i) democratizar la sociedad más allá de los límites de la democracia representativa y (ii) atenuar la inmensa desigualdad existente en nuestras sociedades.

Democracia, igualdad y cooperación son los principios éticos sobre los que debe pivotar el socialismo. El hecho de que un puñado de personas se apropie de los recursos y de los medios de producción es una injusticia social inadmisibles para la izquierda. La democracia niega este hecho porque se sustenta en la idea de igualdad como estructura cognitiva y pragmática básica. Dominación y explotación son palabras mayores, que no complacen en los ambientes académicos, pero que son rabiosamente actuales. Miliband tiene razón. El diagnóstico que ofrece acerca de la situación de finales de los ochenta no puede ser más certero. No sabemos lo que Miliband hubiese dicho

⁴⁵ Vid. MILIBAND, R., *Socialism for a Sceptical Age*, London, Polity Press, 1995, pp. 6-12.

en estos días, donde todas las tendencias, que apuntaba en sus textos, se han radicalizado hasta extremos difíciles de creer hace tan solo veinte años.

Lo que sobra es el capitalismo. La única solución posible para la izquierda es su negación, poniendo en práctica una serie de estrategias dirigidas a los siguientes objetivos: (i) diseñando prácticas alternativas de horizontes rupturistas; (ii) organizando los colectivos, bajo un mismo denominador epistemológico y pragmático, que las ejerzan; y (iii) erosionando, con el testimonio emancipador de esas prácticas, el sistema cultural capitalista.

5. CONCLUSIÓN. PARA UNA SOCIALDEMOCRACIA FUERTE

Vivimos en un contexto muy complicado. La crisis financiera actual es el marco en el que el capital pretende impulsar en Europa la privatización de servicios, que hasta el momento, han estado en manos del Estado y asumidos como servicios públicos. Pensiones, sanidad y educación son comprendidos como nichos de negocio con un potencial impresionante. La crisis financiera no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para que mediante la presión de los agentes que dominan los mercados se imponga la privatización de los servicios públicos que han sido el santo y seña del bienestar europeo. El capitalismo ha entendido a la perfección la situación; es una estructura de oportunidad para liquidar servicios públicos que a su vez son grandes nichos de negocios potenciales para empresas privadas.

Muchos periodistas estos días plantean la siguiente pregunta: ¿Hasta cuándo los mercados estarán satisfechos? ¿Cuándo pararán de acosar la deuda soberana de los Estados en Europa? Esas preguntas no están bien formuladas. Para estos agentes, la cuestión esencial no es presionar la deuda para ganar a corto plazo importantes cantidades de dinero extra. El factor crucial es que a través de los rescates o del simple miedo al rescate, los ciudadanos europeos admitan recortes sustanciales en servicios considerados, hasta hace poco, intocables. Esas reformas no son más que un punto de partida para el objetivo final que no es otro que adaptar Europa a uno de los proyectos más importantes de la OMC: la privatización de los servicios públicos.

Los agentes económicos con capacidad de dominar los mercados son conscientes de la gran cantidad de ingresos que están dejando de embolsarse por culpa de unas pensiones, una sanidad o una educación de todos. La Organización Mundial del Comercio lleva mucho tiempo insistiendo en la necesidad de liberalizar los servicios en sus países miembros. A las negociaciones sobre este particular se las denomina GATS (Acuerdo General sobre Comercio de Servicios). La

resistencia de algunos Estados o los límites puestos a la voracidad de las grandes empresas pueden decaer en este contexto. La gravedad del GATS es desconocida por la ciudadanía. Una vez que se cerró la presentación de solicitudes y ofertas de liberalización de sectores, se abrió una fase de negociación bilateral y multilateral orientada a contraer compromisos de liberalización (privatización). En un discurso de 22 de septiembre de 2010, el director de la OMC proponía el GATS como solución a la crisis. Lean entre líneas. Ya lo hemos visto otras veces. E incluso algo antes de los noventa. La generación de la deuda externa o eterna en Iberoamérica, el efecto tequila o los planes de ajuste estructural.

La socialdemocracia debe plantearse una pregunta esencial en nuestros días: ¿Puede la democracia sobrevivir en el contexto de una economía controlada por alrededor de un 2% de la población? ¿Puede denominarse como democrático a un gobierno que depende constantemente de la aquiescencia de agentes del mercado, como las agencias calificadoras de deuda o los movimientos del capital financiero? Los neoliberales estimarán que estamos en la mejor de las democracias posibles. Aquella en que los ciudadanos votan cada cierto tiempo y el mercado carece de regulaciones efectivas.

La socialdemocracia ha de ser consciente que una democracia no es completa sin una democratización de la economía. El capitalismo postfordista ha terminado por fagocitar la política y sus instituciones. Ignorar el contexto y el proceso que limita, cuando no invalida, la acción de los Parlamentos nacionales y restringe la libertad presupuestaria de los gobiernos es simplemente irreal.

La socialdemocracia debe organizarse. Contribuir con su capital simbólico a construir alternativas que deben incluir a los movimientos sociales. El objetivo no debiera ser asimilar el tejido social, sino fortalecerlo, para lograr una mayor legitimación que sustente sus iniciativas políticas. La política, definida como lo que hacen los políticos, está hoy más desprestigiada que nunca.

El maridaje entre socialdemocracia y movimientos sociales es necesario y complementario. Los últimos cuentan con la praxis y con el fecundo apoyo intelectual de teóricos comprometidos con la búsqueda de estrategias que permitan salir del capitalismo. El diagnóstico es claro: el modelo actual político, económico y cultural cercena la voluntad de las personas y una minoría muy pequeña controla sus vidas mediante la economía. En este punto, solo es necesario articular estrategias con posibilidad de éxito que alteren la hegemonía del capitalismo. Para que estas estrategias conecten con la opinión pública y con los ciudadanos es imprescindible el concurso de la socialdemocracia. Ésta cuenta con organizaciones que poseen un gran capital simbólico, que puede ser usado por colectivos transformadores. Pero para que esto suceda la socialdemocracia ha de reinventarse, ampliar su red discursiva y asumir tanto su fracaso social liberal, como la

imposibilidad de llegar a un acuerdo con el capitalismo actual, al que denominamos de alta intensidad.

El 15M es un paso más en la buena dirección. La cooperación entre socialdemocracia y 15M debiera discurrir por los senderos de la construcción de alternativas institucionales que abran espacios públicos no estatales o comunes de intervención. Me refiero a la construcción y desarrollo de prácticas políticas y económicas que conecten con el sentir abrumadoramente mayoritario de la gente. Estas prácticas serían como «islas de justicia» que conectadas entre sí favorecerían la consolidación de alternativas sólidas y creíbles al modelo hegemónico. Las alternativas existen, pero el problema es que los ciudadanos no las asumirán o comprenderán hasta que no convivan con ellas. Se trata de animar un proceso que solo se convertirá en hegemónico desde la práctica. No se puede convencer a nadie de que existen alternativas desde el vacío o la promesa de un bienestar futuro y, sobre todo, estas prácticas deben subvertir el modelo dominante, nunca ajustarse a él.

Finalmente, la socialdemocracia ha de reivindicar la clase social, que lleva aparejada la lucha por la justicia social. Esta idea no significa que abandone luchas que implican otras categorías y colectivos, como la reivindicación de un medio ambiente más sostenible o las cuestiones relativas al género o el racismo. La socialdemocracia puede integrar estas reivindicaciones en la clase social; en una visión más enriquecida que no haga más que conectar lo que en el mundo real lo está. Un buen ejemplo de ello es el pensamiento feminista de bell hooks. Bell hooks integra y relaciona los efectos que, para los seres humanos, han traído el capitalismo, el colonialismo y el racismo. Las soluciones que ofrece son el resultado de un análisis complejo, multidimensional, e integrador de estos problemas⁴⁶, al que se denomina interseccionalidad. La interseccionalidad surgió de la idea de que las estructuras sociales se entrecruzan para dar forma a posiciones sociales o que las posiciones sociales y los grupos sociales correspondientes son creados por estructuras sociales⁴⁷. La complejidad de las nuevas formas de control, discriminación e imposición de políticas e ideas precisan de nuevos instrumentos metodológicos y epistemológicos con el fin de lo que hacemos desde las ciencias sociales y jurídicas tenga sentido para la sociedad en la que vivimos. Deberíamos ser conscientes de que el envoltorio en que se nos presente un nuevo totalitarismo puede ser muy distinto a la forma tradicional en que lo conocemos y conceptualizamos.

⁴⁶ HOOKS, B., *Racism and Feminism*, en CHUKWUDI EZE, E., *African Philosophy. An Anthology*, Oxford, Blackwell, 1998, pp. 326-327. Hooks denuncia que algunas feministas blancas no querían ver el racismo o el clasismo como parte del problema y lo único que deseaban era sumar a las mujeres a su propia causa con sus objetivos e intereses.

⁴⁷ BARRERE UNZUETA, M., *La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas*, Revista Vasca de Administración Pública, 87-88, mayo-diciembre, 2010, p. 250.

La socialdemocracia puede tener futuro. Ese futuro pasa por reorganizarse y asumir sus carencias, renunciaciones y errores; pero también por apostar por alternativas creativas que revitalicen la ciudadanía y la democracia. Su viabilidad está en reinventarse aprovechando su capital simbólico y asumiendo que su compromiso con el capitalismo solo puede ser cosa del pasado.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 08/10/2011.

La ley de la muerte. Eutanasias, éticas y derechos

Por LEONOR SUÁREZ LLANOS
Universidad de Oviedo

RESUMEN

Este trabajo trata de superar la dialéctica entre la vida y la autonomía, y de mostrar la recomendabilidad constitucional de introducir legalmente para la eutanasia una excepción penal de justificación de inculpabilidad por estado de necesidad reforzado. También se sostendrá que faltan argumentos jurídicos para diferenciar la eutanasia activa de la pasiva; que es mejor no asimilar la eutanasia al suicidio y/o a la colaboración al mismo; que el argumento central para legalizar la eutanasia no es la autonomía de la voluntad; que no cabe fundamentar la eutanasia en un «derecho a morir» que no existe. También se defenderá la legalización de ciertos supuestos de eutanasia no-voluntaria. Y que es fundamental diferenciar los niveles de descubrimiento y justificación y de principios y consecuencias.

Palabras clave: Eutanasia (no hay) derecho a morir, derecho a la vida, dignidad, fuerza irresistible (estado de necesidad, legítima defensa), principios-resultados (consecuencias), responsabilidad penal, responsabilidad moral (judicial), (in)seguridad jurídica; descubrir-justificar.

ABSTRACT

In this work I will defend an euthanasia vision which tries to transcend the life and the autonomy dialectic, and the constitutional permission for,

and possibility of, introducing one legal penal exception for justification of legal inculpability due to a necessity state reinforced cause. In this sense I'll maintaining that this option is better that which assimilate suicide (or collaboration to) and euthanasia; that the central argument for legalizing euthanasia is not autonomy of (free) will; that it's not possible basing euthanasia on an hypothetic «right to die»; that legalizing some cases of no-voluntary euthanasia is possible; and, that there is not enough juridical arguments for separating active and passive euthanasia. In this realm, the distinction between justification discovery and principles and consequences distinctions is fundamental.

Keywords: *Euthanasia (no) right to die, right to live/right to life, dignity, irresistible force, principles-outputs/consequences, (legal) penal liability, (judicial) moral responsibility, legal (in)security, to discover-to justify.*

1. *Problemas relativos.* ¿Qué es lo peor de la eutanasia? ¿que se mate o que se muera? ¿y lo mejor? Quizá depende, es relativo. Lo cierto es que la polémica sobre la eutanasia se anima en un marco político-liberal para el que la concepción del bien y la justicia se vincula a la voluntad y autonomía racional del individuo, por lo que el Derecho y el Estado deben proteger, también penalmente, tal definición constituyente. Sin embargo, la eutanasia se proyecta en el fondo de ojo liberal y relativista cuestionándole su misma esencia y su viabilidad especulativa, práctica y racional. A la par que nos advierte de la arrogancia de volver a una materia ya próxima a su agotamiento pero que aún carece de indicios ciertos de salida, y que actualiza un permanente riesgo de caída en dialécticas estipulativas y reversibles.

2. *La eutanasia como noción contradictoria.* Suele aceptarse que el Derecho como el aire está en todas partes porque ya lo regula casi todo, excepto lo necesario y lo imposible; como a la muerte llegamos necesariamente y es imposible evitarla, comienza el conflicto jurídico del buen morir, convirtiéndose la ley de la muerte en «el imposible» que ocupa uno de los espacios más conflictivos del ordenamiento jurídico. Y el conflicto empieza por la emotividad del término. Pues adjetivar a la muerte como «buena», como la etimología eutanásica propone, es asunto complejo y turbador dada su cada- vérica consecuencia¹. Y más aún cuando se pretende que las leyes

¹ El término «eutanasia» lo introduce en su problemático sentido actual Bacon, con *Of the Proficiency and Advancement of Learning* (1605), al reclamar a los médicos que ayuden a los enfermos incurables a sufrir lo menos posible, pues «el oficio del médico no es solo restaurar la salud, sino también mitigar los dolores y tormentos de las enfermedades... cuando, habiéndose esfumado toda esperanza de recuperación, (la muerte) sirve para conseguir una salida de la vida más fácil y equitativa... Pero... los médicos hacen cuestión de escrúpulos y religión... Mientras que... deberían... ayudar al moribundo a dejar la vida más fácil y silenciosamente» («Avance de la ciencia», IV: 2).

del Derecho, garantes de la vida, se pronuncien sobre cuándo y cómo morir, y que legitimen los instrumentos para promover la muerte de alguien.

Como punto de arranque asumiré que la eutanasia consiste en la intervención consciente y voluntaria de un tercero para facilitar o producir, por acción u omisión, la muerte a una persona que la solicita inequívocamente a fin de terminar con su penosa e irreversible situación personal. Una situación calamitosa que refiere una enfermedad terminal y/o que produce insoportables sufrimientos físicos y/o psíquicos para una persona de razón y temple normal; aunque es difícil concretar en qué se traduce todo esto caso por caso. Por eso la clave de definición de la eutanasia ya no es tanto la voluntad de morir, ni la muerte en sí, o que la cause un tercero a petición, condiciones éstas también del suicidio y de la colaboración de terceros al mismo, sino que se dé el tipo de enfermedad o mal que convierte en irreparablemente trágica la vida² y que concreta la causa de la acción de matar a otro: liberarle de su agonía.

3. *Incursión.* Para facilitar la comprensión de lo que sigue, o quizá para advertir de lo que venga, adelanto el lugar de llegada. Sostendré: uno, en el nivel de las impertinencias, que afirmar que rematar a tu marido tras fracasar en su intento de suicidarse con su amante, o que la política de exterminio nazi de las «vidas carentes de valor vital³» son supuestos de eutanasia, o de algo muy cercano y a lo que la eutanasia irremisiblemente tiende, es tan adecuado como defender que existe una conexión esencial entre un vendedor de corbatas y el estrangulador de Boston. Dos, que no cabe asimilar la eutanasia al suicidio ni a la colaboración al suicidio de quien la facilita. Tres, que faltan argumentos para diferenciar el tratamiento de la eutanasia activa y la pasiva. Cuatro, que la ley debe permitir la eutanasia bajo controles y límites, no solo por despenalizarla, sino sobre todo para controlar los actos de terceros que conducen a la muerte de otro. Cinco, que el argumento central para legalizar la eutanasia no es la autonomía de la voluntad, por más que sea una condición incuestionable.

² Frente a la ayuda, al suicidio la eutanasia pretende el «beneficio de la persona que sufre» (Moreno Antón, 2004: 62; comp. 65, 78); tmb. e insistiendo en la distinción GASCÓN ABELLÁN, 1993: 83-85; Calsamiglia, 1993: 344; García Rivas, 2001: 150, 166.

³ Los planteamientos nazis del «valor vital» son bien conocidos. Ya en 1895 el jurista alemán Adolf JOST publicaba *El derecho a la muerte*, para defender el control de la muerte de los individuos por el organismo social y el Estado. Y en 1920, cuando Hitler hizo públicos los 25 puntos de su programa, el filósofo y jurista Karl BINDING y el médico-psiquiatra Alfred HOCHÉ publican *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens (La liberación de una vida sin valor mediante la aniquilación)* para justificar la eliminación, como un «tratamiento sanador» y una «obra higiénica», de las vidas carentes de valor vital, que serían no solo las de los enfermos terminales, sino también las de la mayor parte de los enfermos mentales, los disminuidos psíquicos, los alcohólicos, los epilépticos y los niños deformes.

Seis, que aunque la condición de la petición voluntaria es un importante obstáculo para la eutanasia no-voluntaria (incapaces/inconscientes), lo cierto es que al no montar la aceptabilidad de la eutanasia sobre el argumento de la autonomía de la voluntad también se facilita la legalización de ciertos supuestos de eutanasia no-voluntaria en virtud de la existencia de un «mal objetivo» para una comprensión de la dignidad mínima del ser humano. Siete, que no cabe fundamentar la eutanasia en un hipotético «derecho a morir», que no existe. Y, ocho, que el argumento del carácter supremo del derecho a la vida y del deber del Estado de mantener la vida que tan frecuentemente manejan los opositores a la legalización de la eutanasia resulta fundamental, nuclear, como se verá, pero para defender precisamente lo contrario, su legalización.

4. *¿Pena por el final o pena de cárcel?* Cuando se trata de la eutanasia en el marco jurídico se genera una relación conflictiva que alienta la bien conocida dialéctica entre la penalización o la colaboración del Estado a la misma, recorriendo sus argumentos toda la escala cromática y las distintas texturas metafísicas, pedestres y mundanas hasta terminar en un conflictivo sumatorio de tapices matizados. El punto de acuerdo de las posiciones enfrentadas radica en una exigencia de humanización de un imponente desarrollo científico capaz de mantener la vida en circunstancias extremas. De hecho, ya es un tópico afirmar que frente a la forma tradicional de morir⁴, hoy el modelo de enfermedad y muerte se ha socializado adaptándose a las transformaciones tecnológicas de la sociedad y diluyéndose por distintas instancias hospitalarias y sujetos especializados que estarán pendientes del enfermo para sostener la vida hasta su límite. Pero los desencuentros se multiplican a la hora de concretar en qué debe consistir esa humanización científica, médica y terapéutica. Si para unos, la humanidad es mantener el ser humano vivo a todo trance, para otros, conscientes de la terrible degeneración que puede encubrir la vida asistida, humanizar la medicina exige poner todos los recursos médicos posibles para acabar con la vida cuando las constantes vitales dan cuenta, por muchos cuidados paliativos y sedativos que se empleen, de que se trata de una vida que se pueda considerar indigna y dolorosa. Y el dilema queda defi-

⁴ Pues hasta la eclosión médico-tecnológica que arranca en el s. XIX, la muerte natural era ceremoniosa, velada, y familiares y amigos se reunían en torno al enfermo para despedirse, arreglar cuentas, perdonar, aconsejar, y luego venía el duelo, etc. Pero el científico s. XX anima un enjambre de dialécticas que oscurecen el estado de la cuestión y toda seguridad acerca de lo que sea el buen morir, cómo y en nombre de qué y quién aceptarlo. Son las dialécticas de los argumentos, los presupuestos, métodos, garantías, finalidades, ideologías... y del sufrimiento frente a las amplias posibilidades de sostenimiento biológico de la vida –ilustra bien el contraste entre ambos modelos Baiges 2002: 25-36.

nido. Pues si el deber del médico⁵ es preservar la vida del paciente, tan complicado es exigirle que no ponga todos los medios al servicio de su vida como aceptar que su vida orgánica «no merece la pena» ser mantenida.

Y al llegar al campo de la norma jurídica tal complicación se radicaliza. Pues si regular jurídicamente cualquier materia es asunto complejo, con la eutanasia –asunto «polémico», «espinoso», «poliédrico», etc.–, el enrevesamiento se enquistaba en un todo que queda por definir al completo; qué se quiere conseguir, por qué, a quién se ha de proteger, y a través de qué vía. Y en este escenario los asuntos de corrección racional y técnica legislativa se confunden y deslizan entre dudas acerca de la valoración misma de la práctica de la eutanasia como aceptable y valiosa o como rechazable, poniéndose así en serios aprietos el examen de racionalidad valorativa, política, de eficacia y de eficiencia.

5. *Dime dónde vives y te diré cómo te mueres.* Y entre complejidad y debate, cada ordenamiento afronta la eutanasia de forma distinta o muy distinta. Y aquí ya es un tópico mencionar el aperturismo de las legislaciones holandesa y belga, y ahora también luxemburguesa. Pero a los efectos que aquí interesan bastarán algunos apuntes.

En Holanda está en vigor desde 2003 una ley que exime de responsabilidad al médico que practique la eutanasia, incluida la activa directa, a un enfermo terminal o sin expectativas de mejora que lo decide libremente⁶ o, si está inconsciente, que expresara su voluntad en condiciones de capacidad⁷. Aunque esta solución destipificadora –antes el CP holandés la sancionaba con penas de hasta doce años– no fue el resultado de un plumazo legislativo. En efecto, la Ley 26691/2002 viene a confirmar y concretar las condiciones de inimputabilidad respecto de los supuestos en que un médico provoca

⁵ El juramento de Hipócrates era explícito: «a nadie daré una droga mortal aun cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin... no daré a ninguna mujer supositorios destructores; (y) mantendré mi vida y mi arte alejado de la culpa». Luego su actualización en la Declaración de Ginebra de 1948 «se dulcifica» reclamando: «velar ante todo por la salud de mi paciente»; «mantener, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica»; «velar con el máximo respeto por la vida humana»; y «no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas, incluso bajo amenaza».

⁶ Si el médico está convencido de que la decisión del paciente es informada, razonada y voluntaria, y de que su sufrimiento es insoportable, y llega junto con el paciente al convencimiento de que no hay otra salida razonable; un segundo médico independiente comprobará lo anterior y que la eutanasia se practique con la máxima diligencia médica. A su vez, y para ratificar estos extremos, desde 1998, existen unas comisiones de expertos que preside un jurista y cuenta al menos con un médico y un experto en ética.

⁷ *Vid.* p. ej., Contreras Mazarío, 2005: 33, que ratifica a CIMBALO en «Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Dinamarca, Olanda e Belgio».

o permite la muerte de un paciente que habían ido siendo depurados jurisprudencialmente desde 1973, cuando un tribunal aplicó una cláusula exculpatoria a un médico que suministró una inyección letal a su madre enferma y hemipléjica y que había solicitado en distintas ocasiones que se pusieran fin a su vida. Era la fuerza mayor que recogía el artículo 40 del CP holandés. Sobre esta base los tribunales fueron sucesivamente matizando, aunque con oscilaciones reseñables⁸, las condiciones de esa fuerza irresistible –consentimiento, consciencia y voluntad del paciente, dolor insoportable, consulta a otro médico, convencimiento del médico de la necesidad de la medida,...–⁹.

Las cosas, sin embargo, son bien distintas en Gran Bretaña¹⁰ –que vía doctrinal judicial autoriza la eutanasia pasiva y la indirecta, pero no la activa–, Irlanda –reacia a toda modalidad eutanásica–, Italia¹¹ –que solo admite la pasiva voluntaria y consciente–, Alema-

⁸ Que nos ofrecen un buen banco de pruebas. De hecho, hasta aceptarse por el Tribunal Supremo la exculpación por estado de necesidad se cruzan tres niveles. Uno, la falta de antijuridicidad de la conducta: la Stc. Tribunal de Alkmaar, 10-05-1983, apela a la opinión social consolidada favorable a la impunidad de la eutanasia en función de la dignidad humana y el derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte. Pero el Tribunal de apelación y el Supremo rechazaron el criterio. Segundo, la excepción médica como causa de justificación suprallegal y que dejaría penalmente impune la conducta médica (de acción u omisión) más correcta aunque fuera penalmente típica (Tribunal de Groningen, 1984). La Stc TS/1-10-1986 rechaza también tal vía. El tercer nivel de justificación apela a la fuerza psicológica irresistible; si el sufrimiento del enfermo coloca al sujeto activo de la eutanasia en un dilema de presión psicológica al que no se puede resistir. Este planteamiento ni se utilizó directamente en sentencia ni ha sido rechazado explícitamente por el TS (comp. Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 280 ss.).

⁹ Sobre esta base jurisprudencial se construye un proyecto reformador de la legislación que da cuenta del enfrentamiento entre el Parti Liberal D'66 y el Consejo de Ministros que trata de limitar el efecto liberador del proyecto. En esta dialéctica el Consejo de Estado emite un informe en 1986 que advierte de la subjetividad en la valoración de las circunstancias. A partir de ahí se suceden los esfuerzos legislativos para eliminar los riesgos de la regulación. El primer paso legislativo se formaliza en 1993 al aprobarse el Proyecto de reforma de la Ley para los Enterramientos, que propone un Reglamento de las Reglas de notificación en los supuesto de eutanasia, suicidio asistido y terminación activa de la vida sin petición expresa, a fin de que el Fiscal valore si se dan circunstancias delictivas. Mientras, jurisprudencialmente se mantenía la atipicidad de la eutanasia dándose ciertas circunstancias que finalmente se concretaron en la Ley. Finalmente, se aprueba el Proyecto de Ley «Verificación de la terminación de la vida a petición propia y auxilio al suicidio» (28-11-2001) en la Cámara Baja del Parlamento holandés, cumpliendo la coalición gubernamental de la plataforma de izquierda D'66, el partido liberal (VVD) y el socialdemócrata (PvdA) uno de sus compromisos electorales para la legislatura en cuestión (comp., Mora Molina, 2002: 535 ss., tmb. Marcos del Cano, 1999: 74 ss.).

¹⁰ Que prohíbe la eutanasia con el *Suicide Act* de 1961; orientándose la discusión actual a una legislación de suicidio asistido en caso de enfermedad terminal sobre la idea del *Assisted Dying for the Terminally Ill Bill* aunque rechazado en el *House of Commons* por amplio margen.

¹¹ Complementariamente, Mantovani, 2001 a y b.: 69 ss.

nia —que prevé la figura delictiva atenuada del homicidio a petición de la víctima¹²—, Francia¹³, etc., y también en España.

¹² Lo que el § 216 castiga a través del homicidio a petición es la eutanasia activa o muerte de un moribundo o persona gravemente enferma excepto en los tres siguientes casos. Uno, muerte indirecta; cuando el tratamiento responde a la inequívoca voluntad de paliar el dolor y no de acabar con la vida. Dos, muerte por una acción que, considerado el curso de los actos, debe catalogarse como omisión. Y, tres, complicidad no autora del suicidio; de tal forma que, p.ej., no se sanciona a quien pone veneno a disposición de una persona que padece graves sufrimientos y quiere acabar con su vida si su actitud es responsable, no precipitada o irreflexiva. La diferencia entre esta colaboración al suicidio, no sancionada, y el homicidio a petición, sancionado, en que en la primera el suicida mantiene el control de la autoría del último acto que provoca la muerte —el colaborador prepara y deposita el veneno, el suicida lo bebe—, mientras que el homicida a petición toma la dirección final de la muerte —la víctima carga la pistola y el homicida a petición dispara o remata si el sujeto erró— (profundiza Roxin, 2001: 25 ss.). Planteamiento que, en cualquier caso, anima importantes conflictos doctrinales y jurisprudenciales. P.ej., en el «caso Scopchedal», un médico anciano, y postrado por su enfermedad en cama, decide en pleno uso de sus facultades suicidarse con una inyección de Scopchedal, un analgésico de efecto narcótico, con lo que antes de morir el médico entraría en un profundo sueño. Como temía que algo pudiera fallar o le faltaran fuerzas en el último momento, le pide a su sobrino que de ser necesario le ayude. Algunos días más tarde el médico ejecuta su plan. Al llegar su sobrino temió, al verle profundamente dormido, el fracaso del suicidio, por lo que le administró una inyección adicional. Murió una hora después. El problema era determinar a causa de qué murió, pues solo se podía demostrar que de ser por la primera inyección habría muerto una hora más tarde. Solución: el Tribunal Supremo Federal castigó al sobrino por un homicidio a petición porque en el mejor de los casos no lo habría matado, solo adelantado una hora el fallecimiento, aunque tan insignificante acortamiento de la vida es homicida conforme a las reglas generales de la causalidad y la imputación. Para Roxin, sin embargo, lo apropiado habría sido contemplar el acontecimiento desde una perspectiva global y considerar al sobrino colaborador en el suicidio y, «(d)ado que él, médico, de propia mano, había puesto en marcha su muerte de modo irreversible, la ayuda posterior suministrada por el sobrino sería solo una promoción insignificante de la marcha del acontecimiento constitutiva de complicidad» (Roxin, 2001: 29). Otras oscuridades se refieren a la sanción por imponer un tratamiento salvador al que el paciente renuncia o por no evitar la muerte del suicida, bien como garante, bien por omisión del deber de socorro (§ 323) del garante o el extraño. Sanción que para Roxin contradice la libertad para el suicidio y la impunidad de la participación activa en el mismo. Se comprueba, p.ej., con el caso del médico Hackethal, que en 1984 suministró cianuro potásico a una mujer gravemente enferma de un cáncer incurable que se le extendía por el cerebro; la mujer bebió el veneno mezclado con agua y murió al poco tiempo sin indicios de agonía. El Fiscal acusó a Hackethal de homicidio a petición, aunque la acción final fue de la mujer que se bebió el agua, lo que conduce a la omisión del deber de socorro. Finalmente el médico fue absuelto, ya que el instrumento para matar elegido por el médico era de efectos inmediatos por lo que no cabía la omisión del deber de socorro (Roxin, 2001: 29-30) (comp. Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 397 ss.). Frente a estos problemas de interpretación y calificación jurídica de la eutanasia propone Jakobs que el § 216 sea interpretado restrictivamente abarcando solo muertes irracionales; lo que importa es que «el deseo de morir se fundamente objetivamente» (Jakobs, 1998, 25 ss.; *vid.*, Roxin, 2001: 31 nap. 52).

¹³ Que solo permite rechazar un tratamiento ya inútil y esperar la muerte. El dramático caso de Chantal Sébire demuestra los límites del planteamiento. Chantal padecía un cáncer incurable que la deformó monstruosamente y la dejó casi ciega.

En concreto, en el escenario normativo español se vive una forma de *impasse* normativo desde la reforma del CP de 1995¹⁴, que no castiga la eutanasia pasiva¹⁵ ni la indirecta; y que sanciona con cierta severidad¹⁶, aunque con bastante inefectividad judicial, a quien causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro que lo solicita expresa, sería e inequívocamente y sufre una enfermedad grave que conducirá necesariamente a su muerte o que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (143.4 CP). Todo ello convierte la tipificación española de la eutanasia en fuente de desencanto para casi todos; para los defensores de su castigo y de su despenalización –hay penalización formal de la activa directa y cierta «despenalización» material–, y para quienes de forma directa o indirecta entran en contacto con un enfermo que en una situación vital insoportable e irreversible reclama morir sin sufrimien-

Solicitó consciente, voluntaria y repetidamente la eutanasia activa pero se le negó en los tribunales. Lo que Sarkozy le propuso fue dejarse morir sedada, algo que ella consideraba denigrante. Apareció muerta en su casa al margen de todo control público de las circunstancias y el sufrimiento que soportó.

¹⁴ Y en este tiempo de *impasse*, las líneas progresista y conservadora, ya radical o moderada, intentan distintos planteamientos frente a un legislador reacio a tomar decisiones electoralmente comprometidas. Así, de un lado, distintos grupos parlamentarios, como ERC e IU-ICV, han formulado propuestas de despenalización de la eutanasia activa que los dos partidos mayoritarios han rechazado. Y, de otro, el gobierno del PSOE advierte que la cuestión de la sanción penal de la eutanasia debe ser revisada; de hecho el PSOE ya hablaba de la aceptación de la eutanasia antes de las elecciones del 2004, siguió hablando para las elecciones de marzo del 2008, y la convirtió en un tema central de discusión en su siguiente Congreso de julio; nuevamente, en septiembre de ese mismo 2008 el gobierno reiteraba, a través del Ministro de Sanidad, Bernat Soria, su positiva visión de la eutanasia; pasa el tiempo, y una vez más en noviembre del 2010 se anuncia un futuro proyecto de ley de muerte digna. Así aparece el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, de 17 de junio del 2011, que en general satisface a quienes sostenían la extensión de la normativa andaluza a nivel nacional y a quienes se oponen a la eutanasia activa directa, la única tipificada y realmente problemática, porque la misma no es objeto de interés de la norma, lo que es tanto como dejar las cosas como están, aunque recordando ciertos deberes sanitarios relacionados con la ley de autonomía del paciente y con la necesidad de insistir en la importancia de los cuidados paliativos. De hecho incluso la Conferencia Episcopal manifestó su satisfacción por la norma aunque más tarde advirtiera frente a la posibilidad de que se pudiesen realizar interpretaciones excesivas de la misma. Finalmente, y a la vista nuevamente el fin de la legislatura, me parece que si con la ley que anima el apuntado Proyecto no se cambia la tipificación de la eutanasia, lo cierto es que no llegará a aprobarse antes de las elecciones de noviembre del 2011 y que, tras ellas, su futuro vuelve a ser incierto.

¹⁵ La representativa STC 120/1990, fdo. 8, sugería que la libertad de no consentir tratamientos médicos tiene rango de derecho fundamental por ser parte del contenido del derecho a la integridad del artículo 15 CE. Pero no declaró fundamental el derecho a disponer de la propia vida basándose en la libertad, la dignidad o la intimidad, lo que puede explicarse por las consecuencias aperturistas que la afirmación tendría sobre todas las variantes eutanásicas, de suicidio, etc., como se demostró en EE.UU. y como el TEDH reconoció en la Stc. Pretty.

¹⁶ Con pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 –de dos a cinco años el que coopere con actos necesarios a la muerte– y 3 –de seis a 10 años si la cooperación llega al punto de ejecutar la muerte– del artículo 143 CP.

to. Y ello impone un coste alto y doble; desatender la voluntad de quien padece un mal insoportable abandonándole a su sufrimiento, y enmascarar/fomentar prácticas mortales de colaboración que están al margen de todo control –pudiendo agravar el dolor y el daño o acarrear una muerte inhumana e indigna–.

6. *No hacer por hacer. La disparidad activa y pasiva en la eutanasia.* Problemático *impasse* normativo e insatisfacción frente a la codificación penal española que se unen a otro escollo solo aparentemente académico. Que tanto nuestro ordenamiento jurídico como una conciencia jurídica y social bastante generalizada parecen ver una diferencia esencial entre la acción de la eutanasia activa –administrar tratamientos o medidas para adelantar la muerte– y la omisión de la pasiva –no administrar o suspender tratamientos con finalidad o consecuencia de adelantar la muerte–, aun siendo conscientes ambas, y adelantando, como fin o consecuencia, el fallecimiento. Una diferencia que sería de suficiente entidad como para no reprochar penalmente la eutanasia pasiva o por omisión.

Pero, la idea es errática. Pues, cuando de terminar con la vida se trata es difícil diferenciar cualitativamente las acciones de las omisiones¹⁷ si tienen, como sucede con la eutanasia, el mismo objeto, voluntad y finalidad. Por eso, si se acepta –como acepta nuestro Derecho, la doctrina jurídica, o el catolicismo– la eutanasia pasiva es complicado, alguno diría que incluso cínico, proscribir la eutanasia activa¹⁸. Y es que, entre otras cosas, debe tenerse en cuenta:

De un lado, la debilidad de la finalidad de la distinción. Y es que los dos elementos conflictivos de la eutanasia –la intervención y conivencia de un tercero y la muerte compasiva a petición– se dan en ambas modalidades. De hecho se busca la muerte¹⁹. Y lo que cambia

¹⁷ En este mismo sentido Calsamiglia, 1993: 338; comp. Garzón Valdés, 1986: 19 ss. Una distinción que conduce «al absurdo de tener que considerar atípica (por omisiva) la conducta de no reemplazar a petición del enfermo las botellas de oxígeno del respirador y tener que castigar como autor de homicidio del 143.4 al que, también a petición del enfermo, desconecta dicho aparato» (Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 529).

¹⁸ La diferencia relevante que algunos quieren ver entre las eutanasias activa y pasiva, entre matar y dejar morir, no responde ni al interés del enfermo, ni a su voluntad, sino a «una concepción de la vida humana como valor intangible y en todo caso superior a la libertad» (Gascón Abellán, 1993: 92). En la misma línea, Calsamiglia, 1993: 338, 358. Y representativamente Jakobs, para quien «(e) homicidio a petición puede realizarse por omisión. Si un paciente veta el tratamiento justo después de que le haya sido abierto un vaso sanguíneo de importancia vital... ¿debe tener el efecto de impedir o incluso de prohibir al médico responsable volver a cerrarlo...?» (Jakobs, 1998: 413-414; comp. 417-422).

¹⁹ Abunda Meisnel, 1989: 1420 ss. Y precisamente porque tal es lo que se pretende conseguir en ambos tipos de eutanasia «no hay una buena razón para valorar como moralmente mejor el acto de dejar morir que el de matar» (Rachels, 1986: 111; ídem: 1975: 78), depende de las circunstancias. De hecho en ciertos casos lo objetable es dejar morir sin matar, p.ej., cuando se permanece impasible ante la agonía lenta y

no es el grado de participación o de voluntad del médico o de culpa moral..., sino el tipo de enfermedad, que en unos casos tiene un curso que conduce al fin de la vida orgánica, y en otros solo termina con la dignidad y la libertad pero no con la vida. Lo que no justifica sancionar doblemente a aquellos cuya enfermedad no sucumbe con la eutanasia pasiva al no afectar al aparato gastro-respiratorio²⁰.

I.e.: La enfermedad terminal e irreversible de Diane Pretty la paralizó desde el cuello hasta los pies siendo alimentada por sonda, aunque sus facultades mentales permanecían intactas. Solicitó la eutanasia activa, la única viable para su tipo de enfermedad. Pero el Tribunal del Estrasburgo estableció que tal permiso entrañaba un riesgo respecto de otros casos posibles y que era su país de origen el que debía regular en un sentido u otro. Como su legislación la prohíbe y su pretensión se desestimó judicialmente en Londres, Diane sufrió todos los capítulos de su parálisis muscular, derivando en un proceso angustioso de asfixia pulmonar. La agonía final duró dos días.

Y de otro lado, que las claves prácticas para diferenciar los cursos de acción eutanásicos activos y omisivos son muy confusos. Pues, si se rechaza un tratamiento que aún no ha comenzado se garantiza, activamente, un soporte médico y farmacológico que evite el sufrimiento añadido del dolor. Y si ha comenzado, hay que decidir cómo retirarlo y qué medios utilizar contra el dolor, lo que implica acciones que van más allá del «no hacer algo» problematizando el carácter pasivo de la eutanasia; se comprobó con Inmaculada Echevarría²¹. Y en ambos

consciente del paciente que aquejado de un cáncer terminal y, solicita la muerte; pero en otros casos tan objetable es promover activamente la muerte como dejar morir, p.ej., en el caso del bebé con una infección intestinal operable al que se deja morir sin intervención por desnutrición, deshidratación e infección, por tener síndrome de Down. Corroboran Farrell, 1993: 101 ss.; Singer, 1984: 190; Gherardi, 2006: 216-217.

²⁰ En efecto, la realidad es que hay enfermedades incurables en las que no cabe la eutanasia pasiva, lo que significa que «no existe una opción... y... que el acceso a una “muerte digna” mediante eutanasia pasiva no depende de la mayor o menor idoneidad de la enfermedad para privar al enfermo de su autoestima, sino de su idoneidad para afectar a procesos vitales (respiración, circulación sanguínea, etc.). Así, la posibilidad de acceder a la eutanasia pasiva no deja de ser... aleatoria» (Díez-Picazo, 2002: 6) –corroboran, Hall, Ellman, Strouse, 1999: 315-316; tmb. Tomás-Valiente Lanuza, 2000: 113-123, Pérez Sánchez, 2005: 693-695. Por eso la relevancia de la distinción entre la eutanasia activa y la pasiva es «moralmente dudosa y lógicamente defectuosa» (Shapira, 2000: 502). Por eso es irracional sostener que la gente puede morir lentamente «rehusando los tratamientos que la mantienen con vida o asfixiándose al desconectar los respiradores, pero no pueden elegir la muerte rápida e indolora que sus médicos podrían fácilmente ofrecer» (Dworkin, 1994: 240). Eso es no tomarse «la vida en serio» (ídem: 9). Y por eso carece de sentido renunciar a la eutanasia activa exigiendo al enfermo que se dé un tiro en la boca o se abra el estómago con un bisturí, o se autoinyecte de forma endovenosa aun no sabiendo cuál es la dosis letal y con qué efectos (al respecto, cmp., Farrell, 1993: 111).

²¹ Inmaculada solicitaba que, previamente sedada, se le suspendiera la ventilación mecánica que recibía desde hacía años. La Resolución del Consejo Consultivo de la Junta de Andalucía dictaminó que se trataba de un caso de eutanasia pasiva indirecta y que no constituía delito. Y surgió el conflicto; eclesiástico, y hubo que trasladarla a un

casos, además, se sabe que la administración de sustancias analgésicas, sedativas y paliativas del dolor, puede adelantar el momento de la muerte²², lo que supone aceptar el «principio del doble efecto»²³ que ya se ha extendido hasta justificar la sedación terminal²⁴ en el mismo paquete en que se acepta la eutanasia pasiva y se rechaza la activa²⁵.

Por lo dicho y finalmente, si lo que pretenden quienes aceptan la eutanasia pasiva y rechazan la activa no es algo esencial, que se ha visto difícil de sustentar, sino ser sensibles a situaciones dramáticas pero evitando conductas inaceptables –muerte de ancianos, síndrome de Down, etc.–, lo mejor es renegar de la distinción y ofrecerles el mismo trato jurídico para que los controles operen con toda su eficacia también en los supuestos de eutanasia pasiva²⁶.

hospital público, y también judicial, pues tanto la consejera de Salud, los médicos que asistieron a Inmaculada, y el Consejo Consultivo que respaldó su decisión de ser desconectada de un respirador, fueron denunciados ante la Fiscalía de TSJA por su presunta implicación en un delito de inducción al suicidio. Posteriormente fueron absueltos.

²² En el mismo sentido, Calsamiglia, 1993: 358.

²³ Aunque el acto, la sedación, no es instrumento de la muerte ni esta su finalidad –lo que sirve para diferenciar el principio del doble efecto del estado de necesidad, a pesar de que tienen la misma estructura condicional. Diferenciándose por el carácter no instrumental de la muerte en el doble efecto, e instrumental en el estado de necesidad. Así, el principio del doble efecto permite causar un efecto malo (muerte) si no es el buscado, ni intentado, ni se ha empleado como instrumento para conseguir el fin bueno (supresión del dolor) y siempre que exista una razón suficientemente grave para realizar el acto y aceptar o tolerar el efecto malo –al respecto, Miranda Montecino, 2008: 486 ss., y comp. Tomás de AQUINO *Summa Theologica*, IIa-IIae Q. 64, 7). El principio lo afirmó contundentemente el juez Devlin en el caso del dr. J. Bodkin Adams sospechoso de la muerte de 160 de sus pacientes tras administrarles una droga letal. Al margen las circunstancias del caso, Devlin afirmó que «la muerte por la administración de drogas mortales, si la intención es exclusivamente aliviar el dolor, no se considera asesinato tampoco en los casos en que la muerte es el resultado potencial e incluso esperado». Pero es problemático diferenciar el principio del doble efecto de la eutanasia activa respecto del caso, porque el médico que seda no ignora los efectos por lo que también se instrumentaliza el efecto (muerte) hacia el fin (supresión del dolor) (*vid.*, Hall, Ellman, Strouse, 1999: 316-316), por lo que actualmente tal doctrina sirve solo de «colchón psicológico» (Pérez Sánchez, 2005: 696-699) –en esta línea crítica general a la distinción eutanasia activa-pasiva, Kuhse, 2000: 455-458.

²⁴ Igual que en Holanda, Bélgica y Francia, también en España se ha cuestionado judicialmente la modalidad extrema de esta sedación, la terminal. Aquí el caso de las sedaciones del Hospital Severo Ocho tuvo una gran repercusión social, pues un médico anestesista, y director del servicio de Urgencias del Hospital, y otros 14 médicos fueron acusados de 400 homicidios por sedación terminal injustificada y contraria a la buena praxis médica, aunque finalmente fueron exculpados por la Audiencia Provincial de Madrid «al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa», la muerte de varios pacientes terminales. Al respecto, la Comisión Permanente del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos puntualizaba que la sedación terminal es un procedimiento médico bien definido, aceptable ética y jurídicamente y, debidamente practicada, recomendable en situaciones de enfermedad terminal, cuando no hay posibilidades terapéuticas, en situaciones de sufrimiento insostenible, no controlable y en los que se prevé una muerte próxima.

²⁵ Corrobora tal planteamiento conforme a similares argumentos sustantivos, Alonso Álamo, 2008: 298 ss.

²⁶ Corrobora y abunda en este sentido, Kuhse, 2000: 451 ss. esp. 463-464.

7. *El legislador ontológicamente pasivo.* Sin embargo, soy consciente de que el planteamiento que sostengo y que relativiza la distinción entre las eutanasias activa y pasiva convence poco al legislador. Y parece que esto es difícil que cambie aun tras el anuncio gubernamental de una legislación de la muerte digna.

Y digo esto, entre otras, por dos razones. Una, relacionada con la dinámica que anima al respecto el legislador autonómico, y la otra, con la hostil realidad a la que comenzó a enfrentarse antes de ni siquiera ver la luz el estatal Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida.

Sobre lo primero, y tomando paradigmáticamente la regulación andaluza que impone la Ley 2/2010, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, llama la atención que su punto de partida sea excluir por definición cualquier regulación de la eutanasia activa. Y digo por definición porque una de las primeras cosas que hace la mencionada Ley es reducir la eutanasia a los supuestos tipificados en el artículo 143.4 del CP, a la eutanasia activa, excluyendo así del término eutanasia todas las situaciones que suelen entenderse comprendidas en la eutanasia pasiva en sus distintas modalidades²⁷ (Exp. Mot. II). El siguiente paso es señalar que la ley no regulará la eutanasia. Llamativa elusión de la eutanasia o «buena muerte» del objeto de la «muerte digna» que, sin duda, evita la conflictividad que provoca su carga emotiva al remitir a una sucesión de términos muy importantes –procesos sedativos, paliativos, de rechazo de tratamientos, etc.–, para aliviar el sufrimiento y «humanizar el proceso de la muerte», pero deja sin resolver un espectro muy importante de problemas relacionados con la muerte digna.

A los efectos que aquí interesan las dimensiones más relevantes de esta norma son dos. La que obliga al médico a respetar las decisiones y convicciones del paciente de no iniciar o abandonar cualquier actuación médica²⁸. Insistencia esta en lo ya previsto legalmente que obliga al médico a aceptar el rechazo de las transfusiones de sangre por motivos religiosos aun a costa de la vida, con lo que el legislador andaluz,

²⁷ Especifica al respecto la Ley 2/1010 que son supuestos de eutanasia y que por tanto no son objeto de regulación por tal ley de muerte diga «las actuaciones que: a) producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, b) se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad, c) se realizan en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad incurable que los pacientes experimentan como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, por ejemplo, mediante cuidados paliativos, y d) son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa» (Exp. Mot. II).

²⁸ El médico debe «abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas» (art. 18.2). Lo que viene a insistir en la previsión de la Ley 41/2002, de Autonomía de la Voluntad del Paciente, y la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada en la Comunidad andaluza.

además de seguir la línea jurisprudencial actual del TC al respecto, renuncia a reconocer un derecho a la objeción de conciencia del médico para rechazar la decisión del paciente, que era lo que reclamaba la enmienda del Grupo Popular²⁹. La segunda innovación normativa y cuya infracción se considera muy grave es la obligación médica de limitar el esfuerzo terapéutico frente a la obstinación terapéutica (art. 21). No admitiéndose ahora tampoco ningún tipo de objeción de conciencia del personal sanitario³⁰.

Pues bien, y ya en relación con el fuerte condicionamiento que en todo momento ha presionado en España a la «futura» Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, debe tenerse en cuenta que la regulación andaluza se ha vuelto paradigmática para otras CCAA, pero también para las Organizaciones médicas que, si primero la rechazaban³¹, hoy reclaman al legislador estatal que se abstenga de regular nada nuevo, evitando la confusión, o bien que no introduzca ninguna regulación permisiva de la eutanasia activa³² reduciendo su normación a los cuidados paliativos y sedativos³³. Pretensión esta que, por cierto, satisface el mencionado Proyecto tal como anuncia en su Exposición de Motivos que, igual que hace la ley andaluza, entiende por eutanasia los supuestos tipificados en el 143 CP y «no contempla la posible alteración de dicha tipificación penal vigente, por lo que la “eutanasia” resulta una actuación completamente ajena a los aspectos regulados en esta norma».

8. *El nuevo interés de un Derecho argumentativo y legítimo.* El marco jurídico en los Estados desarrollados cambió tras la II Guerra Mundial al replantearse la cuestión de la justicia, lo que llevó al neoconstitucionalismo, que impuso un cambio fundamental, incorpo-

²⁹ Planteamiento este que pretende garantizar una mayor seguridad jurídica a cualquier persona que rechace un tratamiento o que solicite su desconexión a las medidas de soporte vital en cualquier centro público o privado (art. 3) –aunque es cuestionable la efectividad de la medida en los centros privados–, lo que deslegaliza la actuación del hospital privado y religioso que se negó a desconectar a Inmaculada Echevarría.

³⁰ Obligación de evitar el obstinamiento terapéutico, aun contra de la voluntad del paciente y la conciencia del médico, que es contestada por la OMC para la que «en cuestiones de tantos matices puede propiciar la medicina defensiva siendo el primer perjudicado el paciente».

³¹ De hecho la OMC no solo reclamaba en el 2008 que no se siguiera legislando al respecto por entender que las leyes ya existentes y las normas deontológicas regulaban suficientemente la cuestión, sino que también objetaba la ley andaluza.

³² Planteamiento excluyente de la regulación de la eutanasia activa al que también se han afiliado otros como el Grupo Mixto que ya ha presentado una moción en la que pide al Gobierno que la nueva ley «no contemple ni ampare» la regulación de un derecho a la eutanasia.

³³ De hecho, la OMC ha propuesto doce recomendaciones al apuntado Proyecto estatal de Ley de Muerte digna. Recomendaciones que se centran en exclusiva en promover los cuidados y medidas paliativas, en favorecer la prescripción de estupefacientes, y en proponer que la nueva norma se denomine «Ley de Calidad en la Atención al Final de la Vida».

ró en la cúspide del sistema Constituciones normativas y materiales y rígidas. Pues bien, desde el momento en que un ordenamiento se afilia al neoconstitucionalismo algunas cosas importantes cambian. Porque se afilia a una pretensión de legitimidad centrada en el reconocimiento público de la legítima rivalidad de las distintas concepciones de lo justo, instaurando un sistema democrático y plural garante a nivel constitucional, legislativo y judicial de los derechos y las distintas concepciones de la buena vida de cada individuo.

Si se acepta la legitimidad o corrección global del sistema político-jurídico neoconstitucional –aspecto este en el que no puedo profundizar limitándome a asumir en general y desde una perspectiva actual el criterio legitimador discursivo, p.ej., de Habermas, que vendría a fortalecer el armazón teórico de la necesidad material de postguerra de limitar el poder del legislador animando la protección de los derechos individuales–, se obtiene una ventaja importante, que se puede dar por fundamentada la, y manejar ciertas claves de, argumentación y corrección jurídica racional; en particular y en lo que aquí interesa, las previsiones fundamentales de pluralismo democrático fuerte, la protección del derecho la vida, a la dignidad e integridad, el relativismo axiológico, la exaltación de la autonomía racional y de la voluntad, y la protección legislativa y judicial más efectiva posible de la diversidad de las concepciones del bien y de la justicia. Ahora bien, y ya que el orden de valores neoconstitucional da cuenta de un sistema que se materializa como una realidad comprensiva y dinámica, la resistencia argumentativa y la corrección racional de cualquier salida a la espinosa cuestión de la eutanasia depende de que se cumplan dos condiciones. La primera es una «condición pragmática y de coherencia»; debe eludirse cualquier construcción trascendental al ordenamiento jurídico que carezca de efectividad y eficiencia práctica, o que no encaje o chirríe en el marco jurídico actual y acabe forzando la inaplicación o una descontrolada discrecionalidad subjetiva de quien tenga que resolver los casos concretos; pero esto sin caer en la vieja prudencia del conservadurismo, pues se puede y debe indagar en todos los recursos críticos y constructivos frente a la dinámica sistémica. La segunda condición exige la permanente rehabilitación de la razón práctica a todos los niveles, lo que recomienda indagar en una línea crítica normativa guiada por la doble convicción de que la solución más razonable es la más convincente respecto del grupo más amplio de personas a las que la solución afecte, y la que se sirve de los instrumentos más adecuados respecto de la finalidad que se pretende. El problema es saber cuáles son las exigencias de la razón práctica respecto de la eutanasia, pues hay que descubrir y justificar qué es lo que se quiere conseguir para saber cómo hacerlo.

Y ya que la tipificación española parece insatisfactoria, y la distinción entre eutanasia activa y pasiva yerra, importa indagar en otras soluciones que tengan un buen encaje constitucional y una satisfactoria rentabilidad práctica.

9. El *¿encorsetado? juego de la autonomía de la voluntad*. Para muchos, que la autonomía de la voluntad, la decisión individual y las responsabilidades por las propias acciones y decisiones integren el basamento fundamental del Estado de Derecho neoconstitucional ofrece una justificación incontestable a su descubrimiento de que la eutanasia consiste en un derecho a decidir cuándo y cómo morir, esto es, en un verdadero «derecho a morir o a la muerte».

Y es verdad que en nuestras sociedades se sostiene una concepción extensa del derecho de cada cual sobre su propia vida que se apoya en una interpretación trascendente de nuestro dominio y posesión de nosotros mismos y de la casa de nuestros derechos. De hecho, y a pesar de su creciente paternalismo, los Derechos de los Estados desarrollados no sancionan a quien voluntariamente decide acabar con su vida³⁴. La justificación de esta no-sanción del suicida, claro, no es alentar el suicidio sino, de un lado, evitar el absurdo: penalizar al suicida supérstite (por fallo de cálculo o falta de vocación mortal); agravar la pena a su entorno; prohibir lo imposible. Y, de otro lado, ser coherente con el planteamiento liberal de respeto público de los actos privados libres y responsables³⁵ que no involucren a terceros y que no afecten a otros bienes jurídicos susceptibles de defensa por el Estado, evitando limitar irrazonable, desproporcionada o arbitrariamente el valor constitucional superior de la libertad³⁶. La otra alternativa de protección absoluta incluso contra la voluntad individual³⁷ recuenta un paternalismo fuerte e injustificado³⁸. Si bien al referir el planteamiento de la licitud del suicidio al nivel práctico las cosas se vuelven jurídicamente confusas, y esta confusión nos acerca al predio sembrado de dudas de la eutanasia, porque toca cuestionarse qué debemos y qué podemos hacer frente al suicida si podemos evitar su muerte, bien abortando la acción que conduciría a la muerte o bien paliando sus efectos. Muchas de estas dudas tienen su origen en un asunto jurídico

³⁴ La propia vida está hoy «fuera de toda discusión» (Moreno Antón, 2004: 69); comp. tmb. Zugaldía Espinar, 1987: 283, 294).

³⁵ Planteamiento liberal que también cuenta con detractores, representativamente en el ámbito penal Torío, para quien el suicidio «no... es un acto de libertad. Es producto, generalmente, de tensiones profundas, de irregularidades psíquicas...» (Torío López, 1987: 228) —abunda en este aspecto y en su repercusión judicial Olmedo Cardenete, 2001: 108 ss.; Muñoz Conde, 1987: 305.

³⁶ Corroborado por Rey Martínez, 2008 a: 86, 138 ss. Pues el deber del Derecho es proteger la seguridad del individuo, pero no protegerle de sí mismo, pues en el marco del pluralismo y el relativismo liberal, «la ley no tiene que determinar la moralidad personal ni su cumplimiento» (Charlesworth, 1993: 8-9) —comp. Tomás-Valiente Lanuza, 2003: 67, 69.

³⁷ En este sentido y complementariamente, Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 22-26. Destaca adecuadamente la dificultad para diferenciar «(c)uánto control se requiere para que una vida sea autónoma, y qué cuenta como un ejercicio adecuado de control Raz, en Raz, 1986: 373.

³⁸ En este mismo sentido, Farrell, 1983: 1 ss. y Charlesworth, 1993: 44, Harris, 1985: 77-79.

controvertido desde antaño; el de la distinción entre la libertad, la facultad y el derecho. Lo que lleva a no reconocer el derecho de exigirle a un tercero que colabore en un suicidio y prohibir la colaboración directa al suicidio, sin quedar muy claro cuál es la *ratio* jurídica que informa sobre cómo actuar cuando nos enfrentamos a un suicidio abortable. Puede sostenerse que el respeto a la libertad ajena recomienda dejar morir al suicida, o bien, puede extenderse la presunción de irracionalidad de la decisión respecto del tercero, lo que obligaría a intervenir para impedir la muerte tras el acto suicida o el acto mismo. –El debate alemán es ilustrativo al respecto (representativamente, Stc. Wittig, BGB/1984³⁹ y BGB/1987-NJW/88)⁴⁰–. Y aunque es cierto que tras la reforma del CP de 1995, y a pesar de las diferencias doctrinales, es más difícil sostener el paternalismo fuerte del deber genérico de evitar los actos suicidas libres⁴¹, se pueden fomentar serias complicaciones animándose encrucijadas constitucionales como la que reconoce el derecho de los testigos de Jehová⁴² a rechazar una transfusión aunque ello provoque la muerte y a la par fuerza la alimentación a los presos en huelga de hambre.

³⁹ Sentencia criticada más por su motivación que por el fallo, y que absuelve al médico que renuncia a socorrer a su paciente de 76 años a la que encuentra inconsciente, con baja actividad respiratoria y escasa pulsación después de que ésta ingiriera una sobredosis de morfina y somníferos y dejara una nota solicitando que se la dejara morir. El problema de su motivación, para un amplio sector doctrinal, es que incide sobre la ya escasa oportunidad del socorro a la mujer pero no en la relevancia de su voluntad (al respecto y representativamente Roxin, 2001: 13-14), aparentando manejar el Tribunal Supremo una amplia presunción de psicosis y falta de voluntad en el suicida que sí justificaría el deber de socorro, pero que no se sostiene ni el marco del Derecho alemán ni en el del resto de países desarrollados, incluido España.

⁴⁰ El BGH va delimitando una jurisprudencia centrada en tres puntos y que proyectan su eficacia desde el suicidio a la eutanasia activa: uno, la no intervención en un suicidio voluntario y consciente en que el tercero no ocupa la posición del garante es típica y se reconduce a la omisión del deber de socorro, aunque la autorresponsabilidad del suicida puede aminorar la del omitente –pero parece incongruente sancionar al médico que impone un tratamiento al paciente responsable (al ser legal la eutanasia pasiva) y, a la par, sancionar a quien no evita el suicidio del sujeto competente que actúa libremente–. Dos, la no intervención cuando se ocupa la posición de garante y el suicida actúa de forma libre y voluntaria se reconduce a la omisión del deber de socorro si puede intervenir en una fase en que el suicida aún tiene el dominio del hecho. Y tres, el hecho se reconduce al homicidio simple (§ 212) o a petición (§ 216) –sobre los criterios para su distinción fijados doctrinalmente y por el BGH, Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 431-434– en su modalidad de comisión por omisión si el suicida se encuentre ya inconsciente o ya perdió el control del hecho, pues el dominio de la situación se traslada al garante que pasa a concebirse autor de la muerte. Al respecto y comp., Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 121 ss. Y sobre el deber de evitar el suicidio en Alemania, ídem: 429 ss., y en el ámbito español: 449 ss.

⁴¹ Por el valor constitucional de la autonomía de la voluntad; por la no tipificación de la complicidad no ejecutiva del suicidio; y porque *a contrario* la STC TC 120/1990 exige una relación especial para justificar tal deber (comp. Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 451 ss.: 334-339).

⁴² Sobre el alcance de la voluntad de los testigos de Jehová para el rechazo de transfusión, Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 204 ss.

Así las cosas, la cuestión es si más allá de la no sanción al suicidio y del discutible derecho a suicidarse, cabe el argumento del derecho a morir que defiende un sector proeutanasico fundamentándose en la autonomía individual.

Y la respuesta es que no. Pues la afirmación de un «derecho a morir o a la muerte» yerra al contradecir las condiciones de nuestro ordenamiento, y porque es más problemático que clarificador en su dimensión justificativa, entre otras cosas, al enfrentarse a criterios básicos de prudencia y de control que también se dan con la colaboración al suicidio. Si bien con la eutanasia hay algo importante que cambia. Y no solo porque en muchas ocasiones el sujeto que reclama la eutanasia no se puede suicidar –lo que genera una desigualdad respecto de quien decide suicidarse y puede hacerlo–, sino porque la razón para no desear continuar con una vida indigna es que «objetivamente» se padece una calamitosa e irreversible enfermedad que nadie ni el Estado no puede remediar⁴³. Y aunque debemos ser sensibles a estas circunstancias al responder a las situaciones que se plantean con la eutanasia, no tienen la capacidad de justificar y construir un derecho a morir. Y es que, por razones prudenciales, de claridad y de coherencia jurídica es menos útil y más enrevesado y arriesgado montar una justificación de la práctica de la eutanasia en torno a un derecho a morir, que sobre otros argumentos, entre otras y destacadamente por las siguientes razones:

Primero, porque implicaría ciertas obligaciones de terceros que tenderían a definirse expansivamente al debilitarse la causa de la obligación y fortalecerse la discrecionalidad del titular de tal hipotético derecho a la muerte. Segundo, porque la mayor parte de ordenamientos no conocen de tal derecho a morir, ni tampoco el nuestro –y nuestro TC ya lo ha negado⁴⁴–, ni tienen actualmente capacidad real para articularlo. Tercero, porque choca con la idea de la función general del Estado y del Derecho –de seguridad y protección de los ciudadanos–. Cuarto, porque genera un problema de coherencia jurídica, ya que el Derecho sanciona las lesiones consentidas⁴⁵, y tiende a ampliar los riesgos de acciones lesivas para la vida de los individuos. Quinto, porque encaja mal en el orden internacional del que nuestro Derecho

⁴³ Por eso es «jurídicamente posible que un Estado garantista de la vida castigue conductas de terceros que cooperan al suicidio de otro por no poderse controlar ni la voluntad del suicida ni la imparcialidad del auxilio y, al mismo tiempo, reconozca que las personas que se encuentran en determinados supuestos fácticos puedan solicitar y obtener ayuda para morir» (Moreno Antón, 2004: 78).

⁴⁴ Para el TC «el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte... En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte» (STC 120/1990, fdo. jdco. 6; tmb. STC 154/2002, fdo. jdco. 12; *ibíd.*, STC. TEDH/2002 *Pretty vs. Reino Unido*).

⁴⁵ El artículo 155 CP sanciona a quien cause lesiones a otro que las consienta con una pena inferior en 1 o 2 grados a la de las no consentidas.

forma parte al chocar con su protección de los derechos humanos centrada en la garantía de la vida, y con su definición de la función del Estado y el Derecho de protección de la seguridad⁴⁶. Y, sexto, porque para configurar ese derecho a morir hay que radicar la eutanasia más en la autodeterminación y la voluntad individual que en la enfermedad lo que rebaja la relevancia del control objetivo del nivel de sufrimiento y grado de la enfermedad.

En este último sentido, un cierto sector doctrinal⁴⁷ trata de sortear algunos de los problemas que conlleva afirmar un derecho a la muerte pero sin renunciar a la preeminencia de la autonomía de la voluntad frente a la muerte en todas las circunstancias y con todas las consecuencias, lo que llevaría a apostar frente a la eutanasia –colaboración necesaria y suficiente– por el suicidio propio pero asistido, tipo Oregón (*Dead With Dignity Act: DWDA*), –colaboración necesaria pero no suficiente de un tercero; el enfermo se administra cómo y donde quiera, si no se guarda o tira, la sustancia letal que se le prescribe–⁴⁸. Pero tampoco por esta vía se descubre la panacea. Primero, claro, porque hay sujetos que no pueden administrarse ese *kit* mortal sin ayuda. Y segundo, porque hay algo de fraudulento y mucho de contradictorio en sostener que el sujeto es más libre y autónomo cuanto más desconfiamos de la pureza de sus decisiones, por lo que ya no basta que

⁴⁶ En efecto, en la misma línea del TC español, el TEDH entiende que el artículo 2 del Convenio de Roma obliga al Estado a proteger la vida y no confiere al individuo un derecho a morir que permita recabar la ayuda de terceros o de las autoridades públicas para facilitar su muerte (*Pretty vs. Reino Unido*). Aunque la misma STC reconoce la eutanasia pasiva voluntaria, pues imponer un tratamiento médico sin consentimiento del paciente adulto y capaz es un atentado a su integridad física (§ 63).

⁴⁷ Como Rey Martínez, para quien el suicidio asistido «garantizaría mejor el libre consentimiento del enfermo y conjugaría en gran medida los peligros derivados de la “rotura de diques”» (Rey Martínez, 2008 a: 192; *vid. tmb.* en el mismo sentido Rey Martínez, 2008 b: 147 ss.). Aunque lo que se deduce de los datos de seguimiento de su aplicación en Oregón es que por sí solo no basta para fortalecer la exigencia de voluntariedad frente a la eutanasia (*vid* Vega Gutiérrez, 2007: 67-69) al no garantizar la pureza de la voluntad de morir en relación con el sufrimiento insoportable que produce la enfermedad, pues en ocasiones son otras motivaciones distintas al dolor, p. ej., la falta de apoyo del entorno, las que conduce a la fórmula del suicidio asistido del enfermo; aspecto éste que también reconoce Rey Martínez, en 2008 b: 145-146, aunque entendiendo que, más que un obstáculo, tal evidencia refuerza la propuesta de adoptar la vía del suicidio asistido frente a la de la eutanasia ídem: 145-148.

⁴⁸ Sin embargo, el abigarrado debate doctrinal y judicial alemán sobre la distinción entre eutanasia y suicidio asistido demuestra su vigencia al aparecer en Oregon el problema de la calificación de las acciones. Pues si la DWDA diferencia claramente la eutanasia del suicidio asistido para prohibir aquélla expresa y rotundamente –127.880 s.3.14. *Construction of Act*. Nothing in ORS 127.800 to 127.897 shall be construed to authorize a physician or any other person to end a patient’s life by lethal injection, mercy killing or active euthanasia–, luego, ante el caso, p. ej., en Matheny –un tercero intervino activamente porque el paciente era incapaz de suicidarse– las autoridades entendieron que no se debían presentar cargos ya que se habían cumplido los objetivos de la ley.

expresé de forma clara y reiterada que desea acabar con su vida, sino que además se le exige hacer el movimiento palmar de conducción de la medicación letal a su boca ¿para así poder arrepentirse hasta el último momento? Pero, ¿no sería entonces mejor ofrecer al enfermo un hacha en vez de una combinación letal de fármacos? Sin duda se lo pensaría mejor al costarle más la ejecución de su voluntad ¿volviéndose más pura? Endeble autonomía de la voluntad ésta sobre la que se quiere justificar una muerte.

Por lo dicho y en consecuencia es más adecuado entender la muerte como un hecho bruto que el Derecho constata y al que otorga consecuencias jurídicas y no como el objeto de un derecho.

10. *La expulsión del derecho a la muerte por el derecho a la vida.* Además de los apuntados, existe una batería de argumentos importantes que recomiendan sustituir la opción de configurar el «derecho a la eutanasia» como un derecho a la muerte por la alternativa jurídicamente más razonable de justificar la eutanasia como una dimensión real del fundamental «derecho a la vida» del artículo 15 CE. Derecho a la vida que es también invocado por quienes objetan la eutanasia, aunque, me temo, conforme a un discutible giro que convierte el derecho a la vida en obligación social y/o individual de vivir (*vid infra*). Lo que aquí se propone es centrar el reconocimiento de la eutanasia sobre la noción de la protección de un ejercicio voluntario y consciente del derecho a la vida que se disfruta en vida eludiendo cualquier consideración trasmundana, y que recomienda materializar ese derecho a la vida a través del derecho a llevar una vida digna. Derecho a la dignidad que faculta para establecer y perseguir nuestra propia concepción del bien y la vida buena, y para eludir consciente y voluntariamente y por todos los medios que el Estado pueda poner a nuestro alcance las formas de vida indigna, dolorosa o infectada de unos sufrimientos que la vuelven insoportable, a la par que nos obliga a responsabilizarnos de las decisiones propias y de sus consecuencias. De esta forma, lo que se destaca es que lo absolutamente indisponible no es la vida en sí, sino la calidad de vida que le puede dar sentido⁴⁹.

Esta propuesta de concebir el derecho a la vida a través del derecho a la dignidad, a su vez, participa de buen encaje en nuestro sistema

⁴⁹ En esta línea, Dworkin, 1991: 14 ss., ídem: 1994: 279 ss.; tmb. Jakobs, 1999: 57-58; tmb. Parejo Guzmán, 2005: 305-309, Moreno Antón, 2004: 61 ss. Se insiste en la «relación conceptual» entre la vida y el bien asociado a esa vida conformado a «ciertos *standards* de normalidad» en Foot, 1977: 93-95. Aunque al respecto importa la advertencia de Bueno acerca de la poca adecuación de la «metáfora de la calidad de vida», que vendría a retraducir el contraste industrial entre la cantidad y la calidad de la producción y que, respecto del individuo, sufre el riesgo de valorar la calidad de vida con un prejuicio de pieza defectuosa por incumplimiento de *standards* objetivos; en este caso la degradación del individuo sustituido se traslada a quienes lo sustituyen (Bueno, 1996: 210-213). Aunque aquí permanentemente insisto en la valoración del individuo de su propia calidad de vida al margen de consideraciones externas.

jurídico constitucional. Pues, aunque es cierto que para el TC el derecho a la vida del artículo 15 no incorpora el derecho a la muerte, también es verdad que el mismo TC reitera que el ordenamiento constitucional debe contemplarse en su conjunto, que la libertad, la dignidad y los derechos que le son inherentes son valores superiores del ordenamiento (art. 1.1), y que el libre desarrollo de la personalidad es fundamento del orden político y social (art. 10). Sobre esto, el TC señala⁵⁰, aunque no en relación con la eutanasia, que el derecho a la vida no es un derecho de libertad, por lo que el artículo 15 CE no confiere una facultad de disposición sobre la propia vida⁵¹.

Sin embargo, como lo que aquí se propone es entender la vida a través de la dignidad –dando cuenta de que la eutanasia debilita su apoyatura sobre la discrecionalidad y autonomía de la voluntad para fortalecer su dimensión de acto de defensa del derecho a la dignidad que se fundamenta en, y da sentido al, fundamental derecho a la vida⁵²–, y conforme a la cobertura constitucional del art.10.1 CE⁵³ –que protege el libre desarrollo de la personalidad, como forma de materializar la integridad moral y la dignidad del individuo cuando éste se coloca definitivamente en una situación objetivamente trágica⁵⁴–, del artículo 16.1 CE en su protección de la libertad ideológica,

⁵⁰ En STC 120/1990; fdto. jdco. 6.º Y tmb. STC 154/2002; fdto. jdco. 12.º

⁵¹ Comp. y en relación con la colaboración al suicidio, Fdez. Oubiña, 2005: 60-ss.

⁵² De hecho, para algunos, esa dimensión fundamental de la dignidad al servicio del derecho a la vida refuerza su sentido con la aceptación del criterio de muerte cerebral y no el exclusivo del cese del latido –porque somos «mentes materializadas»–. En efecto tras el éxito que en la mayoría de las legislaciones tuvo la propuesta del Comité de la Facultad de Medicina de Harvard en 1968 orientada a actualizar el criterio de muerte conforme a las nuevas técnicas y facilitar los trasplantes de órganos, la misma se adopta también en España con el RD 426/1980 que, además, es la norma que desarrolla la Ley de Trasplante de Órganos, modificado por el por el RD 2070, y que define en su artículo 3 la muerte «el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas» (sobre la misma idea y comp. Gascón Abellán, 1992: 101-102; tmb. Gimbernat, 2005: 1; Gascón, De Lora, 2008: 213 ss. Tmb. *JpD*, 2007: 11-12). –Se cuestiona filosóficamente el criterio de muerte, y se critica el «utilitarismo» de la clave de inactividad cerebral en Younger, 2007: 285 ss.; complementa esa revisión crítica tmb. en clave penal, Hall, Ellman, Strose, 1999: 282 ss.; *vid comp.* Shapiro, Spece, Jr.; Dresser; Wright Clayton, 2003: 939 ss. Y, comp. acerca de la distinción sensitiva y moral entre la muerte cerebral y el estado vegetativo persistente, Hodelin Tablada: 2005: 675-677–.

⁵³ Que erige la dignidad en fundamento del orden político y social y «centra el sistema en torno a la supremacía de la persona»; y es que, la Constitución «admite... su función humanizadora de las estructuras jurídicas, políticas, económicas y sociales, porque un Estado social y democrático de Derecho se establece a favor de las personas» (Lucas Verdú, 1984: 325). En similar sentido, Moreno Antón, 2004: 69, 71-72.

⁵⁴ Comp. Díez-Picazo, 2002: 6-7. En esta línea se inscribe el amparo constitucional que solicitó Ramón Sampedro. El TC no pudo pronunciarse sobre el fondo del asunto al fallecer el solicitante (ingiriendo cianuro) y no aceptar la sucesión procesal de Manuela Sanlés. Lo que pedía no era un derecho a morir, sino el derecho para que su médico de cabecera pudiera suministrarle «los medicamentos necesarios para evitar el dolor, la angustia y la ansiedad que el estado en que vivía le producía sin que

y del artículo 18 CE como salvaguarda de la intimidad personal⁵⁵, en consecuencia, lo que se obtiene no es una afirmación absoluta de la facultad de disponer de la vida propia, sino una exigencia de valoración de las circunstancias que definen jurídica y constitucionalmente a la vida como tal y sirven para articular su efectivo sistema penal y judicial de protección.

Todo ello recomienda asumir que el derecho a la vida incluye el derecho a determinar hasta cuándo mantenerla, entendiendo que la voluntad de morir es una manifestación de la libertad individual, como reconoce el TC en la misma línea a como lo entiende el TEDH en el caso *Pretty*⁵⁶ en el que afirma que la noción de calidad de vida adquiere una relevancia fundamental especialmente en un marco en que la ciencia médica ha avanzado notablemente. Y a este respecto remite a los ordenamientos nacionales la facultad de limitar más o menos ampliamente y en un sentido u otro las medidas que hayan de tomarse al efecto –a fin de proteger a las personas vulnerables– en aquellos casos en que una enfermedad merma de forma objetiva y definitiva la calidad de vida de las personas⁵⁷.

11. *Justificación negativa o por contradicción.* La idea de proyectar la eutanasia en el ordenamiento jurídico a través del derecho a la dignidad que da sentido y humaniza el derecho constitucional a la vida nos enfrenta, a su vez, a la clásica objeción que destaca que una licitación de la eutanasia sería inconstitucional, pues si el constituyente lo hubiera querido la hubiera recogido a nivel constitucional y no lo hizo –ni en ningún país de nuestro entorno–, por eso la protección de la vida debe tener una fuerza absoluta. Sin embargo, temo, el planteamiento es falso.

De hecho hay al menos de tres vías de justificación iusfilosófica y político-constitucional de la eutanasia⁵⁸.

Primera, entender que el derecho a la vida incluye la libre disposición por su titular del conjunto de derechos y principios constitucionales –dignidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, y el derecho a la libertad ideológica–. De esta forma, «no solo el suicidio, sino la euta-

ello, en ningún caso, pudiera haber sido considerado, desde el punto de vista penal, como ayuda al suicidio, delito o falta de clase alguna...».

⁵⁵ Destaca esta última dimensión de la intimidad personal Muñagorri Lagúa, 1994: 43-44 y STC 53/1985. En esta misma línea integradora del derecho a la vida, Gimbernat, 1990: 53; Valle Muñiz, 1989: 169; Cobo del Rosal Carbonell, 1987: 66; Fernández Suárez, 1992: 316-317.

⁵⁶ Si bien para el TEDH la prohibición por parte de un Estado de la eutanasia no constituye un «trato inhumano o degradante», igual que no cabe amparar la pretensión de la eutanasia en un derecho a la autodeterminación como expresión de la libertad a elegir la vida o no.

⁵⁷ En concreto establece que la prohibición en el Reino Unido del suicidio asistido no es una medida desproporcionada.

⁵⁸ Sigo en este punto el planteamiento sistematizador de Rey Martínez al que me remito (Rey Martínez, 2008 a: 81 ss.).

nasia activa directa... serían manifestaciones de un legítimo ejercicio de ese derecho fundamental»⁵⁹ (Rey Martínez, 2008 a: 85). Por ello, el deber legal sería establecer las condiciones que garantizaran la pureza del consentimiento⁶⁰.

Segunda, la eutanasia se concretaría como una libertad constitucional limitable por el legislador. Planteamiento que comparte el tronco del anterior pero que se tecnifica para establecer que la libertad, valor superior del ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE), puede y debe limitarse jurídicamente para armonizar y regular la dinámica de las relaciones sociales. Aunque nunca desproporcionadamente y limitando el «libre desarrollo de la personalidad» proclamado por el 10.1 CE. Por eso es injustificable el perfeccionismo estatal que prohíbe el suicidio, por irrazonable y arbitrario al no afectar bienes ajenos, y sin embargo, no es en principio ni irrazonable ni desproporcionado limitar la eutanasia para proteger los bienes, derechos, valores y principios constitucionales que el Estado debe perseguir⁶¹.

Y, la tercera alternativa, y creo que la más productiva, propone armonizar constitucionalmente la eutanasia conforme a un planteamiento similar al anterior pero conformado negativamente por razones prudenciales; esto es, exaltando el valor de la libertad y el derecho a la vida, la dignidad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, para introducir la permisividad constitucional de la eutanasia por la vía de la excepción legislativa⁶². Una vía negativa o de excepcionalidad legislativa orientada a dar un sentido razonable a la protección estatal de la vida cuando los derechos a la libertad y la dignidad individual se encuentran objetivamente amenazado por un mal inescapable.

¿Por qué es preferible esta opción frente a la anterior? Porque si se parte de la aceptación ordinaria y positiva de la eutanasia como libertad, legalmente limitable, se asume una consideración axiológi-

⁵⁹ En esta línea y complementariamente Shewmon, 1999: 344-345.

⁶⁰ Al fortalecerse la dimensión de la libertad centrando la justificación de la eutanasia en la libre decisión individual sería recomendable reconducir esa libertad al marco del artículo 17.1 CE, para darle la protección reforzada de los derechos fundamentales, y proyectar los límites legales que la constitución prevé para ese derecho de libertad sobre las condiciones de la pureza del consentimiento. Tal es el planteamiento de Ruiz Miguel (Ruiz Miguel, 1993: 147 ss.), frente a alternativas como la de Prieto Sanchís de ubicar ese derecho a la libertad en el marco de la libertad religiosa del artículo 16.1 CE (Prieto Sanchís, 1990: 163-163), o la de Tomás-Valiente Lanuza de reconducirlo al marco de los derechos fundamentales a fin de justificar que sus limitaciones no solo afecten a la garantía de la pureza del consentimiento, sino también a la protección de otros intereses –seguridad, salud, etc.– sobre los que la libertad seguiría proyectando su impronta (Tomás-Valiente, 1999: 327-328).

⁶¹ Planteamiento, p. ej., de Tomás-Valiente Lanuza (en Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 327-328).

⁶² Corrobora en relación con una hipotética legalización de la eutanasia o del suicidio asistido la caracterización a través de la vía de la excepcionalidad a la tipificación penal Rey Martínez, en Rey Martínez, 2008 b, 147.

ca implícita sobre la bondad de la misma en función de la libertad, lo que tendencialmente favorecería su expansión. Mientras que, si como propongo, la eutanasia se encuadra legalmente vía contradicción y como excepción, negativamente, se destacan y aceptan ciertos recelos justificados por la teoría de la pendiente resbaladiza y por los datos prácticos con los que contamos sobre la misma, lo que tendencialmente favorecerá ahora una interpretación más restrictiva o de controles exhaustivos y reforzados que difícilmente permitirían al legislador destipificar la eutanasia o al juez sobreseer o archivar por motivaciones morales extrajurídicas como proponen algunos de los valedores de la alternativa judicial o como se suele practicar judicialmente a falta de una regulación de control realista y adecuada a tan problemática materia⁶³.

12. *Excepción por necesidad.* Aceptar este planteamiento constitucional solventa algunas cosas, pero no resuelve el «problema» de la eutanasia, la responsabilidad de los terceros que voluntariamente causan la muerte. Pues, o se limita el derecho individual a la dirección de la vida propia, prohibiendo a todos atender el reclamo del enfermo. O se encuentra una causa de justificación de la acción del tercero que le exima de la responsabilidad penal.

En el marco de nuestro Estado de Derecho y de nuestro ordenamiento desaparece la responsabilidad penal al justificarse la exclusión de la antijuridicidad cuando se acredita la razonabilidad de la acción u omisión de un tercero que consciente y voluntariamente acaba con la vida de otro. Vinculándose tal razonabilidad y consiguiente exclusión de la antijuridicidad a la existencia de un estado de necesidad. Y éste debe ser el escenario en el que se desarrolle la argumentación y posible justificación de la eutanasia. De tal forma que la apuntada contradicción a la protección constitucional de la vida tome cuerpo legal a través de la excepción penal que eximiría de responsabilidad penal a quien practique la eutanasia en caso de un estado de necesidad diseñado legalmente y que vaya concretándose sucesivamente a través de la praxis judicial, liberando así de responsabilidad penal y civil a los terceros que causan la muerte al enfermo que lo desea.

En concreto, la propuesta es regular legalmente la exención de responsabilidad penal en virtud de una eximente de «estado de necesidad»⁶⁴ (art. 20.5 CP) –que justifica el empleo de medio ilícitos a tal fin–⁶⁵. Esto es, dándose una situación típica de homicidio,

⁶³ En este mismo sentido y complementariamente, Rey Martínez, 2008 a: 87-89.

⁶⁴ Lesión de un bien jurídico y/o un deber para evitar un mal ajeno a través de un mal menor que el mal que se trata de evitar [art. 20.5.a) CP].

⁶⁵ En este mismo contexto se puede intentar emplear un modelo de eximente combinado entre la legítima defensa y el estado de necesidad, atendiendo a la agresión en sus derechos al paciente. Así ya Rachels en 1978 apelaba a la «legítima defensa» en la eutanasia como eximente de una acción típica de asesinato (en Rachels, 1978: 61 ss.).

Sin embargo, en el contexto de la argumentación de la eutanasia y de la *ratio* argumentativa que se sigue, tal planteamiento acarrea más obstáculos dogmáticos,

se exime de responsabilidad penal a aquel que colabora activa o pasivamente en la muerte de un tercero, residiendo la justificación de su acción en la finalidad de evitarle un mal mayor al sujeto en cuestión. Propuesta que no supone ninguna inesperada originalidad. Pues es bien conocida doctrinalmente –además de que sigue la *ratio* del «principio del doble efecto» que generalizadamente aceptan quienes rechazan la eutanasia activa pero no la pasiva–. También en el derecho comparado. Y aquí ya se manejó judicialmente antes de la Ley de autonomía del paciente, aunque en un sentido más problemático, como estado de necesidad pero contra la voluntad del beneficiado⁶⁶.

trabas justificativas y dificultades prácticas que potenciales virtudes. Entre otras cosas, porque obliga a emplear un argumento fuerte pero demasiado alambicado acerca de la responsabilidad pública en el estado de conocimiento científico y sanitario puesto a disposición del paciente, lo que además de contraintuitivo choca con la afirmación constitucional de que la diligencia y responsabilidad por los servicios sanitarios se establece en relación con el estado de la ciencia en el contexto histórico en el que, en el caso que nos ocupa, se trate de justificar la práctica de la eutanasia. También porque, aunque se acuerde acerca del daño del paciente en cuestión, es muy cuestionable la ilegitimidad e incluso la misma agresión consecuenta con una acción u omisión humana, con lo que se vuelve a insistir en el anterior problema apuntado en relación con el recurso a la legítima defensa. A lo que debe añadirse que la combinación del estado de necesidad con la legítima defensa tampoco reforzaría ni orientaría el planteamiento legislativo en la medida que se trata de justificar una ponderación entre dos males relacionados con el derecho individual a planificar y mantener una concepción propia de la vida digna cuando se dan circunstancias que objetivamente limitan esa capacidad.

De hecho, la finalidad de hacer entrar en juego a la legítima defensa favoreciendo incluso el esfuerzo a través de su combinación con el estado de necesidad queda suficientemente satisfecha con la modalidad de estado de necesidad defensivo, que permite la acción del tercero a favor de la protección de los derechos del paciente sin necesidad de enfrentar los serios problema que plantea la cuestión de la agresión ilegítima, de su consistencia y autoría, en relación con la eutanasia y su posible justificación de juridicidad.

⁶⁶ De hecho, en los Autos TS de 14 de marzo de 1979 y de 22 diciembre de 1983, confirmado éste por Auto TC 369/1984: de 20 de junio, el TS inadmitía querrela criminal contra, y excluye responsabilidad penal de, el juez acusado de coacción por autorizar transfusión forzosa a testigos de Jehová mayores de edad. Las razones esgrimidas en esos Autos se repitieron en otros posteriores. Incluso en casos en que el querellante imputaba a la transfusión la muerte del paciente, Auto/22 de diciembre de 1983, y ya con anterioridad el TS en Auto de 27 de septiembre de 1978. Se mantiene la misma tónica en STS de 27 de marzo de 1990: un cuñado de la paciente arrancó de su brazo el catéter inserto en la vena para la hemoterapia, provocando su muerte. Condenado en instancia por homicidio imprudente, el TS casó y apreció dolo– y fueron aceptadas por el TC. En concreto, se sostenía que ni el juez que autoriza ni el médico que realiza la transfusión cometen delito –de atentado contra la libertad y trato inhumano y degradante– por estar amparados en el estado de necesidad o cumplimiento de un deber. Acuerda con esta solución, entre otros, Gimbernat. Pero está en contra Bajo Fernández, 1995: 3, que acierta al destacar que quien transfunde sangre a un paciente para salvar su vida pero en contra de su voluntad comete, al menos, un atentado contra la libertad no amparado por la eximente de estado de necesidad, pues «amparar cualquier actuación de un médico conforme a la idea de que el mal causado es menor que el evitado lo que justifica la eximente de estado de

De esta forma, se centra la justificación legal de la eutanasia en el elemento fundamental de la causa trágica y no en la autonomía de la voluntad, lo que sirve mejor para fijar criterios más rígidos y objetivos de comprobación de que se da la enfermedad irreversible que causa un sufrimiento insoportable, y de que se expresa una voluntad sería y actual de terminar con tal sufrimiento.

La razonabilidad de excepcionar la penalización de la eutanasia en los supuestos de estado de necesidad –actualizando la vieja fuerza irresistible de los arts. 8.4.º y 8.7.º del CP de 1973– para eximir de responsabilidad jurídica al que mate a otro se justifica, uno, porque la axiología constitucional de los Estados de Derecho desarrollados no tiene por finalidad obligar a la vida incluso contra la voluntad de su titular (*vid. supra*), sino salvaguardar la vida deseada por su titular y en la forma en que éste la desea⁶⁷. Y, dos, porque con la excepción de estado de necesidad no se da una confrontación real de bienes (libertad-vida/muerte) respecto de la eutanasia⁶⁸, pues el objetivo no es conseguir un cadáver, sino instrumentar la muerte al servicio del derecho a la vida y del sentido que esa vida tiene para su titular ante una circunstancia dramática y definitiva. De esta forma se trataría de conseguir que el fallecido, aun fuera de toda constante vital, preserve

necesidad implica una simplificación que conduce a la conclusión inaceptable de justificar que un particular, un médico, un policía o un juez someten a una mujer contra su voluntad a un aborto para salvar su vida; o con el mismo fin y sin consentimiento amputan el miembro canceroso de un paciente o le abren el pecho para instalarle una válvula en el corazón... (o) para salvar la vida de un accidentado que ingresa en el servicio de urgencias se extrae un riñón sano a quien, en el quirófano de al lado, está sometido a una operación de apendicitis...» (Bajo Fernández, 1995: 4). Y es que, el estado de necesidad, incluida la transfusión forzosa a un Testigo de Jehová, exige la voluntad conforme de quien se encuentra objetivamente en la situación de riesgo. En similar sentido Roldán Barbero, 1983: 516-517; Jorge Barreiro, 1982: 19-20; Mir Puig, 1983: 516; Bacigalupo, 1990: 161; Ruiz Miguel, 1993: 138 ss.; MacKling, 1995: 136. Destaca, aunque en general, que la valoración y definición de los intereses propios corresponde al sujeto amenazado Baldó Lavilla (en Baldó Lavilla, 1994: 197). Al respecto, y a pesar de su apariencia, la controvertida STC 154/2002, aunque exime de responsabilidad a los padres de un niño de 13 años que muere por no transfundirle sangre por ser Testigo de Jehová, mantiene la línea jurisprudencial del TS y el TC. Pues aunque esa STC destaca el contenido del derecho a la libertad religiosa, lo hace para circunscribir los deberes del garante del menor, los padres, que no se opusieron ni a la autorización judicial, ni a las medidas médicas de transfusión, solo renunciaron a convencer al hijo para que se transfundiese, por ir en contra de sus convicciones y de las enseñanzas impartidas al niño (fdto. jdco. 14 y 15), y fue el menor el que se resistió a la transfusión en el marco constitucional de un derecho fundamental a la integridad física y a la libertad religiosa (fdto. jdco. 9 y 10), se exime de responsabilidad a los padres, y como el menor carecía de madurez de juicio tmb. se exime de responsabilidad al juez de guardia que ordenó la transfusión sin éxito y al personal sanitario, frustrados en su intento por el riesgo de una hemorragia cerebral dado el pánico y la oposición activa del menor

⁶⁷ En este mismo sentido, Valle Muñiz, 2007: 1 ss.

⁶⁸ Pues «(n)o se trata de que deba prevalecer la libertad sobre la vida en caso de conflicto: es que no hay conflicto posible, pues solo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional» (Gascón Abellán, 1992: 99).

todas las señas de su identidad individual tal como él en vida decidiera llevarlas a cabo⁶⁹.

Ahora bien, e importa tener esto en cuenta, la justificación excepcional de la eutanasia en función de un eximente legal y judicial de estado de necesidad no se orientaría a una ponderación de bienes en conflicto, la vida –aunque en realidad la protección de la vida en contra de la voluntad libre y consciente de su titular no está constitucionalmente protegida (*vid supra*)– frente a la dignidad o la libertad como se suele decir. Y tampoco se trata de comparar un bien devaluado, la vida, con una defensa masiva de bienes, como sostiene Gimbernat en una propuesta que, por otra parte y en lo fundamental, es inspiradora. Diversamente; la justificación por estado de necesidad debe articularse como una solución ponderativa a un conflicto entre males, la muerte, y la vida trágica⁷⁰; una solución que garantice ponderadamente que el mal que se causa es menor que el mal que se trata de evitar⁷¹. Lo que tanto favorece el diseño de los controles imprescindibles para fre-

⁶⁹ Planteamiento éste a complementar con la propuesta de «(r)edución positiva de las ideas de Vida y de Muerte» (en Bueno, 1996: 207 ss.).

⁷⁰ Lleva aquí razón Valle Muñiz al señalar frente a Gimbernat que la resolución del conflicto de intereses no es siempre en favor del mayor número de ellos; y que es mejor no hablar de «vida devaluada» para sostener la eutanasia, pues la protección de la vida debe ser la misma para todos y entenderlo de otra forma nos arriesga al «salto en el vacío» del que se advierte en Kaufmann, 1987: 46; comp. Valle Muñiz, 2007: 7-8.

⁷¹ Frente a la propuesta de justificación de la eutanasia activa directa por estado de necesidad se esgrimen distintas objeciones que circunscriben paradigmáticamente a las formuladas por Tomás-Valiente Lanuza y Romeo Casabona.

Para Tomás-Valiente Lanuza, el artículo 143.4 CP contiene una causa de justificación incompleta, no plena, por lo que invocar el estado de necesidad como causa de justificación va en contra de la decisión del legislador (Tomás-Valiente, 2000, 104 ss.). Planteamiento frente al que se puede replicar que el artículo 143.4 CP no contiene en rigor un supuesto de estado de necesidad, por lo que cabe aplicar la eximente completa del artículo 20.5 CP, atendiendo especialmente a la petición seria, expresa e inequívoca, en relación con las razones del injusto; y a la especial situación en la que la enfermedad coloca al enfermo, en relación con la culpabilidad (ratifica y desarrolla esta respuesta y corrobora el recurso a la eximente completa por estado de necesidad Alonso Álamo, 2008: 297).

Por su parte, también objetaba Romeo Casabona, primero, que el antiguo 409 que sancionaba la colaboración y la ejecución de la muerte del suicida ya integraba en su atenuación frente al homicidio el consentimiento de la víctima, por lo que no debe duplicarse la relevancia penal de tal valoración; segundo, que tales delitos quedarían vacíos de contenido de estimarse el estado de necesidad pues no se entendería por qué son de menor entidad en la ponderación los motivos objetivos y subjetivos del suicida y de quien le presta ayuda, pueda aquel o no producirse la muerte por sí mismo, que los del enfermo; además de que, y tercero, de no incluir de algún modo el consentimiento como criterio correctivo de la eximente podría extenderse su cobertura a los supuestos en que no se consultó al interesado pudiendo manifestar su voluntad... o... si no es el caso, que el médico decida libremente la acción de quitar la vida, aun en los parámetros ponderativos inherente al estado de necesidad» (Romeo Casabona, 1994: 470-471).

narnos en la «pendiente resbaladiza»⁷² de cualquier licitación de una muerte causada voluntariamente a un tercero. Cuanto permite que sea el sujeto el que delimite su propio grado y forma de resistencia ante la tragedia «objetiva» e irreversible que padece⁷³.

13. *La exigencia de positivización frente a la inseguridad jurídica y la imprescindible contradicción del judicialismo oficial.* La introducción legal de la eximente de responsabilidad penal de quien practica la eutanasia por estado de necesidad se justifica porque el mal causado, la muerte del enfermo, una vez agotados todos los otros medios y las medidas paliativas, constituye un mal menor que el interés amenazado, la indignidad vital irreversible por causa objetiva de enfermedad. Y se inscribe en la apuntada tercera vía de constitucionalidad de la eutanasia, pues no se legaliza la eutanasia, sino que se despenaliza en su forma activa solo en determinados supuestos. Lo que, a su vez, ofrece una bomba de oxígeno a la seguridad jurídica dañada por la miope visión legislativa del problema. Y es que, la positivización de la excepción de tipicidad permite la imposición de unos controles administrativos y judiciales serios, específicos –que eviten la pendiente de los «conceptos indeterminados»– y previos a la causación de la muerte.

En efecto, la alternativa de la eximente legal –regulada– de responsabilidad en los casos de eutanasia es una apuesta por una seguridad jurídica básica que dé certeza a los actos. Mientras que la opción de dejar su valoración en manos de la discrecionalidad judicial –algo

⁷² El argumento lógico de la «pendiente resbaladiza» destaca que dado que es muy probable e incluso inevitable que del curso de acción A se derive una consecuencia inaceptable B, si se quiere evitar B (realización de prácticas eutanásicas no solicitadas) debe evitarse o prohibirse A (la permisión de la eutanasia voluntaria) –interesa para su delimitación Schauer, 1985: 361 ss., Burg 1991: 42. Abunda a este respecto Shapira, destacando lo remoto y especulativo del argumento y su debilidad frente a una libertad individual básica (en Shapira, 2000: 506-507).

⁷³ En el mismo sentido y comp. Valle Muñoz, 2007: 7. En esta línea propone Roxin mantener la figura del homicidio a petición sujeto a la posibilidad de que el tribunal pueda excluir la pena en casos extremos en los que se da la condición de voluntad y de objetividad del mal e inexistencia de salidas alternativas tal como proponía el § 216 II del Proyecto alternativo del código penal alemán. Es justo por el problema de inseguridad jurídica que animan propuestas que siguen la línea de ésta de Roxin (comp. Roxin, 2001: 30-36) –pues vuelve a dejar en manos del tribunal el enjuiciamiento de los casos extremos que justifican la exclusión de la pena– por lo que aquí se propone elevar a nivel legislativo el «estado de necesidad» en el que insiste adecuadamente respecto de la eutanasia Merkel para, a partir de ahí ir posibilitando un desarrollo jurisprudencial limitado y que revierta sobre la legislación para concretar los extremos de ese estado de necesidad. Y algo más, pues si Roxin defiende el homicidio a petición como clave de seguridad jurídica lo hace porque en Alemania ya existe la libertad de suicidarse y de contar con la colaboración impune de un tercero (Roxin, 2001: 34). Pero, como ya se apuntó, planteamientos de este tipo marginarían a quienes no tienen la capacidad para ejecutar por sí mismos el último acto ejecutivo de su muerte, a la vez que abren una vía poco sensible al aumento y descontrol del dolor que supone dejar en manos de los particulares la evaluación y adopción de un método mortal (*vid. supra*).

similar se practica en Uruguay conforme a una cláusula penal que ya participa de los efectos propios de una legalización, pero sin controles previos y sujeta a una ulterior revisión judicial en términos de perdón piadoso más que de seguridad en la legislación y la jurisdicción⁷⁴— conlleva una peor solución al debilitar sistemáticamente la seguridad jurídica de los que se enfrentan a una enfermedad dramática e irreversible; desde el paciente que la desea, el que no, el médico que la práctica, el que nunca la hubiera debido practicar, etc. Pues las soluciones casuísticas construidas al margen o en ausencia de ley no atienden a criterios homogéneos, públicos, discutidos y representativos —de algo más que la moralidad del juez en cuestión—⁷⁵, y esto permite y anima un arriesgado marco de acciones descontroladas y, en consecuencia, potencialmente inaceptables. Algo que demuestra la dinámica del planteamiento francés actual de la eutanasia que la remite al homicidio, y anima *de lege ferenda* que, llegado el momento, los jueces valoren moralmente la atenuación o anulación de la culpabilidad⁷⁶.

La muerte de Vincent Humbert, por capítulos y con estadios comatosos intermedios da cuenta de los riesgos a los que somete al paciente y al médico una política del avestruz legislativo combinada con la casuística moral judicial.

Vincent, se quedó tetrapléjico, mudo y casi ciego a los 19 años por un accidente de tráfico. Tras cuatro años de sufrimiento suplicó reiteradamente la muerte. Su madre le administró la dosis de barbitúricos que creyó mortal, pero el joven sobrevivió y quedó en coma profundo. Del siguiente acto se responsabilizó el doctor Chaussoy, jefe del servicio de reanimación, de acuerdo con el equipo médico, desconectó a Vincent del respirador y le administró una inyección letal de cloruro de potasio. Después de ser encausado por «envenenamiento premeditado», delito que podría llevarles a la cárcel de por vida, ambos fueron acusados de «administración de sustancias tóxicas» (cinco años de prisión). Sin embargo, la jueza Morvant sobreesayó (el 27-02-06) a los dos acusados, basándose, según dijo, en razones morales y no legales y atendiendo la solicitud fiscal de que el caso fuera desestimado y los

⁷⁴ En efecto, el artículo 310 del CP uruguayo parte de considerar la eutanasia como un homicidio pero prevé ciertas causas de impunidad entre las que se encuentra el «homicidio piadoso». Así, el artículo 37 del CP confiere a los jueces «la facultad de eximir de la pena a quien, sin antecedentes penales, se considera autor de homicidio cometido por motivos de piedad, a consecuencia de súplicas reiteradas de la víctima», lo que consolida el «perdón judicial» respecto de las «personas honorables», que no tienen por qué ser médicos, que actúan por piedad ante una situación de «padecimiento objetiva» (comp. Rodríguez Almada, 1997: 1 ss.).

⁷⁵ En las misma línea, Moreno Antón, 2004: 66. Pues si los controles son previos y específicos se evita el riesgo de un permanente enjuiciamiento judicial de los médicos; ya se apuntaba en relación con una posible eximente de legítima defensa en Cal-samiglia, 1999: 357.

⁷⁶ Planteamiento éste también secundado por la representativa Academia francesa de médicos.

acusados sobreseídos dadas las «circunstancias particulares» en las que estaban al cometer el delito.

En la misma línea, pero planteando otros problemas, se dicta en marzo del 2007 otra sentencia sobre la administración de una inyección mortal de cloruro de potasio a Paulette Duráis de 65 años después de entrar en coma pero sensible al dolor agudizado por una obstrucción intestinal particularmente atroz; Paulette estaba enferma de cáncer de páncreas en fase terminal. La inyecta la enfermera Chanel bajo prescripción de la doctora Tramois. Pero aquí el problema se centra en la falta de voluntad del paciente y de control de las actuaciones. Pues ni la médica ni la enfermera tuvieron en cuenta la opinión del resto de responsables médicos del hospital, ni la de la paciente, de quien no hay pruebas que evidencien que solicitase la inyección que acabó con su vida, ni la de su familia –aunque después mostró su apoyo a las dos acusadas fuera y dentro del proceso–. Y en este escenario interesa también la argumentación del Fiscal, que solicita la aplicación de la sanción de la ley por una cuestión «casi ejemplarizante», advirtiendo al jurado de las consecuencias de una eventual decisión de absolución, que podría ser explotada, por lo que reclamó dos años de prisión sin cumplimiento contra Tramois, acusada de «complicidad en envenenamiento», y un año igualmente sin cumplimiento para Chanel, imputada por «envenenamiento». Finalmente, el tribunal «perdona» materialmente por razones morales, absolviendo a la enfermera y condenando a la médica a un año de prisión sin cumplimiento aunque la condena no figurará en sus antecedentes penales y podrá seguir ejerciendo.

Frente a estas salidas judicialistas que abonan el campo de la inseguridad física, moral y jurídica –pues el control de oportunidad es posterior a la muerte, la adecuación de medios indemostrable, la elusión del dolor improbable, y la respuesta jurídica discrecional y populista–, la propuesta de una normación constitucionalmente respetuosa y centrada en el concepto penal de «estado de necesidad» fortalecería una seguridad jurídica «a derecho constante»⁷⁷ al recoger la evolución, incidencias y eficacia de la previsión legal del estado de necesidad gracias a la concreción casuística de límites y condiciones⁷⁸.

14. *La «caja de pandora» de la eutanasia.* Lo bueno de plantear una salida a la eutanasia es el paso argumentativo. Lo malo que con ello no se agota la trama argumentativa sobre su permisibilidad o prohibición. Pues frente a la propuesta de una eximente de responsabilidad se abre una batería de argumentos que objetan la viabilidad jurídica, moral y política de la eutanasia. Un paquete de razones que,

⁷⁷ Que se sirve de una visión del Derecho como un fenómeno racionalizador, dinámico y circular (comp. Suárez Llanos, 2005, 2006 y 2007).

⁷⁸ Corrobora el planteamiento y abunda con un análisis casuístico de la eutanasia en Francia, Antonowicz, esp., pp. 14 ss. y 33 ss.

además de advertir frente a los sistemas sanitarios no universales, alertan de «la pendiente resbaladiza» y sus mortales peones: el error de diagnóstico, los nuevos descubrimientos, la santidad de la vida, los posibles excesos por terceros interesados, y la imposibilidad de evitar que conceptual y prácticamente la eutanasia activa se extienda inexorablemente a la eutanasia no-voluntaria⁷⁹.

Pero, cómo se mueven y hasta dónde llegan esos argumentos respecto de una propuesta de legalización excepcional de la eutanasia y en un marco jurídico como el nuestro, punitivo por ley, permisivo por ineficacia, flexible del lado del TC, y quizá aperturista conforme a las declaraciones del legislador. Veámoslo más cercanamente.

15. *La sintonía de la objeción a la eutanasia y la polifonía de sus argumentos.* La propuesta de aceptar legalmente la eutanasia exige, en primer lugar que, como hacen las regulaciones aperturistas –aunque no la de nuestro CP pero sí la de la ley andaluza–, su práctica siempre la desarrolle personal médico a fin de garantizar un control riguroso, tanto de la enfermedad, cuanto de la aplicación del tratamiento y de las medidas eutanásicas, pues es la medicina la que puede aportar los datos y condiciones de la enfermedad, de la vida y de la muerte.

En concreto, y respondiendo a la objeción que advierte de que para algunas personas un mal quizá reversible u objetivamente no-dramático puede ser causa para querer morir, sería necesaria un doble examen realizado por dos médicos independientes y siempre que al menos el segundo médico sea especialista. Exigencia ésta a la que seguiría la evaluación del caso por comisiones⁸⁰ integradas por expertos que ratifiquen la «objetividad» de la entidad de la enfermedad, su carácter terminal y/o su definitivo menoscabo físico y/o psíquico para el paciente.

Pero esta misma condición aboca otro de los obstáculos importantes frente a la eutanasia. Me refiero al modelo de asistencia que ofrece, y el grado de desarrollo efectivo que garantiza el sistema médico al que el paciente tiene acceso. Pues si el sistema adolece de unos recursos sanitarios escasos, porque no esté al servicio de todos, o por su

⁷⁹ Se trataría de la «variante lógica» de la pendiente resbaladiza, y viene a destacar que si se despenaliza la eutanasia activa y voluntaria se da un primer paso (eutanasia solicitada) que impide conceptualmente limitar los supuestos de eutanasia rechazada (comp. Méndez Baiges, 2002: 969 ss.). Y el problema llega cuando el sujeto no es capaz de emitir su voluntad o carece de ella (p.ej., bebés o personas con deficiencias mentales) pero se presume que de poseer voluntad o si pudiese manifestarla elegiría morir dada la penosa e irreversible situación en la que se encuentran (una concepción aperturista Brandt, 1975: 112; frente a ella, Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 147-149).

⁸⁰ Al respecto y respectivamente, artículo 1 Prop. LO de despenalización de la eutanasia (Grupo Parlamentario IU-BOCG, n.º 254-1, 14-06-2002). Y artículo 1 Prop. LO de disponibilidad de la propia vida (G. Parlamentario Mixto-BOCG, n.º 276-1: 4-10-2002) (comp. Moreno Antón, 2004: 77-78).

deficitario desarrollo científico⁸¹, la reflexión sobre la eutanasia cambia, pues cabe la posibilidad de que un paciente con una enfermedad de tratamiento posible solicite la eutanasia por carecer de recursos o vivir en un país menos desarrollado. Por eso, uno de los argumentos fuertes en contra del suicidio asistido permitido en Oregón para enfermos terminales es que carece de un sistema de salud universal que ponga al servicio de todos los tratamientos y cuidados paliativos necesarios, completos y satisfactorios⁸². De hecho, las implicaciones económicas del tratamiento constituyen uno de los motivos reales computados por el gobierno de Oregón en el seguimiento de la aplicación de la ley⁸³.

16. *Entre errores y milagros.* Sobre errores. He partido de una noción de eutanasia condicionada por la existencia de una enfermedad irreversible⁸⁴ terminal o incurable conforme a los actuales conocimientos médicos, que conducirá en un plazo breve y tras graves padecimientos físicos o psíquicos a la muerte y/o que coloca al paciente en una «situación vital insoportable» por padecer una lesión o afección crónica e incurable que produce graves padecimientos difíciles de soportar y entre los que puede hallarse la incapacidad generalizada para valerse por sí mismo⁸⁵. Sin embargo, sabemos bien que la medicina actual está limitada frente a la enfermedad. Hay errores de diag-

⁸¹ En el mismo sentido, Díez-Picazo, 2002: 6.

⁸² Así, acierta Dworkin al advertir frente a la «pendiente resbaladiza», que la eutanasia solo se justifica en pacientes terminales o con extraordinarios sufrimientos siempre que respecto de los mismos se haya comprobado que su motivación no descansa sobre, ni se ve influenciada por, razones económicas, depresión, etc. –al respecto Dworkin, 1999: 91-92; abunda Pabst Battin, 1999: 131-134–.

⁸³ Por eso, entre otras propuestas de mejora, la *Oregon's Death with Dignity Act Guide* recomienda abordar las motivaciones económicas que pueden llevar al paciente a solicitar el suicidio asistido (tmb. Rey Martínez, 2008 a: 74). En concreto, y según el cómputo oficial, el 2,7% de quienes solicitaron el *kit* mortal entre 1998 y 2007 y el 3,3% en el 2008 adujeron tal motivo. Además, en 2008 se informó que las autoridades negaron tratamiento para su enfermedad a algunas personas terminales, pero se les ofreció el suicidio asistido. Téngase tmb. aquí en cuenta que solicitan el *kit* por temor a convertirse en una carga para amigos y familiares, más del 38%. –Motivos, n.º enfermos e índices por años: 2008(N = 60)/ 1998-2007(N= 341)– Total(N = 401). La pérdida de la autonomía: 57 (95.0%)-300 (89.0%)-357 (89.9%). Menos capacidad de participar en las actividades que hacen la vida agradable: 55 (91.7%)-292 (86.6%)-347 (87.4%). La pérdida de la dignidad: 55 (91.7%)-173 (81.6%)-228 (83.8%). Perder el control de las funciones corporales: 37 (61.7%)-196 (58.2%)-233 (58.7%). Carga para los familiares/amigos y cuidadores: 20 (33.3%)-132 (39.2%)-152 (38.3%). Control inadecuado del dolor o preocupación al respecto: 3 (5.0%)-92 (27.3%)-95 (23.9%). Consecuencias financieras del tratamiento: 2 (3.3%) a 9 (2.7 %) a 11 (2.8%)–.

⁸⁴ Acerca de la exigencia inexcusable de irreversibilidad, Gascón Abellán, 1993: 86; Singer, 1984: 162.

⁸⁵ Bien es cierto que el criterio de integración de las comisiones evaluadoras de la enfermedad y el estado físico y psíquico del enfermo es conflictivo, aunque aquí no puedo entrar, pero apunto como referencia el modelo holandés (*vid. supra*) –tmb. Comité de Ética de España y Comité de Bioética de Cataluña (2006)– que las integra con juristas, médicos y expertos en ética.

nóstico y de pronóstico⁸⁶, y enfermedades hoy incurables tendrán en el futuro un remedio eficaz. Tales evidencias, proclaman los detractores de la eutanasia y aceptan sus defensores, impiden justificar todas las decisiones eutanásicas por el riesgo de diagnóstico equivocado y/o solo temporalmente pesimista.

Sin embargo, creo que para otorgar la debida relevancia a la objeción hay que ser conscientes de su carácter general, lo que recomienda diferenciar entre casos fáciles y difíciles. Y aunque no cabe trazar una línea nítida e incuestionable entre ambos tipos, lo cierto, es que hay casos «más fáciles», de menor posibilidad de error diagnóstico, que otros. Mayor posibilidad de ajuste animada por el desarrollo alcanzado en la medicina occidental que, al menos respecto de determinadas previsiones diagnósticas y de curación –de enfermedades oncológicas muy avanzadas y terminales o que se derivan de una lesión (medular, cerebral, etc.) irreversible– participa de altas cotas de fiabilidad.

Al respecto hay que ser conscientes de que negar que existen diagnósticos más fáciles lleva a conclusiones irrazonables e irreales. Pues, aunque el resultado de las intervenciones y los tratamientos siempre participa de cierto rango de incertidumbre, confiamos en los diagnósticos y nos hacemos análisis, pruebas de todo tipo, nos sometemos a intervenciones quirúrgicas, etc., y asumimos por adelantado la responsabilidad de los posibles daños. Igual que aceptamos generalizadamente y por confianza en el diagnóstico contrastado el principio del doble efecto (*vid. supra*). En este sentido, importa destacar la necesidad de que la valoración de la justificación respecto del caso cuente con los estudios, informes, índices e indicios de falibilidad concreta, realizándose la exigencia de la conjunción médica y jurídica en la ponderación y valoración del caso y cara a su posible justificación por estado de necesidad.

Y ahora sobre el milagro, en su variante pedestre y que advierte de que hay constantes descubrimientos médicos y científicos que podrían llegar a «sanar» la enfermedad hoy terminal o incurable y degradante.

Pero, igual que antes, es bueno diferenciar entre casos fáciles y difíciles. Y asumir que ciencia y medicina establecen las previsiones más y menos optimistas de desarrollo y los límites irrebables a corto y medio plazo.

Aunque la relativización del problema de la infalibilidad médica en ningún caso debe adelgazar el rendimiento fundamental de la obje-

⁸⁶ Al respecto, la repercusión mediática del caso de Karen Ann Quinlan fue extraordinaria. Con 21 años Karen sufrió un daño cerebral irreversible por una anoxia prolongada, lo que la dejó en estado vegetativo. Sus padres consiguieron que se le quitara el respirador para acabar con su vida. Pero Karen sorprendió a todos al respirar de forma no asistida. El error de diagnóstico parecía evidente. Sin embargo, los médicos desgraciadamente acertaron en el peor diagnóstico, el daño cerebral irreversible. Murió casi diez años después.

ción: debe garantizarse el esclarecimiento, limitación y control de los diagnósticos terminales o de enfermedades incurables y la valoración pública contrastada de los mismos.

17. *Irreductibilidad de la vida como el todo y de la muerte como la nada.* Pero, al final, nos recuerda el objeto, por más que se relativice y contrarrelativice, se argumente y luego a la contra, y más allá de matices y sutilezas, la eutanasia cede ante el valor absoluto y esencial de la vida humana que la convierte en un bien absolutamente indisponible por contener «algo más» que la mera estructura biológica del resto de los animales⁸⁷; un *prius* intangible e indisponible; un alma, áurea, *karma*, etc. que no se puede extinguir, por eso la eutanasia es en todo punto inaceptable.

Yo creo en ese *prius* y así, entre otras cosas, abrevio. La cuestión es si ese valor añadido del ser humano justifica la indisponibilidad absoluta de la vida –aquí los argumentos creacionistas juegan un papel representativo⁸⁸– o si, como el argumento de la falibilidad diagnóstica, tiene un valor relativo que permite apostar justo por lo contrario⁸⁹.

⁸⁷ Comp. Eser, 1984: 747 ss.

⁸⁸ Retando a las teorías de la evolución para destacar que la singularidad del ser humano proviene de haber sido creado por un ser divino, por lo que su vida es divinamente valiosa e indisponible, aunque con «poca sensibilidad frente a valores como calidad de vida y bienestar» (Barbero G., Romeo C., Gijón, Júdez, 2001: 590). El fuerte instrumental creacionista y de inspiración católica contra la eutanasia demostró su peso con Eluana Englaro (37 años), que llevaba los últimos diecisiete años en coma irreversible acreditado por su equipo médico y neurológico. Su padre solicitó que se acabara con su vida, y finalmente el Tribunal Supremo, en noviembre del 2008, dictaminó que los tubos de alimentación de Englaro podían ser desconectados. Previamente, un tribunal en Milán entendió que los doctores habían demostrado que el estado de coma de Englaro era irreversible. Esta instancia judicial también aceptó que antes del accidente de tráfico Eluana había expresado su preferencia de morir antes que ser mantenida con vida artificialmente. Frente a ello la fiscalía apeló, aunque el Tribunal de Casación de Roma rechazó la apelación. Esto disgustó al Vaticano y a Benedicto XVI que, fiel a sus presupuestos creacionistas, calificó la eutanasia de Eluana de «falsa solución» a la tragedia del sufrimiento, y sostuvo que «la verdadera respuesta no es la muerte... sino demostrar el amor que ayuda a otros a enfrentar el dolor y la agonía en una forma humana»-. La influencia católica del primer ministro italiano Berlusconi le llevó luchar con su mayoría parlamentaria contra la sentencia y contra el Presidente de la República, Giorgio Napolitano, esforzado en hacer valer la Constitución y la separación de poderes. Berlusconi, fiel a su compromiso «vaticánico», proclamaba que la vida humana es inviolable y que, aun en coma irreversible, Eluana podía procrear, lo que según él transforma a la eutanasia en un asesinato, por lo que a través del Ministerio de Salud prohibió a las clínicas estatales ejecutar la decisión judicial. Al final fue una clínica geriátrica privada la que, bordeando la orden a los centros públicos, accedió a desconectar a Eluana, retirarle la alimentación y administrarle epilépticos. No llegó a sobrevivir tres días completos.

⁸⁹ Así, Dworkin apelaba a la sacralidad de la vida humana pero no para reforzar su indisponibilidad, sino para destacar que una vida con sentido y tomada en serio debe ser interpretada a la luz de la responsabilidad y la dignidad que dan sentido a la libertad humana (al respecto, Dworkin, 1994: 255-260: 315). Más aún, duda Dworkin del argumento conforme al que existe una pérdida en el universo o en la sociedad cuando una vida se acorta, y duda de él especialmente por dos razones; porque se

Al margen de la fe trascendente de cada cual, lo cierto es que el argumento de santidad, intangibilidad e indisponibilidad de la vida es inaceptable en el marco político-jurídico español. Porque el 1.1 CE protege la libertad de decisión individual, de hecho podemos suicidarnos legalmente o autolesionarnos. Porque la vida que se protege a su través es la vida concreta que es la que justifica su protección reforzada y no la vida general o el interés de unos, otros o de su creador sobre ella⁹⁰. Porque para el TC el derecho a la vida no participa de protección absoluta pues «como sucede en relación con todos los bienes y derechos, constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y debe estar sujeta a limitaciones» (STC 53/1985, constitucionalidad de la ley despenalizadora del aborto)⁹¹. Porque conforme al 16 CE el Estado deja de ser confesional, por lo que la libertad abarca también el derecho a elegir la creencia individual. Porque nuestro ordenamiento jurídico no establece fines trascendentes a la persona y su voluntad⁹². Porque el reconocimiento del derecho a la vida en el artículo 15 CE no apela a ningún tipo de trascendencia. Y, además, porque de la consideración conjunta del ordenamiento constitucional español y sus presupuestos político-liberales se obtiene que la especialidad supra biológica del individuo, su mundana santidad, se erige sobre la autonomía de la razón, lo que hace a cada persona única, irrepetible y capaz de tomar sus propias decisiones sobre su existencia. Por eso no extraña que quienes apelan a la santidad de la vida se opongan al suicidio y al suicidio asistido como homicidios contrarios al interés de la comunidad, de Dios, y de la fortaleza y valentía individual⁹³.

pregunta si una vida dependiente en sufrimiento y/o vegetativa tiene ese valor de inherente aportación. Y además porque el argumento en sí se reduce al absurdo cuando extraemos sus consecuencias, a saber, que estamos obligados a tener hijos y a incrementar la población (Dworkin, 1999: 88).

⁹⁰ Y es que, hay que diferenciar bien la *ratio* por la que se protege, un peligro en abstracto (*the slippery slope*), del bien jurídico a proteger, que es concreto y no abarca la intangibilidad de la vida ajena (Tomás-Valiente Lanuza, 2000: 25-26, comp. Corcoy Bidasolo, 1999: 263-264)

⁹¹ En el mismo sentido, García Rivas, 2001: 152, Calsamiglia, 1993: 353-354, Fernández García, 1999: 41 ss. Pues el derecho a la vida es esencial y troncal (reptante STC 154/2002; fdto. jdco. 12), pero no absoluto, lo reconocía la STC TC 53/1985, y destacadamente en su voto particular Tomás y Valiente en contra de introducir peligrosas jerarquizaciones entre valores y derechos que no autoriza el texto constitucional.

⁹² Complementariamente al respecto, Prieto Sanchís, 1990: 160; Gascón Abellán, 1992: 98; Carbonell Mateu, CAR: 8.

⁹³ Tomás de Aquino explicita las razones que, antes y después de él, sirven para sancionar moralmente el suicidio (*Summa Theologica*, II-II, Q. 64-66). Porque atenta contra la ley natural y los deberes para con uno mismo –el suicidio es un homicidio, sin más: «*qui se ipsum occidit homicida est!*» (San Agustín); es un «asesinato de sí mismo» (Blackstone)–. Porque va contra la comunidad –ya lo destacaba Aristóteles y es acto de cobardes, *Ética a Nicómaco*–. Y porque contradice la voluntad de Dios –lo defendía Platón en *Fedón*; excepto en alguna «ocasión forzosa» como una absoluta vergüenza (*Leyes*)–. También para Kant (*Metafísica de las Costumbres y Lecciones de*

18. *El sujeto veleta y el viento de la desconfianza.* Al abrir la puerta a la eutanasia para los casos objetivos de enfermedad, sus objetores abren la ventana de sus dudas y se forma una corriente que impulsa dos importantes cuestiones. Una, cómo garantizar la pureza de esa voluntad de morir del paciente⁹⁴. La otra nos recuerda que algunos de los casos más dramáticos de eutanasia se refieren a sujetos inconscientes.

La primera afecta a la subjetividad de la condición del sufrimiento. Y frente a ésta es necesario: uno, garantizar la «objetividad» de la causa trágica de la eutanasia⁹⁵. Una objetividad física y constatable que no incluye el sufrimiento psíquico de quien padece desgracias existenciales y/o depresión⁹⁶. Dos, enfrentarse al problema de prueba

Ética)–, el suicidio es un acto contrario al deber para con uno mismo y viola el imperativo categórico en todas sus formulaciones, porque ni puede convertirse en ley universal, ni toma a la humanidad, ni a uno, como un fin y no como un medio.

⁹⁴ Así, para Bayés, la despenalización de la eutanasia supone una «presión coactiva importante para algunos enfermos que preferirían seguir viviendo pero que se saben una carga para sus seres queridos... un freno para el ejercicio de la autonomía individual» (Bayés, 2005: 8).

⁹⁵ Lo que exige que una patología concreta e identificable sea la causa real del padecimiento físico y/o psíquico, «no debiendo admitirse la ayuda a morir cuando los sufrimientos provienen exclusivamente de una situación psicológica en la que se pueda encontrar la persona en un momento dado, porque en tal caso desaparece el elemento objetivo que legitima el auxilio médico a la muerte y además no hay seguridad de que se cumpla el requisito subjetivo de plena capacidad para tomar una decisión seria, libre y responsable» (Moreno Antón, 2004: 79-80).

⁹⁶ Advierte tmb. Moreno Antón de la desaparición de la causa objetiva del sufrimiento en caso de depresión y, también, del decaimiento del valor de la autonomía de la voluntad (en Moreno Antón, 2004: 79-80). Por eso, en todo caso, debe ser obligada la intervención evaluativa de un psiquiatra. Exigencia que, p.ej., se tiene en cuenta pero se bordea en Oregón, pues la DWDA para el suicidio asistido recomienda el examen psiquiátrico sin imponerlo, lo que ha posibilitado un paulatino descenso en las revisiones psiquiátricas de los afectados por una enfermedad terminal a los que se les prescribe una dosis letal, del 30% a menos del 15%, dándose en ocasiones una falta de control psiquiátrico hasta del 90% de los pacientes terminales, mientras que desde distintos frentes se advierte que «la depresión afecta a la mayoría de los enfermos en fase terminal que solicitan el suicidio, y a los suicidas en general» (Vega Gutiérrez, 2007: 65; tmb: 62 ss.; comp. Breibart, 2000: 2907 ss.). –Adecuadamente sobre las exigencias de objetividad de la enfermedad y de la actuación médica Rey Martínez, 2008 a: 74-80.

Mas lo cierto es que el caso se planteó crudamente al Tribunal Supremo holandés. Se cuestionaba la posibilidad de una «eutanasia» dirigida a acabar con el sufrimiento psíquico extremo de una mujer con la que se habían cebado las desgracias personales –fin de su matrimonio y muerte de sus dos hijos, uno por suicidio y otro por de un cáncer–. Y sorprendió la decisión, pues tanto el Juzgado de Assen como el Tribunal de Apelación de Leeuwarden absolvieron sin cargos al psiquiatra B. Chabot por facilitar una dosis mortal a su paciente y permanecer con ella cuando la ingería. Sin embargo, el Gobierno apeló en casación ante el Tribunal Supremo. Y éste (STS/21-06-1994; NJ 1994/656) declaró a Chabot culpable –pero porque no existían pruebas suficientes sobre el estado de necesidad al no examinar a la paciente otro médico independiente, pues «en un caso donde el sufrimiento lo producen causas no somáticas la demostración de esta realidad es esencial como evidencia para esgrimir *estado de necesidad*» (comp. Mora Molina, 2002: 565)–, aunque no merecedor de sanción. En cualquier

de la pureza y realidad de la voluntad de morir del paciente con garantías también «objetivas» –adecuada información sobre su enfermedad y petición clara, actual, expresa y ajena a consideraciones presuntas, sería⁹⁷ y no impulsiva⁹⁸–. Y, tres, la puesta en práctica de un tratamiento adecuado a la enfermedad⁹⁹, así como la habilitación de las posibilidades más amplias de tratamientos paliativos posibles¹⁰⁰, pues de otra forma estaríamos ante una colaboración al suicidio.

19. *Del querer sin voluntad.* Pero, el otro gran escollo de la eutanasia es que en muchos de los supuestos más problemáticos el paciente sufre objetivamente el tipo de enfermedad irreversible terminal y/o insoportables pero él no puede expresar en qué medida eso afecta a su concepción de la vida buena, su dignidad o su libertad al estar sumido en un estado de inconsciencia que imposibilita su voluntad y autonomía racional de forma irreversible. Y el problema es que, en estos casos, lo dicho sobre la aceptabilidad de la eutanasia se debilita, elevándose un muro de razones difícil de franquear. Pues si la voluntad activa y solicitante del paciente es fundamental para valorar el grado de afección personal y de indignidad que le produce la enfermedad y así, en su caso, poder justificar excepcionalmente la eutanasia, el interrogante es cómo debemos tratar las tragedias inconscientes de Nancy Cruzan, Terry Schiavo, Karen Ann Quinlan, que llevan décadas animando una polémica doctrinal y jurisdiccional sobre una eutanasia que vuelve a exhibir toda su crudeza con cada tragedia individual, como se volvía a demostrar con Eluana Englaro. Dicho de otra forma, cuál es el planteamiento y el argumento cuando se da el elemento objetivo de la eutanasia, el mal, pero falla el subjetivo; quién y por qué decide que un sujeto debe morir en un momento determinado a través de una eutanasia involuntaria; ¿no corremos el riesgo de acercarnos a una eugenesia de incapaces similar a la practicada por los nazis?

Lo cierto es que si no hay consciencia ni voluntad podemos presumir muchas cosas, pero sin certeza de que alguna de ellas fuera la querida por el sujeto. Y es que, ni aun con testamento vital podemos presumir que lo decidido en plenitud de condiciones sea lo deseado al tiempo de la enfermedad¹⁰¹. Pero aún peor si no lo hay¹⁰², o se padece

caso, lo más representativo es que las tres instancias judiciales aceptan que el estado de necesidad eximente también se extiende al paciente cuyo sufrimiento no es somático y no está en fase terminal. –Críticamente con la sentencia, Ogilve; Potts, 1994: 492-493–.

⁹⁷ Complementariamente Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 286-288

⁹⁸ Al respecto, Moreno Antón, 2004: 80. Comp. Calsamiglia, 1993: 357.

⁹⁹ Lo que exige un adecuado nivel científico, un buen estado del sistema sanitario y una utilización óptima de recurso tanto a nivel general como individual, como advierte Díez-Picazo (Díez-Picazo, 2002: 6).

¹⁰⁰ En el mismo sentido, Gimbernat, 2005: 3; Gómez Sancho, 2005: 206-27.

¹⁰¹ Complementariamente, Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 521 ss. En este marco de cuestionamiento, tmb. Sanz Morán, 2008: 315 ss.

¹⁰² Si, llegado el caso, existiera un testamento vital, tras las comprobaciones médicas y la valoración por un comité de expertos, la expresión que contenga a favor

una enfermedad cerebral o neurológica previa a toda expresión de voluntad –alzheimer, Down, oligofrenia, etc–.

Siendo coherente con el planteamiento del que me vengo sirviendo no existiría ninguna excepción penal justificadora de ninguna eutanasia no-voluntaria¹⁰³. Pero tampoco de la pasiva, la omisiva y la indirecta y, por fidelidad a la condición de voluntariedad no sería posible ni mediando la actuación de familiares o representantes legales¹⁰⁴.

Sin embargo, esta solución es más rápida que limpia, y en la práctica resulta controvertida, problemática y desesperanzadora al no solventar cuadros existenciales dramáticos y dejar en manos del tiempo, del dolor y de la degeneración la solución que no nos atrevemos a tomar. Porque aunque es inaceptable limitar la vida de un sujeto aquejado de alzheimer o demencia senil si su situación permite unos cuidados paliativos capaces de ofrecerle una razonable calidad de vida, aunque me contradiga un hijo ávido de herencia o de liberarse de responsabilidades¹⁰⁵, también es indefendible que alguien tenga que padecer acciones u omisiones médicas destinadas a mantener su sostén biológico hasta extremos que él mismo de poder expresar su voluntad consideraría inaceptables e indignos.

Así, si se acepta que existen situaciones no susceptibles de mejora representativa y que generen un dolor psíquico y físico que presumi-

de la eutanasia debe ser atendida, por el respeto al derecho individual a ejercer libremente el derecho a la dignidad que da sentido a la vida humana (en el mismo sentido, Schöch, 1995: 155). Aunque siempre que se cumpla una exigencia de actualidad, y otra suerte de datos personales o declaraciones no hagan presumir un cambio de voluntad –de hecho mayor valor tendrá la expresión escrita de voluntad cuanto más reciente y cercana a la enfermedad sea (sobre esto último, Dölling, 1987: 9; Eser, 1985: 439 ss.)–.

¹⁰³ «(S)i tomamos en serio la autonomía del individuo no cabe justificar la eutanasia en contra de la voluntad de su destinatario» (Calsamiglia, 1993: 338).

¹⁰⁴ Sostiene este planteamiento, p. ej., Moreno Antón, que como configura la eutanasia como un derecho a morir, lo restringe a los mayores de edad y sujetos con plena capacidad, reforzando su carácter de «acto personalismo, cuyo consentimiento libre y serio no permite sustitución o suplencia»; por eso, en el caso de pérdida de consciencia de las facultades autónomas como consecuencia de la enfermedad, en la misma, «no (se) traslada la posibilidad de solicitar la ayuda a los familiares o representantes legales, en cuyas manos en ningún caso debe ponerse una decisión de tal calibre que podría obedecer a razones espúreas y encubrir una conducta homicida por su parte» (Moreno Antón, 2004: 78).

¹⁰⁵ Sucedió en Oregón con Kate Cheney al no ser obligatorio para la DWDA el peritaje psiquiátrico público. Kate era una anciana que padecía un tumor inoperable y una demencia incipiente. Su médico se negó a la asistencia al suicidio. Acudió a un segundo doctor que la envió al psiquiatra, y no le pareció que la mujer deseara explícitamente el suicidio, pero sí que tenía dificultades de memoria a corto plazo, por lo que también el segundo médico se negó a extender la prescripción letal dada la demencia de la mujer y la presión que ejercía su hija para que se suicidara. A Kate la solución le pareció bien, pero a su hija no y se solicitó segunda opinión psicológica que sí permitió su suicidio conforme a la Ley de Oregón, aunque se hizo constar en su historia clínica que podía estar influida por los deseos de su familia y por las presiones de su hija.

blemente llevarían a un sujeto a solicitar la eutanasia, propongo lo siguiente: fortalecer en estas ocasiones el argumento paternalista¹⁰⁶ a favor del bien del sujeto pero tratando de armonizar la contracción entre autonomía y paternalismo a pesar de tratarse de pacientes objetiva y definitivamente incompetentes. Y me explico: igual que las personas menores e incapaces ordenan su voluntad a través de una «representación legal» sobre decisiones favorables al inconsciente¹⁰⁷, también debe jugar la representación¹⁰⁸ para favorecer la dignidad del definitivamente incapaz aquejado de una enfermedad objetivamente insoportable. Si bien en estos casos de eutanasia activa o pasiva y no-voluntaria: uno, debe reforzarse hasta el extremo los criterios públicos de control y supervisión previa de las decisiones del representante. Dos, se ha de partir de la presunción de que el paciente no tiene voluntad de morir, debiendo justificarse toda pretensión de eutanasia ante una comisión de expertos, conforme a los datos ofrecidos por dos equipos médicos públicos, uno de ellos, al menos, especialista, y todo ello revisado finalmente por un tribunal. Y tres, deberán imponerse sanciones penales y civiles duras para quienes incoen expedientes de eutanasia interesados, negligentes o que no respeten la presunción de contradicción de la voluntad¹⁰⁹.

En concreto la protección paternalista del bienestar del sujeto debe estar al servicio de lo que él hubiera decidido si hubiera podido pro-

¹⁰⁶ Ya se apuntaba en un cierto sentido esta línea paternalista en los casos de eutanasia involuntaria en Farrell, 1993: 115-119.

¹⁰⁷ Conforme al marco general de la «representación legal» de los arts. 162, 163 CC; limitado negativamente por los casos de temporalidad de la inconsciencia, que aboca la suplencia del consentimiento (art. 10 Ley Gral. Sanidad/1986), y respecto de los que, obviamente, ya no cabría la representación plena frente a la eutanasia (vid comp. al respecto en relación con la integridad física y moral, Díez-Picazo, 2002: 12).

¹⁰⁸ En este punto, la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente establece en relación con los «límites del consentimiento informado y consentimiento por representación» que: (art. 9.3) «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos».

¹⁰⁹ Planteamiento que recomienda concretar y agravar el artículo 9.5 de la Ley 41/2002 –«(l)a prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario»– y explicitar y endurecer las consecuencias penales y civiles de una práctica inadecuada de la eutanasia involuntaria sea directa o indirecta. –Sobre la necesidad de reforzar las condiciones frente a solicitudes espurias o interesadas de familiares y representantes, Dworkin, 1998: 82-83.

nunciarse al respecto¹¹⁰ –en línea con la propuesta de la «integridad» de Dworkin¹¹¹–. Por eso tiene naturaleza de «paternalismo débil». Paternalismo porque en caso de incompetencia básica y definitiva del sujeto se decide en interés del destinatario¹¹² sobre una presunción probable sobre sus opciones de bienestar y dignidad¹¹³. Pero «débil», porque no puede proyectarse sobre sujetos competentes¹¹⁴ –i.e. no cabe el paternalismo con los testigos de Jehová– o respecto de los que no quepa presumir que solicitarían la medida en cuestión.

En estos casos en que la excepción penal que justificaría la eutanasia reside en la objetividad del mal pero conforme a la valoración paternalista no estatal pero sí controlada por el Estado en relación con el interés subjetivo, los males sujetos a ponderación son los mismos, muerte frente a vida indigna, y la diferencia radica en las instancia de valoración del segundo mal, que pasa ocuparse por los representantes del sujeto –controlados y fiscalizados pública y judicialmente– que son quienes deben demostrar lo que el sujeto hubiera concebido como una vida buena. Sirviendo este mismo planteamiento respecto de la sedación para aliviar el dolor pero que tiene como efecto acortar la

¹¹⁰ Propuesta que recoge las condiciones que destacó el Tribunal Supremo alemán en una representativa sentencia (*NJW/1995*) de eutanasia pasiva de paciente incompetente, y que estructura de forma similar a los tribunales norteamericanos, para destacar que se atenderá a la voluntad presunta «construida sobre manifestaciones orales o escritas, sus convicciones religiosas y el resto de sus valores personales, su expectativa de vida según su edad y el padecimiento de dolores». Y, si conforme a estos datos no es posible reconstruir una presunción de voluntad se decidirá teniendo en cuenta que «cuanto menos pueda esperarse la restauración de una vida digna..., y cuanto más inmediato vaya a ser el padecimiento, más defendible será la interrupción del tratamiento» (*NJW/1995*: 205) –comp., Tomás-Valiente, 1999: 522-525; Roxin, 2001: 18-20.

¹¹¹ Como reconstrucción de la voluntad eutanásica sobre los datos conocidos de la vida consciente del sujeto (comp. Calsamiglia, 1993: 346).

¹¹² Interesa Garzón Valdés, 1988: 164 ss.; y Dieterlen, 1988: 188-189 sobre la dificultad para concretar los criterios de incompetencia básica.

¹¹³ Y es que, el deber general del Estado de proteger activamente la vida de sus súbditos también incluye «la responsabilidad obvia y general del Estado con el bienestar de sus ciudadanos, pero no ofrece ninguna razón para preservar la vida de alguien cuando su bienestar se promovería mejor si se le permite morir con dignidad» (Dworkin, 1999: 85). Aunque insistiendo en la advertencia previa de que lo que importa es la valoración de la presunción de lo que habría deseado el individuo y no la adecuación a *standars* objetivos de calidad de vida (*vid supra*).

¹¹⁴ En este marco, la controvertida STC 120/1990 manejaría un paternalismo «confusamente fuerte» al encontrar en la relación especial entre el Estado y el preso la excusa para saltarse el respeto de la decisión de sujetos capaces de voluntad autónoma. Así, y en una línea más cercana a la que aquí se propone, los Magistrados disidentes a esa STC 120/1990 argumentaban en sus votos particulares que cuando no están en juego derechos de terceros, no se puede afirmar que el Estado debe proteger a toda costa la vida de personas plenamente capaces. Objeta adecuadamente el planteamiento Atienza descubriendo sus contradicciones y una forma de paternalismo fuerte que trata de beneficiar al individuo aun contra su voluntad explícita y/o presunta (*vid. infra*), en Atienza, 1993: 88 ss.

vida del sujeto¹¹⁵ si constan los controles sobre su pertinencia y objetiva recomendabilidad. Por ello la puerta de la eutanasia no-voluntaria debe abrirse. Pero solo debe abrirse en casos extremos que produzcan lo que el individuo, de ser capaz de voluntad, habría considerado una degeneración irreversible e inaceptable respecto de sí mismo y su plan de vida¹¹⁶.

20. *¿Homicidio excepcional, homicidio por compasión, «kill mercy» o la doctrina del «dedo en la llaga»?* Yo creo que la muerte se produce en malas circunstancias cuando se da, porque se da. Aunque sé que cualquiera, con la cabeza muy alta y legítimamente, puede rebatirme esto con distintos argumentos, expiación de la culpa, acercamiento a un destino, etc. Tal es la virtud del marco político-liberal y que reconoce el derecho individual a perseguir una concepción propia del bien y de la vida.

Pero también creo que con la eutanasia nos afrenta un «caso límite» que debilita los recursos políticos, jurídicos y morales con razones que oscilan entre lo esencial, lo etéreo y lo intangible. Esto obliga a deambular tras una quimera de bien o de justicia para alumbrar algo que me temo que no hay y que siempre se propone a la imaginación como lo verdadero sin serlo. Por eso me parece que, a lo sumo, el mejor montaje será el que demuestre mayor adecuación de las soluciones a las necesidades sociales existentes y con respeto a los derechos.

Tan pragmática y modesta solución reclama sin embargo una exigente condición de permanente movimiento circular de *regressus* a los principios –básicamente los que se concretan a través del armazón especulativo e institucional democrático– y de *progressus* a las consecuencias¹¹⁷ –de la materialización normativa establecida–. Se partirá de la inexcusable necesidad de que el Estado se legitime en su función básica de proteger la vida de los individuos y de fomentar su bienestar, apartándose así de cualquier permisión o sanción de muerte por más que sean repugnantes los hechos y situaciones que corresponda enjuiciar. Pero, a la par, y con el mismo criterio, se reconocerá la trascendencia jurídica del sufrimiento y la indignidad que crucifican de forma irreversible y objetiva la vida de ciertos enfermos. Por eso se aceptará excepcionalmente en la ley penal, esto es, se excepcionará la antijuridicidad del tipo de homicidio a petición y colaboración al suicidio – que es el contexto de tipificación que el 143 CP ofrece a los supuestos de eutanasia activa–, conforme al eximente de responsabilidad penal por estado de necesidad respecto de la acción u omisión médica que busca la muerte del individuo que lo solicita libremente al valorar como irreparablemente indigna y frustrante su vida.

¹¹⁵ En este sentido, Gimbernat, 2008.

¹¹⁶ En la misma línea, Calsamiglia, 1993: 357-358.

¹¹⁷ Sobre el binomio principios-consecuencias y complementariamente, Bueno, 1996: 227-229.

Pero, insisto, la aceptabilidad de la eutanasia se reduce a los casos de la «eutanasia por compasión»¹¹⁸ en que se pruebe el conflicto entre el mal de la muerte y la indignidad que para el enfermo acarrea su vida, y entre ellas se sopesa que el segundo es mayor que el primero. Por lo que los elementos objetivo, de enfermedad, y subjetivo, de voluntad, son irrebasables, lo que aleja de la justificación excepcional cualquier forma de utilitarismo o paternalismo moral¹¹⁹. Salvo en los supuestos de eutanasia no-voluntaria en el que el recorrido cambia y un argumento paternalista débil trata de salvar el bienestar y la voluntad presunta del que sufre sin poder solicitar o ejecutar la salida de ese sufrimiento. Y respecto de ambos recorridos lo que importa es construir barreras seguras frente a la pendiente resbaladiza que corona la inculpabilidad eutanásica, lo que exige concretar el más riguroso y adecuado sistema legal, judicial, médico, administrativo de control «*a priori*» de las circunstancias en las que se desarrollan todas las modalidades de eutanasia.

Planteamiento éste en su conjunto que recomienda contemplar críticamente un hipotético derecho del médico a la objeción de conciencia tanto en la eutanasia pasiva como en la activa¹²⁰.

En efecto. Al insistir en la idea de la dignidad como elemento esencial del derecho a la vida y no en la autonomía de la voluntad en bruto ni en un hipotético derecho a morir es complicado justificar un derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario. Y es que, además del planteamiento restrictivo hacia el que el TC ha evolucionado –en este sentido y complementariamente, Maceiras Rodríguez, 2008: 2-ss.–, desaparece el conflicto con el deber del médico de proteger la vida en tanto la decisión del paciente supone un ejercicio y desarrollo del mismo. Además de que aceptar un genérico derecho a objetar una eutanasia objetivamente sustentada sobre el caso concreto no solo aboca la difícil situación de trasladar enfermos de un médico a otro en el último momento, práctica poco recomendable (ídem: 140), también anima la aparición de una clase sanitaria particular, los «proeutánasicos», posible y/o tendencialmente más dispuestos a rebajar el peso de las objeciones generales y las caso por caso de la práctica eutanásica¹²¹.

¹¹⁸ En este mismo sentido, Conte, 2004: 74 ss.

¹¹⁹ Comp. sobre la imposibilidad de justificar la eutanasia en términos benevolentes y paternalistas, Tomás-Valiente Lanuza, 1999: 32 ss.

¹²⁰ Pues el médico se obliga con el paciente y con su dignidad en virtud del deber estatal, y que para objetar la práctica en conciencia de una eutanasia bien justificada tiene que demostrar y probar en el marco del ordenamiento jurídico no su disgusto, desaprobación o escrúpulos con la práctica, porque éstos carecen de peso, sino sus razones fuertes para no intervenir en la protección de la dignidad de la persona (Pabst Battin, 1999: 139-140).

¹²¹ En contra, pero en parte dando sentido a esta crítica a la aceptación de un derecho médico a la objeción, Farrell, para quien el derecho de una persona a solicitar la eutanasia no se vincula a la obligación concreta de cada médico particular, que podrá objetar por convicciones morales o religiosas, sino a una obligación de «la

Por todo ello y concretando. Si se entiende que el derecho de objeción de conciencia en el ámbito sanitario es un derecho constitucional autónomo que precisa desarrollo por ley –10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, SSTs 1877/2009 y 4279/2009 en relación con, y desarrollo de, SSTC 160, 161/1985 (vid. comp. Jericó Ojer, 2007: 120 ss.)–, y frente al reclamo de reconocimiento de tal derecho a la objeción de conciencia médica a la eutanasia, aquí se propone un planteamiento crítico y restrictivo. Primero, por coherencia con un reconocimiento amplio del derecho a la vida como dignidad. Segundo, porque la práctica de la eutanasia activa depende y se consolida sobre la constatación de la existencia de una causa objetiva de sufrimiento respecto de la que el Estado debe mantener su posición de garante de la dignidad y el bienestar. Tercero, porque si tiene poco sentido aceptar la objeción de conciencia a la eutanasia pasiva voluntaria y consciente, lo mismo vale si se cumplen objetivamente las condiciones respecto de la eutanasia activa¹²². Y cuarto, porque la admisión general de la objeción de conciencia podría conducir a una merma de la neutralidad de las decisiones y de la comprobación de la objetividad de las condiciones

21. *Dignidad, fines, razón práctica y final.* Cierro con los créditos y descritos de los que inicialmente advertía: 1) existen situaciones en las que confluyen un elemento objetivo y subjetivo que convierten al homicidio a petición del enfermo en moral y penalmente irreprochable aunque por razones distintas a las que justifican la no sanción del suicidio. 2) No hay argumentos relevantes para establecer un distinto trato penal para la eutanasia activa –acción– y la pasiva –omisión– cuando ambas y por los mismos motivos conducen conscientemente a la muerte del paciente y la única diferencia práctica relevante es que el sufrimiento puede ser mayor en la eutana-

sociedad como un todo... Si un médico determinado rehúsa acceder a la solicitud del enfermo, es obvio que éste podría recurrir a otro facultativo cuyas convicciones morales fueran diferentes...» (Farrell, 1993: 113). Pero parte de otro problema radica en esta solución.

¹²² Tal es la consecuencia lógica de haber diluido las pretendidas diferencias esenciales y ontológicas entre la acción de adelantar la muerte y la omisión y sus acciones manipulativas, sedativas, etc. orientadas a dejar la vía libre a la enfermedad mortal.

Por eso, si entendemos, igual que la ley andaluza, que ningún médico puede estar por encima del paciente que decide morir por dejación de tratamiento o soporte vital debe rechazarse la objeción médica al proceso de la muerte en aquellos casos en que la enfermedad tiene una naturaleza no terminal o de amplia duración en el tiempo, como el cáncer deformante e incurable. Lo que es tanto como decir que quienes (p. ej., Beltrán Aguirre, 2010: 7) están de acuerdo con la ley andaluza de muerte digna y su no reconocimiento de la objeción médica de conciencia, pero a la par reclaman tal derecho en el caso de que se reconociese en España la eutanasia activa manejan un argumento débil, discriminatorio y esencialista: no aceptar la objeción si la enfermedad estrictamente es la que acaba con la vida, pero sí cuando se precisa una acción capaz de poner a salvo la dignidad de un paciente atrapado en una enfermedad no terminal.

sia pasiva. 3) El abordaje del problema de la eutanasia debe ser legal y no jurisdiccional, por más que deba ser sensible a una permanente concreción de los pormenores de la regulación a través de las líneas jurisprudenciales que sucesivamente se vayan estableciendo, actualizando a tiempo y derecho constante una praxis a su vez constitutiva de la normación legal en una dinámica circular enriquecedora del ordenamiento jurídico. 4) Y lo que debe promoverse es tipificación que recoja la excepción de inculpabilidad de estado de necesidad y legítima defensa. 5) El argumento nuclear de esta excepción de culpabilidad no es la voluntad sino la irreversibilidad de la situación terminal y/o dramática. 6) Al no ser la voluntad el argumento de inculpabilidad se posibilita ampliar la excepción de estado de necesidad a ciertos supuestos de eutanasia no-voluntaria en que se da el elemento objetivo del mal y conforme a un planteamiento paternalista débil. 7) Cualquier política de apertura –sea de máximos o de mínimos– a la eutanasia debe contar con la prueba de que el Estado en cuestión participa de un alto nivel científico médico en comparación con los países más desarrollados, y que cumple con un deber de impulsar la investigación médica y de extender en términos máximos y de igualdad todos los recursos sanitarios, tratamientos y medidas quirúrgicas y una política de cuidados paliativos de alto nivel. Pues, en caso contrario, los argumentos en favor de la eutanasia ceden, y lo que se refuerza es la exigencia para que el Estado responda por su responsabilidad en el inadecuado tratamiento de la enfermedad de sus ciudadanos. Por eso tiene dudosa justificación el suicidio asistido de enfermos terminales del Estado de Oregón al carecer de un sistema de salud universal que ponga al servicio de todos los tratamientos necesarios y los pertinentes cuidados paliativos que garanticen que la motivación eutanásica no descansa en razones económicas, de carga, o superables. 8) La legalización de la eutanasia a partir de un «derecho a morir» es imposible, porque éste no existe. 9) El argumento del carácter supremo de la vida y su correlativo deber estatal garante es básico, pero no para rechazar la eutanasia, sino precisamente para lo contrario, para justificar, aunque excepcionalmente, la exención de antijuridicidad de su práctica.

Al final, pero éste de otro tipo. Cuando los límites y garantías se cumplen, la eutanasia activa y pasiva se convierten en prácticas moralmente admisibles que merecen adecuado trato constitucional-legislativo y jurisdiccional. Porque nada justifica diluir el misticismo del proyecto vital de la persona por creer que su vida se extingue en la nada con la muerte desapareciendo sus marcas de identidad específicas y trabajadas a lo largo de toda una vida para retitularse como un terreno o cenizo cadáver. Diversamente, el respeto por la individualidad debe permitir a la persona transitar por toda su biografía, hasta donde vaya o llegue, pero configurando por derecho su plan de vida buena y digna y manteniéndolo a pesar del hecho bruto de la muerte. Porque «aunque la vida ya no le pertenezca, la muerte es propiedad de quien

muere» (Trimalción; *Satiricón*, cap. 34). Y porque de su dignidad, libertad y autonomía el enfermo es el único propietario. Esto recomienda un máximo de sensibilidad y de escrúpulo frente a los comatosos o paralizantes estadios a los que estamos dispuestos a someter al individuo, y, también, una perspectiva gradual para la que la eutanasia no implica muerte, sino configuración del derecho a la vida a través de una graduación del sufrimiento ante un hecho para todos inexorable¹²³ y que solo puede reconciliar con su identidad quien muere.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO ÁLAMO, M., «La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal». *Aspectos Médicos y Jurídicos del Dolor, La Enfermedad Terminal y la Eutanasia*, Lilly-Unión Editorial, 2008.
- ANTONOWICZ, G., *Euthanasie, L'Alternative Judiciare*, París, Edt. Harmattan, 2004.
- ARANGO DURLING, V., «Los eximentes de responsabilidad penal. Especial consideración al Código Penal del 2007», www.up.ac.pa/ftp/f_derecho/CIJNVO/RVcij, 2008.
- ATIENZA, M., *Tras la Justicia*, Barcelona, Ariel, 1993.
- BACIGALUPO, E., «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, en *Poder Judicial*», Núm. XII, 1990.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «Testigo de Jehová y transfusión de sangre», <http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:3k3eJJT8vcIJ:www.eutanasia.ws/hemeroteca/z32.pdf+TESTIGO+DE+JEHOVA+Y+TRANSFUSION+DE+SANGRE+miguel+bajo&hl=es&gl=es>, 1995.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa: un Estudio sobre las «Situaciones de Necesidad»*, Barcelona, Bosch, 1994.
- BARBERO GUTIÉRREZ, J.; ROMEO CASABONA, C.; GIJÓN, P.; JÚDEZ, J., «Limitación del esfuerzo terapéutico», *Bioética para clínicos*, 24-07-2001.
- BAYÉS, R., «Eutanasia: un dilema médico, ético y jurídico», *Cardiología Práctica*, 14 (1), 2005.
- BEAUCHAMP, T.L., CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- BEAUCHAMP, T; DAVIDSON, A., «The definition of euthanasia», *The Journal of Medicine and Philosophy*, núm. 4, 1979.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «El derecho de las personas a una muerte digna», *Aranzadi*, 5/2010. 2010.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Eutanasia», *Bib.* 1999/98, *Aranzadi*, 1998.
- BLANCO, L., *Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1997.
- BREIBART, W., «Depression, hopelessness and desire for hastened death in terminally ill patients with cancer», *Annales International Medicine*, núm. 284, 2000.

¹²³ Véase en esta línea y complementariamente, Peña; Ausín, 1998: 23-28.

- BRANDT, R., «A moral principle about killing», *Beneficent Euthanasia*, New York, Prometheus, Buffalo, 1975.
- BUENO, G., *El Sentido de la Vida*, Oviedo, Pentalfa, 1996.
- BURG, W. VAN DER., «The slippery slope argument», *Ethics*, núm. 102, 1991.
- CARBONELL MATEU, J.C., «Constitución, suicidio y eutanasia», *Cuadernos Jurídicos*, núm. 10, julio-agosto, 1993.
- CARBONELL MATEU, J.C. CAR., «Suicidio y eutanasia», http://www.google.es/search?sourceid=navclient&hl=es&ie=UTF-8&rlz=1T4ADBR_esES211ES211&q=carbonell+mateu+suicidio+y+eutanasia
- CALSAMIGLIA, A., «Sobre la eutanasia», *Doxa*/14, 1993.
- CALLAHAN D., «Distinciones vitales, cuestiones mortales», Buenos Aires, *Criterio*, núm. 257, 1989.
- CHARLESWORTH, M., *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- CIMBALO, G., *Eutanasia: Riflessioni etiche, storiche e comparatistiche. Una Legislazione possibile*, Torino, Giappichelli, 2002.
- «Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Dinamarca, Olanda e Belgio», *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Vol. 1, Torino, Giappichelli, 2003.
- COBO DEL ROSAL, M.; CARBONELL, J.C., «Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*/1987.
- CONTE, A., *Eutanasia. Problemi di Bioetica e Principi Giuridici*, Milano, Aracne, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos (Libro Homenaje al Prof. Dt. D. Ángel Torío López)*, Granada, Comares, 1999.
- DIETERLEN, P., «Paternalismo y Estado de Bienestar», *Doxa*/5, 1988.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «Derecho a la vida y a la integridad física y moral», *Bib. Aranzadi*, 2002/80.
- DOPICO, J., «La Eutanasia pasiva es un derecho», *Público*, 13-06-2008.
- DÖLLING, D., «Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe», *Medical Review*, núm. 6, 1986.
- DWORKIN, G., «Physian-Assisted death: the state of debate», *Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1978.
- «The right to death», *The New York Review of Books*, núm. 31, 1991.
- *El Dominio de la Vida. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual*, Barcelona, Ariel, 1994.
- «Do we have a right to die?», *Last Rights. Assisted Suicide and Euthanasia Debated*, Washington, Ethics and Public Policy Center, 1999.
- EMANUEL, E.J., «Euthanasia. Historical, ethical and empiric perspectives», *Archives of Internal Medicine*, núm. 154, 1994.
- ESER, A., «Entre la santidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 37, 1994.
- «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», *Nuevo Foro Penal*, núm. 30, 1985.

- FARRELL, M.D., «La justificación de la pena en los casos de eutanasia: un análisis ético», *Doctrina Penal*, núm. 21, 1983.
- *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Edt Abeledo Perrot, 1993.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Dignidad humana y eutanasia», *Problemas de la eutanasia*, Madrid, Dykinson, 1999.
- FERNÁNDEZ OUBINA, A., «Suicidio y eutanasia en el Código Penal», *Economist & Jurist*, Vol. 13, núm. 90, 2005.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., «El derecho a una muerte digna», *Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, Vol. I*, Madrid, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 1992.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A., «Del suicidio», *Catoblepas*, núm. 9, 2002.
- FLORES D'ARCAIS, P., «Once tesis contra Habermas», *Claves*, 179, 2008.
- FOOT, Ph., «Euthanasia», *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 6, núm. 2, 1977.
- GARCÍA MARCOS, J.A., «Psiquiatría y "eutanasia" en la Alemania nazi», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 120, 2002.
- GARCÍA RIVAS, N., «Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia», *Homenaje al Dr. Marino Barbero*, Salamanca-Cuenca, Universidad de Salamanca, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, E., «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa/3*, 1987.
- «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa/5*, 1988.
- GASCÓN ABELLAN, M., «Problemas de la eutanasia», *Sistema*, 106, 1993.
- GASCÓN ABELLÁN, M; DE LORA, P., *Bioética. Principios, Desafíos, Debates*, Madrid, Alianza, 2008.
- GHERARDI C., «Reflexiones sobre los dilemas bioéticos en Terapia Intensiva», *Terapia Intensiva*, Madrid, Médica Panamericana, 2000.
- «La muerte intervenida: desde la muerte cerebral hasta la abstención y/o retiro del soporte vital», *Medicina (Buenos Aires)*, núm. 62, 2002.
- «Eutanasia. Propuesta para una definición restrictiva», *Bioética y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.
- GIMBERNAT, E., «Eutanasia y Derecho Penal», *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990.
- «Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, Madrid, Fac. Dcho. Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio del Interior, 1995.
- «El problema jurídico de la muerte y el dolor», *La Insignia*, 20 de junio de 2005.
- «Comete delito el médico que deja morir a un paciente con dolor», *El País*, 2 de febrero de 2008.
- GÓMEZ SANCHO, F., *Morir con Dignidad*, Madrid, Arán Ediciones, 2005.
- GRACIA, D., «La eutanasia y sus alternativas», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 152, 2005.
- HALL, M.A.; ELLMAN, I.M.; STROUSE, D.S., *Health Care law and Ethics*, Edt. West Group, 1999.
- HARRIS, J., *The Value of Life. Introduction to Medical Ethics*, London, Routledge, 1985.
- HODELIN TABLADA, R., «Pacientes en estado vegetativo persistente, ¿vivos o muertos? Reflexiones bioéticas actuales», *IV C.M.B.*, SIBI, 2005.

- JAKOBS, G., «Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem», *Öffentlicher Vortrag. Bayerische Akademie der Wissenschaften*, Vol. 2, 1998.
- *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- JERICÓ OJER, L., *El Conflicto de Conciencia ante el Derecho Penal*, Madrid, La Ley, 2007.
- JONAS H., *Técnica, medicina y ética*, Buenos Aires, Paidós, 1997.
- JORGE BARREIRO, A., «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», *CPC*, núm. 16, 1982.
- KAUFMANN, A., «Relativización de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 31, 1987.
- KUHSE, E., «Voluntary euthanasia and other medical end-of-life decision: morality and public policy», *I C.M.B.*, SIBI, 2000.
- KÜNG, H., JENS, W., *Morir con Dignidad. Un Alegato a Favor de la Responsabilidad*, Madrid, Trotta, 1997.
- LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político (IV)*, Madrid, Tecnos, 1984.
- MACEIRAS RODRÍGUEZ, P.M., «La objeción de conciencia en relación con tratamientos e intervenciones médicas», *Bib. 2008/1310*, Aranzadi, 2008.
- MACKLIN, R., «Consentimiento, coerción y conflicto de derechos», *Decisiones de Vida y Muerte*, Sudamericana, 1995.
- MANTOVANI, F., «Sobre el problema jurídico del suicidio», *Eutanasia y Suicidio*, Granada, Comares, 2001 a.
- «Sobre el problema jurídico de la eutanasia», *Eutanasia y Suicidio*, Granada, Comares, 2001 b.
- MARCOS DEL CANO, A.M., «Legislación eutanásica y realidad social: la experiencia del Holanda», *Problemas de la Eutanasia*, Madrid, Dykinson, 1999.
- MEISNEL, A., *The Right to Die*, New York, Wiley Law Publications, 1989.
- MÉNDEZ BAIGES, V., *Sobre Morir. Eutanasia, Derechos, Razones*, Madrid, Trotta, 2002.
- MIR PUIG, S., «Problemas de estado de necesidad en el artículo 8.7.º del Código penal», *Estudios Jurídicos en Homenaje del Profesor Octavio Pérez-Vitoria, Vol. I*, Barcelona, Bosch, 1983.
- MORA MOLINA, J.J., «Despenalización de la eutanasia en los países bajos. El proyecto de ley Korthals/Borst», *Derechos y Libertades*, núm. 11, 2002.
- MORENO ANTÓN, M., «Elección de la propia muerte y Derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir», *Derecho y Salud*, Vol. 12, núm. 1, 2004.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *Eutanasia y Derecho Penal*, Madrid, Edt. Ministerio de Justicia e Interior, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F.J., «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 40, 1987.
- MIRANDA MONTECINOS, A., «El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico», *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 35, núm. 3, 2008.
- OGILVIE, A.D.; POTTS, S.G., «Assisted suicide for depression: the slippery slope in action», *British Medical Journal*, núm. 309, 1994.
- OLLERO TASSARA, A., *Bioderecho: Entre la Vida y la Muerte*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006 a.
- «Eutanasia, moral y Derecho», *Arvo Net*, 05-06-2006, 2006 b.

- OLMEDO CARDENETE, M., «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», *Eutanasia y Suicidio*, Granada, Comares, 2001.
- OTLOWSKI, M. F.A., *Voluntary Euthanasia and the Common Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- PEÑA, L. AUSÍN, F. J., «Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o cortar la muerte?», *AFD*, Vol. XV, 1998.
- PABST BATTIN, M., «Ethical Issues in Physician-Assisted Suicide», *Last Rights. Assisted Suicide and Euthanasia Debated*, Washington, Ethics and Public Policy Center, 1999.
- PAREJO GUZMÁN, M.J., *La Eutanasia ¿Un Derecho?* Madrid, Thomson-Aranzadi, 2005.
- PÉREZ SÁNCHEZ, E., «La eutanasia voluntaria activa», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 74, 1997.
- 2005, «Algunos problemas éticos al final de la vida», *IV C.M.B.*, SIBI.
- PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- PULIDO QUECEDO, M., «Eutanasia y ayuda al suicidio», *Bib.* 2002/624, Aranzadi, 2002.
- RACHELS, J., «Active and passive euthanasia», *New England Journal of Medicine*, núm. 292, 1975.
- «Euthanasia», *Matters of Live and Death*, London, Random House, 1978.
- *The End of Live: Euthanasia and Morality*, Oxford, Oxford UniVid., Press, 1986.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y Derechos Fundamentales*, CEPC. 2008 a.
- «El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España», *Aspectos Médicos y Jurídicos del Dolor, La Enfermedad Terminal y la Eutanasia*. Lilly - Unión Editorial, 2008 b.
- RODRÍGUEZ ALMADA, H., El tratamiento penal de la eutanasia en la república oriental del Uruguay. *Actas VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, Fundación Mapfre. 1999.
- ROLDÁN BARBERO, H., «Estado de necesidad y colisión de intereses». *CPC*. núm. 20. 1983.
- ROMEO CASABONA, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, Madrid, CE Ramón Areces, 1994.
- ROXIN, C., «Die Mitwirkung beim Suizid- ein Tötungsdelikt?» *Festschrift für Eduard Dreher zum 70*. Berlin. Gruyter. 1977.
- «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia». *Eutanasia y Suicidio*. Granada. Comares, 2001.
- RUIZ MIGUEL, A., «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993 a.
- «La eutanasia: algunas complicaciones», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, núm. 13, 1993 b.
- SANZ MORÁN, A. «La eutanasia: algunas consideraciones de política legislativa». *Aspectos Médicos y Jurídicos del Dolor, La Enfermedad Terminal y la Eutanasia*. Lilly, Unión Editorial. 2008.
- SCHAUER, F., «Slippery Slopes», *Harvard Law Review*, núm. 99, 1985.

- SCHÖCH, H., «Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen», Zuegleich eine Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 13-9-1994, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, H. 4. 1995.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I.J., «Eutanasia y consentimiento en el anteproyecto de nuevo Código Penal», *La Ley/1992-3*. 1992.
- SHAPIRA, A., «Not treating and treating to hasten death: two sides of the same coin». *I C.M.B. SIBI*. 2000.
- SHAPIRO, M.H.; SPECE, JR, R.G.; DRESSER, R.; WRIGHT CLAYTON, E., «Defining death». *Bioethics and Law. Cases, Materials, and Problems*, Madrid, West-Thomson, 2003.
- SHEWMON, D.A., «Active voluntary euthanasia: Opening Pandora's Box», *Last Rights. Assisted Suicide and Euthanasia Debated*, Washington, Ethics and Public Policy Center, 1999.
- SINGER, P., *Ética Práctica*. Barcelona. Ariel. 1984.
- SUÁREZ LLANOS, L., «El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista», *AFD*, Vol. XXII, 2005.
- «El sueño de la codificación y el despertar del Derecho», *Doxa/29*, 2006.
- *La Ley Desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*. Madrid, Dykinson, 2007.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Disponibilidad de la Propia Vida en el Derecho Penal*, Madrid, CEPC, 1999.
- *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el Nuevo C.P. (Art. 143)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- «La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales», *Cuadernos y Debates*, núm. 151, 2003.
- VALLE MUÑIZ, J.M., «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 37, 1989.
- «La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia», *Derecho en General/30-12*, 2007.
- VEGA GUTIÉRREZ, J., «La práctica del suicidio asistido en Oregón y la pendiente resbaladiza», *Cuadernos de Bioética*, núm. XVIII, 2003.
- YOUNGER, S. J., «The definition of death», *Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada/1987*.
- JpD., «JpD pide el debate social y la reforma del marco jurídico de la eutanasia», *JpD*, 44, 2007.
- VVAA., *Eutanasia. Algunas Distinciones*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, Platts M. (comp.), 1997.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 08/10/2011.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BERNUZ BENEITEZ, María José y SUSÍN BETRÁN, Raúl
(coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas,*
Universidad de Zaragoza, Universidad de La Rioja, Comares,
Granada, 2010, 270 pp.

Es sencillo constatar que el mundo, y por extensión las realidades jurídicas, están inmersas en un amplio proceso de cambio, pero resulta más difícil caracterizar y tratar de concretar algunos de esos cambios y sus alternativas. El citado volumen busca dimensionar estas transformaciones en ámbitos jurídicos y sociales como los relativos al control penal, a la seguridad, al Estado o al trabajo. Así, la obra se sitúa en las líneas de investigación que sus autores han explorado durante los últimos años en cuanto al modo en que muchas nociones jurídicas centrales en la modernidad han encontrado nuevos contextos de tensión, definición y funcionamiento.

Los artículos que componen la obra, efectivamente heterogéneos en sus objetos de estudio y perspectivas, se corresponden con la textura abierta que adquiere el presente, así como con el método de poner en relación sus líneas generales de transformación con los cambios y re combinaciones concretas que se producen en cada campo. En este sentido, casi todas las aportaciones comparten una preocupación por el presente que organiza su investigación como una actividad crítica pero que dibuja, a partir del análisis de sus condiciones de posibilidad, ciertas líneas de transformación del campo.

Ello resulta fundamental si se considera que los autores reunidos en el volumen son conscientes de las múltiples dificultades de regulación y funcionamiento de estos ámbitos desde criterios de democracia, seguridad e igualdad. De hecho, los distintos análisis se sitúan, en versiones más o menos explícitas, en el interior de un contexto que supone una ruptura respecto a realidades jurídicas asentadas en el marco sociojurídico de la organización fordista de la producción y la regulación keynesiana-*welfarista*, donde las nociones anteriores no desaparecen por completo, pero sí pasan a funcionar de un modo distinto, reorientadas o híbridadas con otras nuevas. Algo que tratan de concretar respecto a los movimientos migratorios, los cambios en la organización y composición del trabajo, la evolución del Estado-nación, de las nociones de ciudadanía y soberanía, entre otras.

En particular, la primera parte, resulta bastante homogénea en la preocupación acerca de la función que los movimientos de expansión del control penal, sobre todo en torno a los discursos del *derecho penal del enemigo*,

están teniendo como vía de gestión de determinados grupos definidos como peligrosos, pero también, en último término, de las incertidumbres que atraviesan un presente abierto; con el efecto que ello pueda tener sobre la dogmática penal y las estrategias de control y corrección modernas, que tienden a verse invadidas por enfoques excepcionalistas, antes residuales y ahora devenidos normales en muchos aspectos.

En el artículo de David San Martín Segura (*El poder entre la economía y el exceso. Prevención, precaución y formas jurídicas*) existe una preocupación por situar el riesgo en su papel productivo dentro de la racionalidad de gobierno liberal a partir del enfoque de Michel Foucault y de su colaborador François Ewald. En este sentido, y con el último, señala la bifurcación de las estrategias contemporáneas de gobierno del riesgo en dos polos de oscilación: el de la prevención de los eventos dañosos y el de la precaución respecto a los peligros identificados en las poblaciones excedentarias (pp. 20-21).

Dentro del contexto de análisis de este libro, la cuestión sería que los enfoques de riesgo devienen también hegemónicos respecto a las estrategias de control penal, donde el control de las poblaciones y la precaución respecto a determinados perfiles peligrosos desplaza al binomio que, con tensión, había dominado las formas modernas de control penal, a partir del individualismo de la responsabilidad propio del derecho penal ilustrado y la ambición correctiva o resocializadora de los enfoques disciplinarios acerca de la peligrosidad (pp. 29-31). En particular, es en el interior de los discursos de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo, donde San Martín advierte una combinación eficaz de ambos polos de la gestión contemporánea de los riesgos en el control penal.

El artículo de Ana Isabel Pérez Cepeda, «*El vigente y autoritario derecho penal del enemigo*», asume como su objeto principal la labor de análisis y crítica del discurso del *derecho penal del enemigo* y de su impacto sobre ciertas políticas criminales en Estados Unidos y España. En el caso estadounidense, concreta estos desplazamientos discursivos en el «derecho penal bélico», extendido tras la convulsión del 11-S en 2001 y sustanciado en una cierta normalización de las estrategias penales excepcionalistas (pp. 50-57). En el español, destaca el reflejo que estos discursos han tenido en la aproximación de ciertas categorías de infractores a la noción de enemigo y la consolidación así de un «derecho penal de peligrosidad», en que proliferan las medidas de seguridad y predelictuales en función de la peligrosidad con que se defina a estos sujetos (pp. 60-74).

A la luz de estas derivas, Pérez Cepeda cuestiona, entre otros, el argumento de los defensores de estos enfoques penales a propósito de la dificultad de limitar razonablemente la inscripción en este estatuto de enemigo y, por tanto, el riesgo de que estos *modos de razonar* penales se generalicen hasta poner en crisis la dogmática penal y las garantías jurídico-penales propias del Estado Social y Democrático de Derecho. Por ello propone la erradicación de estos mecanismos de los actuales sistemas penales a fin de poder elaborar políticas criminales que sean capaces de afectar a las causas sociales del delito (pp. 50-51).

Con un interés afín, Agustina Iglesias Skulj, en «*El derecho penal del enemigo y el riesgo de contaminación. Aproximaciones a otras epistemologías para pensar las mutaciones de la soberanía*», sitúa el éxito de estos discursos del derecho penal del enemigo en la crisis de legitimidad y de capacidad de las situaciones de gobierno contemporáneas, en especial de la noción de soberanía (pp. 86-87, 93-94). En este contexto, un derecho penal del enemigo con características de flexibilidad y adaptación a las necesidades

de gobierno, una ley penal *just in time* (p. 89), se instituye como fuente de legitimidad y afirmación de equilibrios y nociones «anacrónicas», que operan en el presente como «repeticiones diferenciadas», en sentido deleuziano.

En esta situación, Iglesias Skulj distingue que el funcionamiento efectivo del derecho penal del enemigo no consigue crear un espacio de excepcionalidad formalizada (espacio de exclusión) que protegería la normalidad del «derecho penal de ciudadanos» (espacio de inclusión), sino que generaría una nueva situación en que ambos espacios se hibridarían, la excepcionalidad vendría normal, en la acepción de Agamben (p. 80), y las estrategias penales se desplazarían a través de técnicas de «inclusión diferenciada» y no de exclusión *tout court* (pp. 86-87).

José Ángel Brandariz García, en «*Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes*», concreta estos cambios generales de las estrategias de control penal, que ha tratado en trabajos previos, respecto a la categoría de migrantes, que identifica como un grupo sobre el que se ha hecho patente de forma muy clara el declive de los enfoques correctivos –resocializadores característicos del llamado «*welfarismo* penal». En este sentido, analiza el impacto que tiene la condición diferencial de migrante respecto a las distintas instancias del sistema penal: a la actividad policial de detección y detención (pp. 106-109), a la instancia jurisdiccional de adopción de medidas cautelares, alternativas y sentencias (pp. 110-113), y a la instancia penitenciaria y post-penitenciaria en cuanto al acceso a los medios de tratamiento y resocialización (pp. 114-119).

Dado que el abandono del *ethos* resocializador (25.2 CE) para este grupo se ha incorporado a las políticas de extranjería, el autor analiza este ámbito como un «laboratorio de ensayo de racionalidades posrehabilitadoras del sistema punitivo» (p. 121). Sin embargo, la concreción del señalamiento de los distintos obstáculos, formales e informales, para la articulación de un programa resocializador es la que permite diseñar hoy una regulación que virara hacia estos objetivos (pp. 122-124).

En la segunda parte del volumen («*Puesta en cuestión de algunas realidades y derechos*»), manteniendo con ciertas particularidades este marco de análisis respecto a unas sociedades en transición, se exploran algunas nuevas realidades jurídicas en el ámbito de la ciudadanía, las migraciones e integración cultural, la participación pública en las políticas de seguridad ciudadana, las nuevas actitudes hacia los derechos subjetivos y el desarrollo de formas alternativas de resolución de conflictos de índole penal.

En el trabajo que inicia esta segunda parte («*De la caducidad del Estado-nación y de la apertura de la categoría de ciudadanía*»), Raúl Susín Betrán parte del efecto que estos cambios, en particular las dinámicas de globalización, están teniendo sobre la tríada moderna Estado-Nación-Ciudadanía. En esta situación, aprovecha la oportunidad de avanzar en el diseño de una noción más compleja y plural de ciudadanía, capaz de articular la tensión entre la necesidad de reconocimiento de la diferencia y los particularismos, que permanecían oscurecidos en la homogeneidad de las identidades nacionales modernas, por un lado, y, por otro, la necesidad de avanzar en formas de «cosmopolitismo inclusivo» que superen los límites democráticos de los espacios locales y aun estatales en un contexto globalizado (pp. 137-141, 144-147).

Al igual que ocurría en el artículo anterior, el autor recuerda la conveniencia de pensar esta nueva complejidad en el realismo de la población migrante (p. 149), respecto a la que los Estados conservan una posición central en el reconocimiento de derechos y de ciudadanía (pp. 152-154) y las caracteriza-

ciones de la actual situación de crisis desde perspectivas de escasez y exclusión (pp. 154-155) impiden tomar «en serio» la tarea política de componer una ciudadanía pluralista (p. 156).

En su artículo, «*Identidad étnica, adolescencia y aculturación*», Joaquín Giró analiza el impacto de estos cambios, sobre todo de los procesos migratorios contemporáneos, sobre las dinámicas de formación de las identidades sociales. A este respecto, advierte tendencias de individualización pero también de movilidad de las etnicidades (pp. 162-166). Con apoyo en Eduardo Terrén, al que el artículo homenajea, indica que «la reificación y fijación de categorías étnicas proporciona al análisis de las relaciones étnicas una base conceptual, ciega al carácter multidimensional de la identificación social e insensible a la presencia frecuentemente lábil y fluctuante de la etnicidad» (p. 167).

Esta movilidad se observa con claridad en los adolescentes procedentes de grupos étnicos minoritarios, respecto a los que el autor destaca su capacidad de adaptación y producción de identidades híbridas, distante de la asimilación o la pérdida de identidad con que a menudo se definen estos procesos como de aculturación (pp. 168-171). Sin embargo, también advierte los peligros del rechazo existente hacia esas identidades híbridas en favor de las tradicionales, con frecuencia mitificadas, y las eventuales actitudes reactivas de aquellos adolescentes en relación a tal rechazo (pp. 173-174).

En este contexto de cambio, Sergio Pérez González («*Trabajo autónomo, individualización y posibilidades colectivas*») centra su atención en el análisis del ascenso y la posición central que el trabajo autónomo ocupa en la nueva organización postfordista de la producción. Con cierto retraso respecto a su emergencia efectiva, ello provocaría una formalización de esta renovada posición por parte de los ordenamientos europeos, del que el Estatuto del trabajador autónomo (Ley española 20/2007) constituye el ejemplo más cercano. Sin embargo, el autor analiza esta formalización, no como un reconocimiento de protecciones y derechos derivados de esta nueva realidad, sino como una consolidación de una nueva organización del trabajo más favorable a los intereses del capital (pp. 187, 201), si bien entiende que también puede suponer un primer paso en la caracterización común de condiciones de explotación que se encuentran muy dispersas en el presente (p. 202).

Ello dibuja una figura del trabajador autónomo que, en el presente, dista de la subjetividad liberada respecto al trabajo asalariado fordista al encontrarse en una situación de intensa hibridación entre su vida y su trabajo que, si bien es más susceptible de producir plusvalor, traslada los riesgos de la producción hacia el trabajador (pp. 192-193, 198-199), lo que le obliga a maximizar su capacidad de auto-regulación, que en definitiva se instituye como el principal dispositivo de gestión de riesgos en las actuales sociedades de control.

Ricardo Rodríguez Lalana («*Ciudadanía y derecho a la seguridad pública: la perspectiva de los actores sociales en Ciudad de México D.F.*») ha investigado la función que pueden cumplir las organizaciones ciudadanas autónomas en las labores de prevención del delito y mejora general de la seguridad ciudadana. En particular, lo hace en el contexto de aumento de la delincuencia y de la sensación de inseguridad en la capital mexicana durante los años ochenta y noventa, así como de desconfianza en la capacidad de las Administraciones Públicas para atender estos problemas (pp. 208-q11).

A partir de la investigación etnográfica de estas asociaciones muestra la pluralidad de sus actividades de prevención, que abarcan desde prácticas de prevención situacional ceñidas a las dinámicas de ejecución de los delitos «callejeros», a prácticas que pretenden afectar a los factores sociales de la

delincuencia (pp. 220-222) e incluso otras reivindicativas que inciden en la politización de estas cuestiones de seguridad ciudadana (pp. 217-218). Los resultados de la investigación muestran la dimensión comunitaria de los motivos y efectos de esta participación, a la vez que contrastan con las políticas preventivas de las Administraciones Públicas, más centradas en objetivos que denominaríamos de orden público (p. 225).

Por su parte, María José González Ordovás, en «*El nuevo consumidor de derechos*», expone con un método crítico las actitudes éticas y políticas que a su juicio han devenido hegemónicas en nuestras sociedades. En particular destaca la expansión de la racionalidad del mercado (pp. 234-235) y sus efectos sobre la regulación de la vida social, sobre la confianza, el riesgo o sobre la situación de la esfera pública y del Estado (pp. 234-235). A su vez, pone en contraste esta evolución con una ética basada en los valores del ecologismo y de la acumulación ansiosa de mercancías como condición de una felicidad obligatoria (p. 233).

El otro campo de repercusión de estos cambios que destaca es el derecho, en cuanto al efecto que las dinámicas consumistas han tenido en la proliferación de un abanico de derechos sin ninguna contrapartida en la asunción de obligaciones respecto a los demás y a la vida pública, por una parte, y en la consolidación de una cultura de la queja y de la litigiosidad que, más allá de cuestiones de técnica jurídica, está inserta en este contexto cultural y político contemporáneo (pp. 237-239).

Por último, María José Bernuz Beneitez («*El perdón más allá del derecho*») explora las posibilidades y límites del perdón, como medio de superación de conflictos de dimensión penal dentro de las nuevas coordenadas sociales que, por supuesto con ciertas divergencias, se han presentados en los trabajos anteriores. A este respecto, hace visibles importantes dificultades referidas a la legitimación activa para el otorgamiento de ese perdón y a la tendencia a la individualización de la vida social que dificulta los afectos necesarios para el éxito de estos procesos (p. 252), así como la difícil delimitación de los espacios jurídicos y sociales para el perdón en su relación con el derecho penal, la justicia y los deslizamientos posibles hacia la venganza o la imposición (pp. 266-267).

Sin embargo y pese a estas dificultades, la autora señala la oportunidad de pensar esta noción en el contexto de un derecho penal en que persiste lo emocional (p. 253) y donde el perdón puede concretarse en beneficio de una pena ajustada a sus funciones constitucionales (p. 254), como de maneras heterogéneas ocurre en el interior de soluciones penales alternativas, como los enfoques de *restorative justice*. Si bien insiste en que no cabe una completa confusión y sustitución entre los espacios y funciones del perdón y del derecho penal (pp. 267-268).

De este modo, el volumen ofrece una variedad de perspectivas heterodoxas acerca de algunos problemas presentes, que van de la regulación excedentaria de las políticas penales y migratorias hasta la (des)regulación de antiguas protecciones y seguridades. En este sentido, existe un esfuerzo apreciable por componer instrumentos de análisis que puedan ayudar a comprender y transformar un mundo más inédito de lo que se reconoce a menudo, pero también, a partir de ese trabajo cartográfico, por explorar prácticas capaces de superar la gestión de las incertidumbres que caracterizan nuestro presente.

David VILA VIÑAS
Universidad de Zaragoza

CUENCA GÓMEZ, Patricia: *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, 660 pp.

La publicación de este estudio es sin duda una necesidad ante los retos que implica la incorporación a la legislación positiva española las obligaciones dimanantes de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante Convención). Tratado Internacional aprobado por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006 y que fue firmado y ratificado por el Estado español.

El texto, a través de los capítulos elaborados por diferentes expertos, trata de responder a tres cuestiones clave:

1. Estudio del impacto de la Convención en el ordenamiento jurídico español.
2. Elaboración de recomendaciones para su mejor implementación en el sistema jurídico español.
3. Determinación de reformas legales necesarias para adaptar la legislación española a la Convención.

Pese a esta voluntad los capítulos no son simétricos en cuanto a metodología, terminología, visión compacta o diversa de la discapacidad, estudio o no de la realidad, filosofía subyacente etc. Cuestión lógica dada la diversidad de autores, pero que tiene un efecto directo en sus análisis y propuestas, y que incide por tanto en su comprensión y mensaje sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad.

En todo caso, es un primer punto de partida esencial (máxime cuando la propia Convención reconoce que la discapacidad es un concepto en evolución) hacia la transversalización de la discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos en la legislación española. Con él se abre una reflexión y un debate que visibiliza la discapacidad desde los derechos humanos y desde los requerimientos necesarios para hacerlos efectivos normativamente para este grupo social tan heterogéneo y diverso.

Es complejo resumir una obra de esta magnitud y de pluralidad de autores. Por ello la estructura planteada es un primer apunte que permita señalar las claves conceptuales e ideológicas que plantea la Convención, para a continuación, entresacar, de las diferentes áreas jurídicas en las que se estructura la obra, aportes que sirvan de aproximación al contenido de los capítulos. Para identificar mejor el capítulo que se analiza se usará la cursiva para subrayar una palabra clave del título del capítulo, agilizando así la lectura sin necesidad de incluir los diferentes títulos. Además lo largo del texto se irán intercalando preguntas que permitan al lector tomar su propia perspectiva y conciencia sobre estas cuestiones.

La parte conceptual-ideológica es esencial para entender la perspectiva de derechos humanos y da claves para una lectura crítica de la actual legislación española. Entre otras cuestiones se abordan los diferentes modelos de discapacidad. El médico, que concibe la discapacidad como un problema exclusivo de la persona y que se expresa normativamente en regular desde la perspectiva de que las personas con discapacidad son tratados más como objetos y como receptores de ayudas y asistencia sanitaria. El modelo social, adopta-

do por la Convención, que asume que la sociedad discapacita al crear barreras a la inclusión y participación de las personas con discapacidad (la Convención define la discapacidad como la interacción entre deficiencia y barrera), y en el que las personas con discapacidad son tratadas como sujetos de derechos y obligaciones, es más, se les debe garantizar el ejercicio y defensa de los mismos.

La circularidad de principios y derechos hace que determinadas cuestiones aparezcan de forma transversal en los diferentes capítulos:

- a) La capacidad jurídica, el sistema actual español está basado en la sustitución de la capacidad, mientras que la Convención apuesta por un modelo de apoyo.
- b) La igualdad y no discriminación desde la perspectiva de la discapacidad.
- c) La accesibilidad universal y el debate sobre si es contenido esencial de los derechos, la relación con la no discriminación y la igualdad o si debería o es un derecho *per se*.
- d) El diseño para todos.
- e) Los ajustes razonables.
- f) El derecho a vivir de forma independiente y en comunidad, muy relacionado con la accesibilidad y la capacidad jurídica.
- g) La transversalización de la discapacidad como respuesta sostenible y visibilizadora.

Estos temas apuntan a dos reflexiones esenciales ¿cuáles son las necesidades extras para garantizar los derechos de las personas con discapacidad? y a otra subsiguiente ¿son estos «extras» necesarios y suficientes para modificar siglos de invisibilidad o visibilidad condicionada bajo modelos «discapacitantes» y por tanto excluyentes?

El primer texto objeto de estudio es la propia *Constitución Española* ¿cómo leer desde la Convención el artículo 10.2 y el artículo 49? Centrándonos en este último los términos «previsión», «rehabilitación» e «integración», escritos desde el modelo médico de la discapacidad, deben re-leerse desde el social, abogando por una sociedad que no discapacite, que permita el desarrollo de las habilidades y capacidades de este colectivo y que apueste por la inclusión plena en igualdad de condiciones. Y además deben realinearse los artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución.

En lo *conceptual* hay un aporte esencial y es que la definición legal española es insuficiente pues limita el goce de la Convención y los derechos reconocidos a la obtención de un determinado porcentaje de discapacidad, mientras que la Convención hace una protección más amplia. ¿No merece igual protección ante la discriminación por motivo de discapacidad quién tiene el mínimo legal del 33% que quien tenga un 20%?

En el ámbito de la *salud, sanidad e investigación*, hay dos cuestiones claves ligadas a la capacidad jurídica, el consentimiento libre e informado y la participación en los ensayos clínicos, y por otra parte el aborto o esterilización por causa de discapacidad del feto. ¿Qué importancia tiene? Pues que la respuesta que se dé afectará a cuestiones como el tratamiento involuntario, la tortura o la discriminación.

Los aspectos relativos a *garantía en igualdad de la libertad y seguridad* conectan con los condicionantes físicos o sociales, yendo más allá de lo que pueda ser una detención ilegal. Existe además un vacío de atención en situaciones de crisis, de emergencia, de huelgas.

¿Es especialmente discapacitante el ámbito *laboral*? ¿la normativa que hay es suficiente? Basta mirar las tasas de desempleo e inactividad para ver que los mecanismos de igualdad y no discriminación y cuota de reserva no están funcionando. Y esto nos sugiere una pregunta de fondo ¿además de barreras físicas, tecnológicas y demás, no estaremos ante una presencia mayor de barreras mentales?

No existen derechos sino existe posibilidad de defenderlos mediante el acceso a la *Justicia*. El autor analiza la relación entre tutela judicial efectiva y barreras de los edificios, del proceso, de los entornos. Se echa de menos la situación de la persona con discapacidad incapacitada ¿qué defensa le queda a quien es invisible en el proceso por carecer de capacidad procesal?

Un ámbito de visibilidad inclusiva es la *participación en la cultura, ocio y deporte*. Este capítulo es uno de los más controvertidos, pues asume la progresividad de los derechos vinculada a la accesibilidad ¿sería aceptable una respuesta así si el tema en debate hubiera sido el género, qué consecuencias tendría decir que el acceso de las mujeres se condicionara a la construcción de aseos para ellas? También genera debate si los plazos de la LIONDAU especialmente en lo relativo a nueva construcción o desarrollos son o no compatibles con la Convención, pues tal y como se afirma sí lo son, sin embargo, es situar a largo plazo el cumplimiento de derechos que además, ya cuentan con normativa propia en materia de accesibilidad universal. ¿es conforme a la Convención seguir diseñando y creando entornos que generan exclusión?

No existe referencia alguna en la CDPD a la *regulación fiscal*, sin embargo es un instrumento imprescindible para la consecución de la igualdad real y es un medio muy eficaz para garantizar la protección del colectivo, ¿por qué? Porque existe un sobre coste derivado de la discapacidad que puede ser paliado, minorado e incluso anulado vía fiscal, tanto en la tributación directa como la indirecta.

¿Qué aporta el derecho a la *educación* de las personas con discapacidad? Por un lado el acceso a la educación de este colectivo desde la igualdad y no discriminación, pero desde la perspectiva social es importante resaltar que la integración y la educación son un motor de cambio de percepciones y sensibilización para la integración social. Si analizamos datos ¿qué dice de nuestro sistema educativo que uno de cada mil alumnos es de necesidades educativas especiales en el bachiller? ¿o que en la universidad tan sólo el 0,5% de las personas con discapacidad accede frente al 20% de la población?

¿Cuáles son las dimensiones de la accesibilidad en relación a los *medios*? Es doble porque incluye el propio acceso a la comunicación y los medios en cuanto instrumentos de accesibilidad. ¿Lo establecido para asegurar la accesibilidad es suficiente? No, por cuanto se apoya en lo regulativo y promocional. En cuanto a la regulación muchas veces, además de la dispersión autonómica, se producen faltas de concreciones. Además no hay organismos de control.

Dobles y triples dimensiones de discriminación, *discapacidad y mujer, inmigración, infancia y vejez*. El sumatorio de otras circunstancias genera que se retroalimenten y se agrave la situación de invisibilidad y exclusión y por tanto vulneración de derechos en ámbitos clave como salud, riesgo de sufrir violencia, negación de la capacidad y la participación.

La Convención prevé un *triángulo de la garantía en su aplicación, que se concreta en tres ejes*: recopilación de datos y estadísticas de la situación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del goce de sus derechos,

la cooperación internacional que debe incorporar de forma transversal la discapacidad y el seguimiento, conforme al cual, el estado español deberá designar dos organismos, uno gubernamental para la aplicación de la CDPD y otro independiente para el seguimiento del cumplimiento.

Conclusión

En España se producen cuatro tipos de situaciones ante la Convención: cumplimiento, cumplimiento parcial que requiere de ajustes, incumplimiento que necesita reforma legal o vacío legal que debe ser regulado.

Pero si a este análisis jurídico se le suma uno sobre la realidad, que permita conocer en qué medida el acceso al ejercicio de un derecho está condicionado por la situación de discapacidad y cómo quitando la barrera se permite ese acceso, entonces encontramos que el reto de la Convención es mucho mayor, pues traspasa lo jurídico para incardinarse en lo social, que es el ámbito real de cumplimiento de las normas.

Leonor LIDÓN HERAS
Universitat de València

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo: *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 466 pp.

Este libro de historia de las ideas jurídicas y políticas es un volumen que puede interesar tanto a juristas como a politólogos, historiadores de las ideas o filósofos. Su origen se encuentra en la tesis doctoral de Ricardo Cueva Fernández (Madrid, 1970), elaborada bajo la dirección siempre exigente del profesor Alfonso Ruiz Miguel, en la Universidad Autónoma de Madrid. El resultado, inserto en la colección del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, merece una lectura detallada.

El libro se divide en dos grandes partes: la primera de ellas explica el marco político, social y cultural en el que nacieron los *levellers* y la segunda es una exposición del marco de la naciente democracia constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica. La tesis que pretende sostener el autor es que precisamente hay una conexión entre ambos momentos históricos, a pesar de la distancia geográfica y temporal existente entre los mismos.

Cueva adopta un tono moroso, sosegado y manualístico para explicar ambos períodos, dejando que las ideas emerjan y que las coincidencias afloren. El ritmo expositivo nunca parece forzado y da la impresión de que el autor es un consumado especialista, que explica con gran minuciosidad todos los detalles, destacando los diferentes hilos que se van entretejiendo sin cesar para formar una tupida red de interconexiones.

Sorprende positivamente la capacidad que tiene el autor de entrar en cada uno de los detalles, sin perder el sentido global de su exposición. Raras veces una tesis doctoral analiza con tanta atención los pormenores de una época, sin perder la unidad ni la visión de conjunto. Por esa razón, el autor parece no tener prisa en narrar cada uno de los antecedentes, problemas, ideas... sino que «hace camino al andar», enriqueciendo paulatinamente al lector con sus consideraciones, muchas de ellas en las notas a pie de página.

En el prólogo de la obra, el profesor Ruiz Miguel destaca que una tesis doctoral tiene la misión de formar al que la realiza, pero también puede ser una lectura provechosa para el estudioso interesado. No hay duda que Ricardo Cueva ha trabajado mucho (con el mérito de hacerlo sin becas o ayudas) para lograr una tesis tan amplia y detallada a la vez. Resulta asimismo evidente que el lector se puede beneficiar mucho de su trabajo, que merece una lectura completa e invita también a la consulta puntual de las cuestiones concernientes a los dos grandes temas que trata.

La primera parte, referente al contexto y a las ideas de los *levellers*, es una amplia exposición de esta corriente doctrinal, considerada por el autor como la de los primeros precursores del sistema liberal democrático, que luego ha hecho fortuna en los países de tradición anglosajona. Su visión, como muestra Ricardo Cueva, era más decididamente liberal que democrática, extremo que muestra que la tradición anglosajona arranca su visión en el individualismo.

Un individualismo que, mediado el tiempo, como sostuvo MacPherson en su célebre estudio, llegó a ser posesivo a finales del XVII y, sobre todo, en el XVIII. Antes de ello se tenían que conquistar los derechos y las libertades individuales básicas, tales como la tolerancia religiosa, la igualdad ante la ley, o la irretroactividad de las leyes. Cueva destaca también la importancia

de que las leyes estuviesen en inglés (y no en francés o latín), de manera que el pueblo pudiera saber cuáles eran las reglas (p. 75).

Una idea especialmente interesante que aparece en la primera parte del libro es el estudio contextualista de la problemática económica y jurídica de la época. Cueva muestra una adhesión a los postulados de Skinner con los que está básicamente de acuerdo. El estudio de la convocatoria del parlamento y de la imposición económica ayudan a entender el marco de las reivindicaciones contra los abusos, así como también su importancia como caldo de cultivo para el surgimiento de los *levellers* en el marco de una Inglaterra fragmentada social y económicamente, e inmersa en una inevitable guerra civil.

Con todo, cabe indicar que el autor no abusa del itinerario de Skinner o de MacPherson, como podría resultar esperable, sino que introduce interesantes matices a sus respectivas obras. Destacan asimismo –en la primera parte– las continuas referencias a Sabine, Fioravanti, García Pelayo y Ruiz Miguel, autores suficientemente alejados conceptual y metodológicamente entre sí, y que permiten que la obra cobre el relieve que el tema exige.

Resulta particularmente interesante la visión que da el autor sobre los motivos religiosos que dieron base a esta rebelión social. En efecto, la Reforma y, sobre todo, el calvinismo escocés dotaron a los *levellers* de un lenguaje plástico y de reminiscencias bíblicas que asentaron una ideología firme en contra del anglicanismo oficial. Esa convicción religiosa también forma parte de la ideología de la Constitución de los Estados Unidos.

No obstante, la idea principal y más novedosa de esta tesis es la existencia de una conexión entre los *levellers* y los autores del llamado interregno (pp. 138 y ss.). Muchos trabajos anteriores habían enfatizado ya la conexión entre Milton, Hobbes, Harrington, Vane... y las ideas del constitucionalismo norteamericano. Retrotrayendo los orígenes de las ideas de estos autores a las de los *levellers*, la trayectoria queda más clara y, sobre todo, más redonda, pues las reivindicaciones más radicales de los colonos de Norteamérica se asemejan mucho a las de aquellos radicales británicos que se opusieron a los desniveles sociales, económicos y jurídicos de su época.

Después de los *Agreements* de los *levellers*, el movimiento, en buena parte inspirado y promovido desde bases populares, dejó cierto legado que los escritores del interregno tomaron como algo propio. Ciertamente, éstos eran autores elitistas, poco dados a los movimientos de masas, pero asumieron y «domesticaron» hasta cierto punto un legado *leveller* que tiene, por otra parte, claras raíces medievales, como bien destaca el autor (pp. 125 y ss.).

Cueva afirma que los *levellers* desaparecieron de la escena política en 1649, pero no así sus ideas (p. 121) que reaparecieron, curiosamente en los panfletos y en las consignas revolucionarias de 1776 (p. 137), estudiadas con tanto detalle por Bailyn. La transición entre las ideas de los teóricos británicos de la segunda mitad del xvii y de la primera del xviii y la revolución americana quedaba incompleta sin esas proclamas, cuya autoría no podía atribuirse a Locke o a ningún autor de la época.

Precisamente, el legado revolucionario no lo depositaron los autores de la *Commonwealth* o los asentados teóricos el derecho natural de la propiedad, sino unos hombres que, sin apenas formación filosófica, vindicaron un orden político diferente, capaz de atender a los derechos y a las libertades del hombre no propietario. Luego, sobre tales requisitos básicos, vendrían los teóricos del iusnaturalismo «propietario», partidarios del «individualismo posesi-

vo», que readaptarían las reivindicaciones revolucionarias a las peticiones de la mentalidad burguesa.

El autor del libro concluye su análisis de las ideas de la sociedad británica del momento mostrando las semejanzas y las diferencias entre los *levellers* y los escritores del interregno (pp. 180-183). La compleja estabilización política posterior a la muerte de Carlos I exigió recomponer un orden fracturado. La intencionalidad republicana no podría repetirse, puesto que se había llegado a un pacto suficientemente fuerte como para asentar, a partir de entonces, un orden liberal burgués.

El experimento republicano pudo exportarse a las colonias de Norteamérica que, acuciadas por una análoga asimetría de poder, exigieron una compensación o una nivelación del mismo. Y como manifiesta Cueva, se repitieron a partir de entonces, consignas que habían utilizado los *levellers* hacía poco más de una década al otro lado del Océano. Los pactos que la Corona había suscrito con los colonos tenían un sentido feudal y éstos querían remover también las diferencias de tipo social y económico con la metrópoli.

En el libro se examinan las influencias de los escritores pertenecientes a los *whigs*, sobre todo, concernientes a la falta de representación de los colonos norteamericanos y la violación de sus «derechos inalienables» (pp. 268 y ss.). Más allá de las ideas de Locke se encuentran en estas reivindicaciones unas proclamas que se parecen a las de los *levellers*, pues no se trata de ideas burguesas y basadas en una suerte de «individualismo posesivo». Responden más bien a exigencias de tipo político que hacen referencia a su propia dignidad como sujetos libres.

El último gran paso que da el autor es hacia los constituyentes federales de 1787, que partieron no sólo de ideas lockeanas, sino también de su experiencia colonial previa, partidaria de limitar el poder a las clases dirigidas. Así, las ideas de la legitimidad popular, las declaraciones de derechos y la separación de los poderes tienen unas implicaciones que permiten enlazar con las ideas de los *levellers*. El caso *Marbury vs. Madison*, con el que se cierra el recorrido histórico del libro, es una demostración de la fecundidad de las reivindicaciones en contra de un poder absoluto y, sobre todo, a favor de la libertad de las personas frente a las actuaciones de otras que quisieran vulnerarlas.

En fin, no voy a detenerme a comentar los múltiples aspectos de este trabajo, pues es una tarea casi imposible. Las conclusiones, coherentes y esquemáticas, cierran una obra bien trazada y ejecutada con detalle. Creo que con estas pinceladas el lector puede formarse una idea rápida de los contenidos del presente volumen. Su afán exhaustivo y su detalle exigen una lectura tranquila. Por los méritos ya expuestos es de esperar que ésta no sea sino la primera de muchas otras contribuciones de Ricardo Cueva quien, avalado por su maestro Alfonso Ruiz Miguel, ha dado muestras en esta obra de una rigurosa formación y una madurez nada desdeñable.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universitat de les Illes Balears

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 209.

La significación de la historia clínica y la protección de datos personales en el ámbito sanitario es sin duda uno de los aspectos que requiere de más avances ante la sucesión de progresos tecnológicos y científicos en la actual sociedad de la información. El volumen colectivo «Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH» es una obra que integra de modo muy adecuado y riguroso las complejas aristas del tratamiento jurídico de la protección de datos personales en el ámbito sanitario con especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH. Sin duda un cuadro de análisis sugerente por sus posibilidades de reflexión sobre el estado actual de protección de aquellos datos sensibles en el ámbito sanitario en general pero especialmente en particular respecto a la estigmatización y discriminación de las personas con VIH/sida en nuestra sociedad actual. Máxime si es un ámbito de estudio poco tratado en detalle por la literatura científica en lo que respecta a una dimensión crítico-descriptiva del marco jurídico concreto sobre los usos de las historias clínicas, las especiales situaciones de conflicto en relación con los datos genéticos y la responsabilidad de las Administraciones. E, incluso en menor medida en lo tocante a otra dimensión más consecuencial como es la incidencia de aspectos éticos jurídicos que trasladan el análisis en el paradigma de los derechos humanos y la protección de situaciones de discriminación en el ámbito laboral, la comunicación de datos del paciente a terceros interesados en la información o la regulación del registro obligatorio de portadores de VIH. Todo ello para en clave conclusiva recoger siguiendo una metodología crítico-propositiva las recomendaciones y propuestas de ambas coautoras sobre la regulación del registro obligatorio de los portadores del VIH: garantías para proteger la confidencialidad de la información y los derechos de los afectados.

El contenido se sistematiza en siete capítulos ordenados de modo secuencial para introducir el lector de modo progresivo sobre la naturaleza del derecho fundamental a la protección de datos personales consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución así como respectivamente en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales y la Carta de los Derechos fundamentales. Para ello, la Dra. Garriga aporta una amplia y cuidada oferta jurisprudencial y dogmática para probar la compleja y autónoma naturaleza de derecho fundamental de la protección de datos conforme al artículo 18.4 CE y pautar las diferencias respecto a la intimidad para el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la protección de datos personales no se reduce a la protección de datos íntimos de la persona sino que se extiende incluso a datos públicos que aún siendo accesibles al conocimiento de cualquiera pueden o son susceptibles de identificar una persona directa o indirecta y por ende permiten la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier índole. Se concreta esta línea conceptual prestando especial interés a los datos sensibles relativos a la salud y la historia clínica conforme a lo dispuesto en el artículo 7 LOPDP que exigen una protección máxima habida cuenta de lo directamente comprometidas que se hallarían la dignidad y la libertad de las

personas por su uso legítimo. Dentro de esta categoría se encuentran las informaciones que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias así como los datos relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual. Todos ellos amparados por tres garantías que serían el consentimiento expreso, el derecho a no prestarlo y la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenamiento. Por último, se completa el tratamiento de los datos sensibles en el ámbito sanitario con la definición de la historia clínica conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica así como la competencia de custodia que corresponde al centro médico. En este punto se hace mención especial a la convergencia de principios integrados en los Títulos II y III de la LOPDP con vistas a mantener un necesario equilibrio entre la protección de los datos de carácter personal en el ámbito sanitario y los intereses legítimos, públicos o privados que justifican su tratamiento. Un elenco de principios que abarcan desde la calidad de los datos, su pertinencia al fin perseguido así como la veracidad y exactitud de los mismos respecto a la situación del afectado o bien aquellas medidas destinadas a garantizar la lealtad y la seguridad tanto sobre la confidencialidad de la información y su integridad. Tales principios garantistas se completan y se hacen realidad con un conjunto de facultades o derechos *habeas data* con las que el interesado o titular de los datos cuenta para controlar el uso de esta información y un control efectivo de los mismos. En este caso, siguiendo una jerarquía sobre el alcance de su significación, hallamos el derecho de información como condición indispensable para que pueda prestar el consentimiento del interesado como contenido esencial apuntado por la autora del derecho a la autodeterminación informativa. Y, en estrecha relación con los anteriores, los derechos de acceso, notificación y cancelación que fijan igual número de facultades, obligaciones en los sujetos involucrados en cada situación dada. Se cierra este artículo con la referencia a la regulación de los datos relativos a la salud contenidos en la historia clínica cuyo acceso debe justificarse por la finalidad perseguida por parte de los órganos de inspección sanitaria competentes.

Un escalón más en el complejo engranaje de la protección de los datos sensibles según Pérez Luño es el estudio del tratamiento de los datos genéticos en especiales situaciones de conflicto para el *habeas data* biosanitario. Un interés suscitado en parte por la estrecha relación entre los datos genéticos y la posible obtención de ciertas características propias del sujeto como pueden ser relativas a su aspecto físico, a su raza o al padecimiento de enfermedades en la actualidad o en un futuro más o menos inmediato. En efecto, tal y como señala Álvarez González, existe un debate inconcluso sobre la relevancia de ciertos contenidos genéticos dentro del ámbito protegido del derecho a la intimidad y desde la óptica del derecho a la autodeterminación informativa cuyo contenido esencial abarca la comunicación, los límites y la finalidad de uso de los datos genéticos. Para acotar jurisprudencialmente el alcance de ambos derechos se sirve de un esquema analítico similar al abordado en el primer capítulo respecto a la genérica protección de los datos personales aunque en este caso enfocando en concreto el derecho a la información, el requerimiento del consentimiento y las facultades de acceso, rectificación y cancelación de los datos genéticos. De este modo, la introducción de un inciso más preciso respecto a los principios y facultades que deberían regir la protección de ciertos datos genéticos resulta altamente oportuna dada su magnitud de datos sensibles, habida cuenta del desarrollo de las tecnolo-

gías de la información y el actual conocimiento sobre los genes difícilmente proporcional a los avances jurídicos con vistas a resolver especiales situaciones de conflicto o *vulnus*.

Tras una visión panorámica del marco normativo sobre el tratamiento de los datos personales en el ámbito sanitario, el Profesor Dr. Bustillo Bolado completa el análisis del derecho positivo interpellando al conjunto de facultades y obligaciones derivadas de posibles situaciones de conflicto o intereses con la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con la historia clínica con tal de restaurar el «equilibrio roto» desde el Derecho. A tal efecto, son varias las cuestiones medidas desde la eficacia del régimen sancionador, la responsabilidad patrimonial derivada de los resultados lesivos para terceros derivados del uso y tratamiento de las historias clínicas que varían en función del sujeto infractor hasta su incidencia en otros supuestos de responsabilidad patrimonial. En el primer caso resulta aleccionador la referencia a ejemplos reales y asuntos abordados en la Agencia Española de Protección de datos para dar cuenta de la práctica inexistencia de un verdadero régimen sancionador para las Administraciones Públicas en virtud del artículo 46 de la LO 15/1999. Desde otro orden de cosas, el autor quiere poner de relevancia, con acierto, la incidencia de las historias clínicas y su carácter probatorio en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actuaciones asistenciales en hospitales y centros públicos de salud. Para este último caso, caracteriza el sistema de responsabilidad como directa, objetiva e integral, así como la correspondencia de requisitos en el daño como indemnizable, esto es que puede calificarse como una lesión, la existencia de un nexo casual con el funcionamiento de un servicio público y que el perjuicio sea efectivo, evaluable e individualizable no rebasando los límites tecnológicos. Y, de igual modo completa el valor probatorio una vez agotada la vía administrativa de recurso en base a una amplia casuística que ilustra el incumplimiento de la *lex artis* en supuestos de no aportación del historial clínico como prueba de una correcta praxis profesional.

Una sugerente exploración iusfilosófica sobre los problemas que plantean ciertas situaciones moralmente relevantes que involucran el ejercicio de la profesión médica se inscribe en el capítulo a cargo del Prof. Dr. Pablo Raúl Bonorino Ramírez sobre la Ética médica y ficción televisiva. Para ello, es ciertamente estimulante el recurso a ciertas ficciones televisivas de éxito internacional como *The Sopranos*, *Deadwood*, *Lost* y *The Kingdom* para afirmar la relevancia moral de ciertas manifestaciones de la cultura y arte popular. Un recurso ciertamente hábil para plantear y proponer al lector posibles respuestas a algunos problemas morales en su doble rol de espectador de tales ficciones televisivas que quizás no ha prestado atención al potencial filosófico del considerado paradigma de la cultura popular: la televisión. Como bien subraya Bonorino si bien la cultura popular puede proveer de ejemplos vividos y motivar la reflexión filosófica, la relación entre filosofía y cultura popular según la posición defendida puede ser considerada como no más que un punto de partida o centro de atracción hacia la actividad filosófica o bien como transmisor de tesis filosóficas como primer paso para generar una reflexión argumentativa y crítica sobre las mismas. Con independencia de las posiciones que sostienen el carácter meramente auxiliar de la cultura popular, en el debate contemporáneo es posible discernir cuatro posturas contrarias y no excluyentes al respecto: el consecuencialismo, el proposicionalismo, el identificacionismo y el clarificacionismo. De este modo, promueve con éxito un despertar interrelativo a la reflexión filosófica sobre el inten-

to continuo de construcción racionalizada de las posiciones morales básicas adquiridas en nuestra formación inicial. Unas posiciones morales que difícilmente llegan a problematizar aspectos de la vida cotidiana y que en su mayoría por no ser directas pasan moralmente desaparecidas en la vida real aunque se nos presentan con distancia desde la ficción. De hecho, uno de los propósitos del autor es nutrir las discusiones en los niveles más abstractos de los problemas morales y en muchas ocasiones tratar de inducir cambios en ello.

La referencia especial al registro obligatorio de los portadores del VIH se recoge en la segunda parte del monográfico retomando el estado de la cuestión con una proyección al mismo tiempo afín al marco introductorio y un aspecto concreto de la protección de los datos personales para los portadores del VIH. La selección de ejes temáticos en este punto está muy cuidada, al igual que la primera parte, el lector parte de una aproximación más general a otra particular que permite centrar el discurso analítico sobre el principio de igualdad y el VIH/SIDA, los aspectos éticos y jurídicos de la comunicación de datos del paciente afectado por el VIH y el registro obligatorio junto a una perspectiva más consecencial como es el análisis de la discriminación por enfermedad en el ámbito laboral. Respecto a la primera cuestión, Miguel Ángel Ramiro Avilés incide desde la óptica de la igualdad y la no discriminación centrándose en el ámbito de la discapacidad con el propósito de reflexionar sobre la afectación y estigmatización negativa que recibe la pandemia del SIDA/VIH por parte de la Administración pública y las personas particulares. Para ello, ilustra al lector con un recorrido de las directrices internacionales de la III Conferencia sobre VIH/SIDA, la Carta Magna y la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad que obvia que la presencia del VIH es ya un motivo suficiente para que una persona sea discriminada socialmente. La consideración de las personas seropositivas como personas con discapacidad en virtud de un concepto estricto o amplio de discapacidad, como bien concluye el autor puede tener repercusión en los distintos indicadores sobre la calidad de la vida de las personas con VIH/SIDA y puede contribuir en poner remedio a la falta de políticas públicas y leyes específicas para el colectivo portador del VIH/SIDA.

Si en la primera parte respecto a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la protección de los datos personales se hizo una clara incursión al Derecho Administrativo con el análisis de la discriminación por enfermedad desde el ámbito laboral es necesario hacer una remisión al Derecho del Trabajo para reflexionar sobre aquellas diferencias de trato generadas por la concurrencia en el trabajador de una enfermedad o patología determinada. Tras unas breves consideraciones previas sobre la enfermedad como causa de despido procedente en el ámbito laboral al hilo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la doctrina del Tribunal Supremo, Fernández Prol advierte a efectos jurídicos-laborales de la no asimilación entre discapacidad y enfermedad y sus efectos en términos de despido procedente o improcedente. Este marco teórico permite en última instancia concluir para el caso de patologías subsumibles en aquellas condiciones personales o sociales, ligadas a formas de segregación y opresión de determinados grupos, sobre la existencia de discriminación por enfermedad en aplicación del artículo 4.2 del ET.

En otro orden de cosas, los últimos dos capítulos previos a la dimensión propositiva del volumen colectivo hay que destacar dos trabajos de las editoras del libro con el propósito de incidir en algunos de los problemas sociales

y jurídicos que la necesaria confidencialidad de la información recabada de los portadores del VIH exige para la protección de sus derechos fundamentales y la no discriminación individual o colectiva especialmente dadas las posibles consecuencias negativas que su conocimiento puede implicar por la sensibilidad del dato. Sin duda, hay una clara tensión como advierte la autora entre la necesidad de hacer pública la información a terceros interesados y el derecho del afectado a no revelarlos fuera del marco estricto de la confidencialidad. De un lado, la confidencialidad y el subsiguiente derecho a la información del paciente actúa como barrera protectora sobre los intereses del paciente en lo tocante al conjunto de los resultados obtenidos, circunstancia que a su vez implica la obligación del secreto médico respecto a la transmisión de la información. De otro lado, la problemática de la comunicación de datos a terceras personas como bien viene señalado se reconduce al supuesto de la comunicación entre profesionales de la Medicina y a terceros interesados en mantener su salud siendo en este caso donde se plantean la existencia de un deber moral de transmisión de aquellos datos médicos imprescindibles para proteger la salud de un familiar en función de la gravedad de la enfermedad y las diferentes alternativas existentes a la comunicación de los datos personales del interesado. Un aspecto de sumo interés desde la Teoría de los derechos fundamentales con importantes implicaciones ético-jurídicas sobre el sacrificio de los derechos a la intimidad y la autodeterminación informativa para garantizar el derecho a la salud colectiva cuando sea estrictamente necesario como por ejemplo ocurre con la creación de los registros.

La legitimidad de los registros y el análisis normativo y jurisprudencial relativo a la regulación del registro obligatorio de los portadores del VIH se aborda en el último capítulo desde una perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 de la Constitución. El tránsito del ser humano como objeto de información y los riesgos de un posible uso desviado de la tecnología de tratamiento de datos personales supone mermas en la dignidad e identidad personal para poder ampliamente debatir la legítima o ilegítima afectación del derecho fundamental a la protección de los datos personales de las personas seropositivas. En este punto concreto, tras el riguroso análisis del sistema de información sobre la infección por virus a escala nacional y autonómica se infieren planteamientos y dudas sobre la eficacia del principio de proporcionalidad en la recogida y tratamiento del dato relativo a la condición de seropositivo o enfermo de sida. Todo ello con vistas a fiscalizar el fin legítimo en una sociedad democrática de la protección de la salud pública. Máxime si como ha recogido la autora las recomendaciones internacionales, tanto de ONUSIDA como del Consejo de Europa y la doctrina asentada del Tribunal constitucional y el Tribunal europeo de Derechos Humanos sobre la admisibilidad de medidas restrictivas del derecho a la intimidad y la protección de los datos personales apuntan y orientan el marco normativo a la necesidad de un código de identificación y preservador de la confidencialidad de la información médica.

Este detallado repertorio jurídico pautado desde dos claros ejes de análisis convergentes concluye con unos breves considerandos en clave garantista y preventiva como resultado de la línea de investigación dirigida por ambas autoras. El lector que ha captado con interés los aspectos técnicos y normativos generales sobre el tratamiento y protección de los datos personales así como su proyección en la problemática del registro obligatorio de los portadores del VIH se ubica cómodamente en el último estadio de análisis ante un contexto que reclama un constante *balancing* entre la necesaria protección de

la salud pública y los derechos fundamentales del paciente y terceros interesados. Además una necesidad apremiante de estudios rigurosos sobre la necesidad estricta de transmitir datos sensibles como ser portador del VIH y un marco normativo de estricto cumplimiento por los agentes implicados. Sin duda, la habilidad de las contribuciones para extrapolar un marco conceptual tan variado y complejo a una realidad estigmatizada, discriminada y objeto de vulnerabilidad despierta el interés por una materia poco tratada por la doctrina y relegada socialmente en el imaginario de la exclusión. Es quizás por este motivo una didáctica y estimulante herramienta de trabajo e investigación por el especial énfasis dado a las intersecciones y paradojas presentadas en el paradigma de los derechos humanos y la igualdad, lamentablemente en muchos casos excesivamente intermitente o invisible en las sociedades democráticas actuales.

Encarnación LA SPINA
Universitat de València

NECCO, Elisabetta: *Argumentos de bioética en el Islam: Aborto, planificación familiar e inseminación artificial*, Cuadernos de Almenara, núm. 14, Ed. CantArabia. Proyecto Cultural, Madrid, 2010, 110 pp.

I

Rara vez a los investigadores en materias jurídico-filosóficas propias del mundo islámico contemporáneo –*que no somos arabistas sino juristas*–¹ se nos ofrece la posibilidad de poder acercarnos a un universo conceptual genuinamente árabe² y al mismo tiempo de rabiosa actualidad como el que brota del presente estudio; un estudio sin pretensiones de exhaustividad en modo alguno, sino tan sólo de servir como eslabón y puente de referencia a otros estudios ulteriores de mayor profundidad y envergadura. En efecto, ya de entrada se advierte en su segunda página que se trata de un trabajo presentado para la obtención del DEA de la Universidad de Sevilla, corriendo la dirección de la investigación a cargo del profesor Emilio Ferrín, al par que supervisado por una comisión evaluadora formada por el prestigioso catedrático emérito Pedro Martínez Montávez (Universidad Autónoma de Madrid) y por las profesoras de la hispalense doña Ingrid Bejarano y doña Clara M.^a Thomas de Antonio. Y como suele suceder en trabajos de valía como el presente –que no siempre tienen que ser necesariamente de alto *standing* académico–, fácilmente comprobamos que el 23 de diciembre de 2010, o sea, unos meses después de su edición española, el periodista egipcio Gamal Nkrumah ya había entrevistado a la autora, italiana de nacimiento –napolitana– y católica de confesión, sobre la oportunidad de su libro en uno de los más reputados diario del país, *Al-Ahram* (<http://weekly.ahram.org.eg/2010/1028/li1.htm>); en dicha entrevista nos ofrece algunas valiosas *claves* para comprender el alcance de su investigación reflejada y sobre todo condensada en tan solo ciento diez páginas, el total del texto aquí recensado.

II

En primer lugar el hecho de haber sido madre en Egipto y de haber vivido allí durante los tres primeros años de vida de su hijo rodeada por una doble cultura, la *islámica* en su mayoría pero también la *cristiana copta* en parte fue un enorme acicate para detectar similitudes y diferencias entre ambas tradiciones jurídico-religiosas, el islam y el cristianismo, dentro del ámbito

¹ MIKUNDA FRANCO, E., «La cultura islámica y los Derechos humanos», en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid (Coord. J. de Lucas), 2000, pp. 181-212.

² Cfr. nuestra primigenia postura al efecto sobre A. Saudí explicada hace años en MIKUNDA FRANCO, E., «La concepción islámica de los Derechos Humanos», *Revista de Estudios Africanos*, de la Asociación Española de Africanistas. Madrid, núm. 8-9, 1990, pp. 33-46.

de la bioética, algo que ella misma afirmaría literalmente en inglés como un «cambio radical e irreversible en su modo de vida» («radically and irreversibly changed my life»); de modo que las tensiones políticas observadas en el seno del cristianismo entre defensoras del derecho a la vida del *nasciturus* y las del derecho de la madre a disponer de su cuerpo y de los frutos de su cuerpo libremente por un lado, y los términos de la encíclica papal *Evangelium Vitae* de Juan Pablo II (1995) por otro, le «causaron tal impacto que no vio otra alternativa que la de dedicarse a investigar la más amplia paleta de cuestiones bioéticas posible de forma comparada entre ambas tradiciones, la islámica y la católica».

Añádase a todo ello –nos dice– el hecho de la diferencia de valoración que se atribuye en el catolicismo y el islam a la vida sexual, a la monogamia y a la poligamia, al igual que a prácticas sexuales concretas como el *coitus interruptus*, –muy diferentemente entendido en el catolicismo y el islam–, al igual que a otros elementos como el «mero placer sexual resultante del acto amoroso», reivindicado por el islam como un don divino inherente al matrimonio heterosexual islámico; el «uso recomendado de preservativos» por los musulmanes para evitar concepciones no deseadas por ambos cónyuges, mientras que se prohíbe radicalmente como anticonceptivo por la Iglesia Católica (NB.: Últimamente S.S. el Papa permite el uso de profilácticos sólo como *ultima ratio* para prevenir el SIDA, siguiendo vigente la prohibición de usarlo como anticonceptivo); todos ellos fueron acicates que impulsaron igualmente a la autora a profundizar en su investigación bioética comparatista, recriminando a los investigadores en su mayoría occidentales no sólo un desconocimiento casi total de los valores bioéticos islámicos, sino –lo que todavía es, según afirma, mucho más grave–, el hecho de extrapolar los valores bioéticos cristianos al ámbito del islam pensando que son los mismos en ambas religiones, extrapolaciones que había tenido ocasión de comprobar personalmente en sus anteriores estancias en Túnez y Palestina³.

III

Se trata por tanto de un trabajo surgido de la praxis interdisciplinar, del conocimiento *in situ* no sólo de la lengua árabe y de sus fuentes escritas sino de aquellos expertos que se dedican a temas bioéticos y viven en el seno del mundo islámico, concentrada, –eso sí– de forma muy intensa sobre la casuística «especial» bioética que ofrece Egipto, algo que logró concluir mucho antes de que empezaran los últimos luctuosos acontecimientos políticos que todavía nos mantienen en vilo ante la incertidumbre de su futuro y su extensión a otros países arabo-islámicos aledaños como Libia, Túnez, Siria etc.⁴.

³ Cfr. MIKUNDA FRANCO, E., «Der Verfassungsstaat in der islamischen Welt» *Die Welt Des Verfassungsstaates* (MORLOK, M. coord). Nomos, Baden-Baden (2001), pp. 151-173. Recensión de Florian HOFFMANN en *4 German-Law Journal* N.1-(01 January 2003) Legal Culture. Book Review-Häberle and the World of the Constitutional State; pp. 61-69.

⁴ Cfr. MIKUNDA FRANCO, E., «Diritto costituzionale comune islamico. Un'indagine comparata sui testi costituzionali di alcuni Stati islamici», en *Tradizioni Culturali, Sistemi Giuridici e Diritti Umani Nell'area del Mediterraneo*: Colombo V., GOZZI G. (a cura di), col.: Democrazie, Diritti, Costituzioni, Il Mulino, 2004, pp. 261-288. (Recensión de Nico-

Para los juristas, sociólogos, antropólogos, politólogos y un amplio etcétera de investigadores en temas del mundo islámico que conocen ya nuestro primer trabajo iusfilosófico pionero en bioética islámica publicado años antes, en 2008, bajo el epígrafe: «Aspectos de bioética en el mundo islámico contemporáneo: Aproximación a un estudio iusfilosófico comparatista a niveles intraislámico y occidental» (incluidos como capítulo XIX, pp. 319-346, del libro titulado «Bioética de la salud», de A. Ruiz de la Cuesta, Coord., Editado por el Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla en 2008, recensado por el constitucionalista leonés Miguel Angel Alegre en el *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2097, pp. 164-172; y en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* núm. 57, 2008, pp. 173-183) a todos ellos por tanto no les resultará difícil de entender los ámbitos específicos de la terminología arabo-islámica empleada por la autora de forma tan señera como precisa, sirviéndoles de ratificación y ampliación de cuestiones bioéticas muy precisas –especialmente en el ámbito egipcio– su mayor logro como decimos.

Para quienes al estudiar la problemática actual bioética dimanante de las actuales «concepciones de los derechos humanos en el Mundo islámico»⁵ se han acercado a nuestro ulterior trabajo complementario y de ampliación titulado: «La bioética jurídica islámica como fenómeno jurídico-cultural regional: Tensiones internas y externas en la actualidad producidas en su inserción como derechos humanos», publicado en la prestigiosa revista: *ARBOR Ciencia, pensamiento y cultura*, (Revista del CSIC, CLXXVI, vol. 186, núm. 745, septiembre-octubre 2010, ISSN: 0210-1963, pp. 917-944), todavía les resultará más fructífero y complementario desde la visión panorámica que ofrece en densa perspectiva la autora Elisabetta NECO en el presente estudio, al insistir en su presentación (p. 5) en que «es valioso para comprender la lógica islámica (“lógica deóntica islámica” –diríamos nosotros–) en la resolución de casos específicos de biotica analizados», condición de limitarse a la siguiente temática: el aborto (capítulo 1), la planificación familiar (capítulo 2) y la inseminación artificial (capítulo 3).

IV

Insistimos por tanto en que el ámbito de los potenciales usuarios que se beneficiarán de su lectura no sólo se halla limitado al escaso círculo de arabistas, orientalistas e islamólogos a los que directamente va destinado el ensayo, sino a todos aquellos estudiosos que estando vinculados con las ciencias jurídicas y sociales están especialmente vinculados con aspectos de la realidad cotidiana, de la experiencia jurídica tanto a nivel de Administración del Estado –incluyendo las Comunidades autónomas y los Ayuntamientos–,

la FIORITA, Dpto. de D.I.P. Universidad de Bolonia, en *Rev. Il Diritto ecclesiastico*, Anno CXV, Fasc. 1, (2004), pp. 182-185.).

⁵ Contenidas v. gr. en nuestro libro: MIKUNDA FRANCO, E. *Derechos humanos y Mundo Islámico*. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla, 2001, 285 pp., 1.ª edic. (1.ª Reimpresión diciembre 2003). Tres veces recensado: 1) A cargo de A. OSUNA, en la Revista: *Estudios Filosóficos*, núm. 150, 2003 pp. 423-424). 2) Id.: en *AFD, Nueva Época*, Tomo XX (2003), pp. 375-378). 3) A cargo de C. PEREIRA PORTO, en *Anales de la Cátedra Fco. Suárez*, 36 (2002) pp. 373-382 bajo el título: «Bases para un diálogo intercultural sobre Derechos humanos».

especialmente en cuanto a la Asistencia social en España y en la emigración se refiere⁶, como es el caso de los llamados mediadores interculturales, y dentro de la Administración de Justicia, a jueces y magistrados, abogados, fiscales, peritos, expertos, etc., como en la enseñanza universitaria y en la media, previa a la Universidad, por su amplísimo valor informativo acerca del fenómeno *in crescendo* de la importancia del islam como religión y simultánea e inescindiblemente como realidad cultural⁷ jurídico-social en Occidente y especialmente en Europa⁸, esta vez a nivel bioético.

En este sentido llama la atención la insistencia de la autora en vincular la figura del «médico islámico» doblemente a la ciencia y a la jurisprudencia islámica a la vez (pp. 16-17); la de explicitar las «relaciones médico-paciente» en un clima que parece más freudiano que realista por parte de ciertos colectivos, que podrían desconfiar o temer incluso potenciales abusos sexuales provenientes de profesionales de la sanidad y facultativos, todo ello reforzado a través del apartado dedicado a «la investigación biomédica en Egipto» (p. 20).

El valor médico o «juicio ético de las cuatro escuelas jurídicas suníes» respecto del «aborto provocado» (p. 30) es valiosísimo para todo estudioso de la temática, presentándolo de forma casi tabular y muy concisa; al igual que la explicitación de los llamados «nacimientos injustos en el islam» (p. 31 y ss.) es decir, en los que resultan fetos deformes y los nacidos a consecuencia del delito de violación.

Dos significativas e interesantes *fatwas* islámicas (léase «instrucciones» en sentido jurídico) la primera sobre el *coitus interruptus* dictada en Jordania en 1964 (pp. 62 y ss.) y la segunda sobre la «contracepción y control de nacimientos», de 1966 en Arabia Saudí (pp. 66 y ss.), junto con unos apuntes documentados sobre «la esterilización del marido y/o la mujer como contraceptivos» (pp. 69 y ss.) concluyen la poliédrica visión islámica del capítulo⁹. Sin embargo el dato que llama más poderosamente la atención al investigador occidental es el relativo al trato sexualmente reconocido y debido «frente a la esclava», prohibiéndose el uso del *coitus interruptus* cuando se practique por el varón sólo y exclusivamente con el propósito de evitar la concepción de la «esclava» –evitando así por ende que ésta obtenga la libertad–

⁶ Vid. en contexto similar nuestro anterior trabajo: MIKUNDA FRANCO, E., «Derechos humanos y emigración árabe en la Europa Comunitaria» publicado como Capítulo XIV, en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo en el Tercer Milenio* (de A. E. Pérez-Luño, Coord.) Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 281-304, cuyos aspectos básicos siguen hoy en pie todavía en España.

⁷ Vid. MIKUNDA FRANCO, E., «I diritti umani come fenomeno culturale regionale», en: *Scienza & Politica* núm. 29, 2003, CLUEB Bolonia (Italia), pp. 47-65.

⁸ Vid. MIKUNDA FRANCO, E., «La proyección del libro Derechos Humanos y Mundo Islámico visto en retrospectiva desde el 11-S. Un comentario de su autor y su impacto en Europa», Capítulo 12 del libro: *Estado, Derecho y Religión en Oriente y Occidente* (Jacinto Choza y Jesús de Garay, eds.) Thémata/ Plaza y Valdés. Sevilla-Madrid, 2009, pp. 227-253.

⁹ Cfr. MIKUNDA FRANCO, E., «Gemeinislamisches Verfassungsrecht. Eine Untersuchung der Verfassungstexte islamischer Staaten in rechtsphilosophisch vergleichender Perspektive», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, (J.Ö.R. Neue Folge)* Nr. 51, pp. 51-79 (2003). Recensado por Albrecht WEBER (Osnabrück), en *Buchbesprechungen* 21/2004, Heft 21, p. 1353. (*Deutsches Verwaltungsblatt*, Carl Heymannsverlag, 2004).

(p. 58); de este modo hallamos una somera y bien documentada visión jurídica *ad hoc* en las páginas 60-61, que incluyen toda una variada paleta casuística de relaciones jurídicas, (amo-esclava, libre-libre, libre-esclava de terceros, libre-esclava propia. etc.), hoy ciertamente obsoleta pero muy significativa para explicar incluso ciertos fundamentalismos del presente que reivindican incluso los estatus de esclavitud del pasado en los no musulmanes, atentando así contra los estándares internacionales de libertad humana más elementales.

El ensayo concluye con un apartado bibliográfico formado por cuarenta y siete obras desde diferentes perspectivas jurídico-islámicas en el que predominan felizmente textos publicados en lenguas occidentales (inglés, italiano, español, francés) frente a sólo tres de las fuentes genuinamente arabo-islámicas, de Al Arif, Hatib, A., y Saltut, M.

Quizás el mayor escollo del ensayo consista precisamente en la mezcla de rasgos de lo tradicional primigenio islámico (en cuyos textos jurídicos se estudia la esclavitud como algo natural de la época) con lo más contemporáneo, como los métodos modernos de inseminación y fecundación existentes hoy en algunos países del mundo islámico¹⁰ que nos presenta la autora de forma indiscriminada; pero una vez salvado no nos queda más que recomendar su estudio siempre como complementario de otras obras más amplias en materia de bioética islámica, en espera de leer quizás en algún momento la tesis doctoral de la autora, que esperamos verse sobre alguna de estas pioneras materias bioéticas en el mundo islámico que tan profusamente conoce y que tan necesitados estamos de conocer en Occidente.

Emilio MIKUNDA FRANCO
Universidad de Sevilla

¹⁰ Cfr. MIKUNDA FRANCO, E., «Das Menschenrechtsverständnis in den islamischen Staaten. Allgemeine Betrachtungen im Lichte vergleichender Rechtsphilosophie», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (J.ö. R. Neue Folge)*, Band 44. (1996), pp. 205-236.

MADRID, Antonio: *La política y la justicia del sufrimiento*, Trotta, Madrid, 2010, 198 pp.

El libro de Antonio Madrid *La política y la justicia del sufrimiento*, publicado el año 2010 por la editorial Trotta, estudia el sufrimiento como fenómeno social y analiza el tratamiento jurídico-político que se da al mismo.

En este trabajo se establece una distinción entre «dolor» y «sufrimiento», que es hasta cierto punto análoga a la diferenciación que las pensadoras feministas establecieron en su día entre «sexo» y «género». El «dolor» es un fenómeno neurofisiológico, es una experiencia desagradable sensorial y emocionalmente asociada a un daño corporal. En cambio el término «sufrimiento» es utilizado para referirse a la elaboración cultural del dolor.

El dolor es algo que experimentamos naturalmente, es un mecanismo biológico de alarma. Pero el sentido que le damos al dolor o a diferentes tipos de dolor es el resultado de un proceso social que internalizamos por medio de nuestra «culturización». Ese dolor con sentido es lo que A. Madrid denomina «sufrimiento». La diferencia entre uno y otro se pone de manifiesto por ejemplo en el hecho de que nuestra actitud instintiva respecto al dolor puede ser radicalmente contrapuesta a nuestro comportamiento social respecto al sufrimiento. Instintivamente esquivamos el dolor, retiramos la mano cuando la llama nos quema. Sin embargo, socialmente, podemos buscar el dolor, como ocurre cuando alguien se sacrifica por otro o por algo, bien sea por motivos éticos, por un sentimiento patriótico, o, incluso, por estar jurídicamente obligado a ello.

La pregunta que constituye el leitmotiv de todo el libro es «¿qué hacemos con el dolor?». Con el dolor se pueden hacer muchas cosas. Dos de las más importantes son prevenirlo y utilizarlo como medio. Antonio Madrid mantiene con firmeza la vista puesta en este interrogante a lo largo de todo el libro. Eso le permite navegar sin desviarse de su meta a través de una cantidad realmente inusitada de autores y problemas. Se nota que la cuestión de «¿qué hacemos con el dolor?» no es un mero ejercicio académico, sino que constituye un interrogante de carácter vital para el autor.

La construcción social del sufrimiento

Uno de los autores que Antonio Madrid utiliza para analizar la «construcción social» del sufrimiento es John Searle. Un aspecto especialmente relevante de la teoría de este autor es que señala la existencia de dos sentidos diferentes de la distinción Subjetivo/Objetivo: un sentido epistemológico y uno ontológico¹. Desde el punto de vista epistemológico, la distinción Subjetivo/Objetivo se refiere a juicios. Un juicio es epistemológicamente objetivo cuando su verdad o falsedad sólo depende de lo que podríamos llamar su correspondencia con los hechos. «Hoy está lloviendo en Barcelona» es un juicio objetivo que puede ser verdadero o falso.

Un juicio subjetivo es, sin embargo, lo que otros autores llamarían un «juicio de valor». Searle habla de «verdad» o «falsedad» en relación con los juicios subjetivos (cosa que otros autores no admitirían). En cualquier caso, esa «verdad» de los juicios subjetivos depende de determinadas actitudes y

¹ SEARLE: *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997 pp. 27 y ss.

sentimientos de quienes emiten el juicio y de quienes lo escuchan. No hay un hecho objetivo que nos permita determinar su verdad o falsedad. «Barcelona es una bella ciudad» sería un ejemplo de juicio subjetivo.

Desde el punto de vista ontológico la distinción entre objetivo y subjetivo se refiere a entidades. Hay entidades cuyo modo de existencia no depende de que sean percibidas o sentidas de algún modo. Una montaña sería un ejemplo de entidad ontológicamente objetiva. Hay otras entidades, sin embargo, que sólo existen en tanto en cuanto que son percibidas. Tienen un modo de existencia subjetivo. Searle pone como ejemplo de entidad ontológicamente subjetiva precisamente el dolor. El dolor es subjetivo en sentido ontológico porque tiene que ser experimentado por una persona para poder existir. Sería difícil sostener que existe un dolor que nadie siente.

Ahora bien, el hecho de que una entidad sea ontológicamente subjetiva, como el dolor, no impide que se puedan hacer juicios epistémicamente objetivos acerca de la misma. «Tengo un fuerte dolor de espalda» es un juicio epistémicamente objetivo que será verdadero si de hecho me duele la espalda con intensidad. Una cuestión diferente es cómo podría comprobar un observador externo si la afirmación «tengo un fuerte dolor de espalda» es verdadera o no.

Searle realiza otra distinción que resulta también sumamente interesante. Se trata de la diferenciación entre los rasgos de los objetos que son intrínsecos a los mismos (como la forma, el tamaño, el peso), o los rasgos que son dependientes del observador. El hecho de que una piedra «sea» o tenga la función de servir como pisapapeles no es un rasgo intrínseco del objeto. Si nadie la usa como pisapapeles, la piedra no es un pisapapeles.

Searle pone como ejemplo de rasgo dependiente del observador «ser un destornillador». Según este autor que algo sea un destornillador no es un rasgo intrínseco del objeto sino que es el resultado de que es visto, utilizado o ha sido diseñado como un destornillador. Esto implica que si la raza humana se extinguiese tendríamos que concluir que ese objeto dejaría de ser un destornillador porque nadie lo vería como tal. Eso no deja de sonar un tanto raro. Aunque, por otro lado, también es verdad que si nos encontráramos con un objeto alienígena y no supiéramos para qué sirve no sabríamos lo que ese objeto *es*.

Dejando de momento estas dudas en suspenso, lo realmente importante es que Searle admite la posibilidad de hacer juicios epistemológicamente objetivos sobre rasgos que dependen del observador. En ese sentido, «esto es un destornillador» sería para Searle un juicio epistémicamente objetivo porque su verdad o falsedad no depende de mi actitud personal. Si yo digo que no es un destornillador y en realidad es percibido por los demás como destornillador, tendré que admitir que me he equivocado.

La posibilidad de hacer juicios epistémicamente objetivos sobre rasgos de las cosas que en última instancia dependen de las intenciones y los propósitos de los seres humanos nos sitúa en el meollo de la problemática relativa a la realidad social. ¿Cómo es posible que se pueda hablar con «objetividad» de algo que es producto de elementos eminentemente subjetivos como son nuestras intenciones y objetivos? Ese es uno de los «misterios» que plantea la realidad socialmente construida.

Berger y Luckmann se ocupan también de la objetividad de la realidad social, en un libro que es objeto de crítica implícita por Searle, aunque éste

no lo mencione ni una sola vez: *La construcción social de la realidad*² (el texto de Searle se titula «La construcción de la realidad social»). Berger y Luckmann no distinguen entre un sentido ontológico y un sentido epistemológico de la distinción objetivo/subjetivo. Eso hace que sus análisis sean menos «finos» que los de Searle, pero, en otros aspectos, resultan más interesantes.

Para Berger y Luckmann está claro que la realidad social a la que se refieren en su libro tiene un origen «subjetivo». Son las intenciones de las personas las que en última instancia «crean» esa realidad. No obstante, esos fenómenos subjetivos («ontológicamente subjetivos» diría Searle) se exteriorizan y objetivizan. Es decir, que llegan a ser experimentadas por los seres humanos como objetos y características que existen con independencia de su voluntad. Se trata de la «*choseité*» de los hechos sociales de la que hablaba Durkheim. Searle hablaría probablemente de rasgos relativos al observador de los que, no obstante, pueden emitirse juicios epistemológicamente objetivos. En cualquier caso, el misterio es cómo se puede construir una realidad de la que se puede hablar en términos objetivos a partir de entidades tan subjetivas como son las intenciones de las personas.

Berger y Luckmann hacen una consideración extremadamente relevante para entender la naturaleza de la realidad social: que el hecho o la institución social creados por una generación perfeccionan su objetivación cuando son transmitidos a una nueva generación. Estos autores sostienen que los niños pequeños son incapaces de entender el carácter convencional de instituciones sociales como por ejemplo el lenguaje. Para ellos, las palabras significan lo que significan y no pueden significar otra cosa. Es decir, originariamente, los seres humanos perciben el mundo social que se les transmite por educación (las normas, instituciones, valores, conocimientos, etc.) como algo objetivo (ontológicamente en el sentido de Searle). El mundo social tiene la misma cualidad ontológica que el mundo natural para el pequeño ser que está siendo educado. Sólo en un momento posterior será capaz (aunque no siempre, ni respecto a todas las instituciones y hechos sociales) de relativizar, de darse cuenta que ese mundo «objetivo» es, en realidad un conjunto de rasgos «referentes al observador» (en el sentido de Searle) y que, por tanto, no es inmutable y eterno, sino que puede ser cambiado y que de hecho cambia a lo largo de la historia.

El libro de Antonio Madrid se dedica en buena parte a analizar la construcción social del sufrimiento desde este tipo de perspectiva. A cómo los seres humanos dan un sentido al dolor a partir de sus intenciones, objetivos, valores, sentimientos, etc., y lo convierten en sufrimiento. Y a cómo este sentido, a pesar de tener un origen eminentemente subjetivo, se objetiva y puede transmitirse a las siguientes generaciones como si fuera un rasgo intrínseco del mismo sufrimiento. En este sentido, el libro de Antonio Madrid no sólo nos habla de qué hacer con el sufrimiento, sino también de cómo se crea ese hecho social a partir del hecho neurofisiológico del dolor (y en compleja interrelación con él).

En cuanto algo «construido», el sufrimiento es un fenómeno histórico-social: su sentido varía de una sociedad a otra y cambia de un momento de la historia a otro. No sólo varía su sentido, también la manera de expresarlo e,

² BERGER, P., y LUCKMANN, T., *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, undécima reimpresión de la 1.ª ed. de 1968, 1993, esp. pp. 80-84.

incluso, el modo de experimentarlo y afrontarlo individualmente. Un mismo sufrimiento puede ser, además, dotado de sentidos diferentes dentro de una misma sociedad: el fustigamiento del penitente en la procesión puede ser visto como un sacrificio por una persona con mentalidad religiosa, o como un acto de masoquismo por un psicólogo.

Un aspecto de la construcción del sufrimiento al que Antonio Madrid presta especial atención es a su relación con la desigualdad social. Y esto al menos en dos sentidos: no todos están igualmente protegidos ante el sufrimiento y no todos los sufrimientos «valen» lo mismo. Así, aunque todos los seres humanos estemos expuestos a la enfermedad, los medios preventivos y curativos a disposición de las personas varían abismalmente según el lugar del planeta en el que vivan. Que los sufrimientos no son igualmente reconocidos lo pone de manifiesto p. ej. que sólo los muertos del bando vencedor de la guerra civil española fueron considerados «Caídos por la Patria» durante la época franquista.

Otro tema central del libro es lo que su autor denomina la «normalización» del sufrimiento. La normalización del sufrimiento es una faceta de la construcción social del mismo. Que un sufrimiento esté normalizado es el resultado de la interacción entre una norma y las prácticas sociales adecuadas a la misma. Como las normas pueden ser de distintos tipos (culturales, éticas, de la moda, etc.) también son múltiples las instituciones que intervienen en la normalización del sufrimiento. Y la lucha contra determinados sufrimientos «normalizados» ha sido y es la esencia de la actividad emancipatoria. Muchos sufrimientos han dejado de ser aceptables socialmente, precisamente porque en su momento hubo quienes combatieron su normalización.

Derecho y sufrimiento

La cuestión de la normalización del sufrimiento sirve de puente para hablar de la tercera parte del libro en la que se trata de la relación entre el derecho y el sufrimiento. Obviamente, el derecho es un instrumento de normalización del sufrimiento. Pero la relación entre el sufrimiento y el derecho va mucho más allá. Como dice el propio Antonio Madrid: «Sin el recurso al dolor no habría derecho» (p. 129).

La idea de que el sufrimiento (o el dolor) sea un componente del derecho puede resultar sorprendente, pero se entiende fácilmente: sin amenaza de causar un sufrimiento y sin el poder efectivo de causarlo no habría normas jurídicas. Para que una norma sea jurídica debe contener la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento. Y toda sanción pretende causar algún tipo de sufrimiento. Asimismo, para que una autoridad pueda dictar normas susceptibles de ser caracterizadas como jurídicas debe tener el poder suficiente para hacer efectiva la sanción. Se trata de condiciones necesarias (aunque no sean suficientes) de la existencia del derecho. Esta idea no es nueva. Antonio Madrid cita a Bentham, Austin o Von Wright como autores que han utilizado la idea de causar sufrimiento como componente de la imperatividad del derecho.

Uno de los ámbitos donde más claramente se pone de manifiesto la relación intrínseca entre el derecho y el sufrimiento es el de las sanciones penales. Como señala Antonio Madrid, las sanciones penales pretenden expresamente causar sufrimiento. Esto es algo que Hart, entre otros, ya había señalado.

Tradicionalmente, la justificación del sufrimiento causado por la pena venía dada porque se consideraba dicha pena como el precio que había que pagar por el delito. Si se había causado sufrimiento era necesario que uno sufriera para compensar la balanza de la justicia. Las teorías modernas de la pena rechazan ese carácter retributivo de la sanción. Sin embargo, como señala Antonio Madrid, la concepción de la pena como un precio que se ha de pagar en forma de sufrimiento es algo que sigue teniendo una notable presencia en la opinión pública, los medios de comunicación e, incluso, el mundo de los operadores jurídicos. Como subraya el autor, podría decirse incluso que la concepción retributiva de la pena ha ganado fuerza y adeptos en estos últimos tiempos.

Otro ámbito en el que el derecho aparece relacionado con el sufrimiento (aunque no de forma intrínseca), es el terreno de las indemnizaciones por daños, especialmente por daños «morales». Como señala Antonio Madrid, en estos casos el derecho se ve frecuentemente en la tesitura de «ponerle precio al sufrimiento» (p. 152) Se trata de algo notablemente complejo: el sistema jurídico tiene que reconocer la existencia y dimensión del sufrimiento, determinar si estaba o no justificado, establecer sobre quién debe recaer la responsabilidad de haberlo causado y, en última instancia fijar la cuantía de la indemnización que la víctima debe recibir. Estas operaciones resultan especialmente difíciles porque el dolor es imposible de medir con exactitud hoy en día y porque no existe un mecanismo que pueda objetivamente atribuir un «precio» a una cantidad determinada de sufrimiento.

Sin embargo, la situación podría cambiar radicalmente en pocos años en lo que se refiere a la subjetividad intrínseca del dolor y la dificultad de probar su existencia. En 2008, los abogados de un trabajador norteamericano, que había sufrido un accidente laboral, quisieron presentar como prueba de que su cliente padecía de un dolor crónico unas imágenes escaneadas de su cerebro. Estas pruebas no llegaron a juicio porque la empresa y el trabajador firmaron un acuerdo de conciliación. Pero este caso (y otros similares) han suscitado una intensa polémica entre neurocientíficos y juristas.

Hay científicos que consideran que no están en condiciones de detectar, ni mucho menos medir, el dolor a través de escáneres cerebrales. Unos argumentan que si bien se ha demostrado que el dolor activa una determinada red neural, no se tienen pruebas de lo contrario, es decir, de que la activación de esa red neural sea un signo inequívoco de dolor. Sin embargo, otros señalan que existe una clara correlación entre la intensidad y carácter crónico de determinados dolores y el tipo de actividad cerebral que se puede detectar mediante una resonancia magnética. Según estos últimos, estaríamos a pocos años de poder tener imágenes inequívocas de que una persona está sintiendo dolor y de la intensidad del mismo. Los escáneres cerebrales podrían utilizarse como «dolorómetros» y las imágenes obtenidas podrían constituir una prueba concluyente en casos como el señalado más arriba³.

Valoración final

Todo lo dicho pone de manifiesto la originalidad y fecundidad de una perspectiva que ve el derecho desde el punto de vista de su relación con el

³ Ver MILLER, Grey: «Brain Scans of Pain Raise Questions for the Law», *Science*, 323, 9 de enero, 2009.

dolor. El libro de Antonio Madrid no es sólo interesante por la visión socio-jurídica y política que nos da del fenómeno del sufrimiento, sino también porque el método utilizado en él puede aplicarse al estudio de otros fenómenos como el género o los prejuicios racistas o xenófobos.

Se trata de un trabajo que puede enriquecer la concepción del fenómeno jurídico que tienen los filósofos y teóricos del derecho, así como el resto de juristas. Pero también es un texto especialmente apto para ser utilizado como material docente. La claridad de la exposición, la profusión de ejemplos y casos jurídicos reales lo hacen especialmente pedagógico. Desde mi punto de vista resulta muy útil para conseguir un objetivo: que los estudiantes adquieran consciencia del derecho como fenómeno social. Que vean que el sistema jurídico no es un ámbito aislado del resto de la sociedad, sino que interacciona con el conjunto de las instituciones sociales y de las personas que las integran recibiendo influencias determinantes de ellas e influyendo de forma también determinante en las mismas.

José A. ESTÉVEZ ARAÚJO
Universitat de Barcelona

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del Autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, 619 pp.

Esta obra constituye un Homenaje a las más de tres décadas de actividad académica del Profesor Pérez Luño como Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. El Departamento de Filosofía del Derecho y la propia Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense han querido mostrar su reconocimiento a esa dedicación ejemplar e ininterrumpida de docencia e investigación. El libro ofrece testimonio inequívoco de esa feliz simbiosis entre este profesor universitario y el ámbito académico donde ha desempeñado su tarea. En su Presentación el Decano de la Facultad y Catedrático de Historia del Derecho, Antonio Merchán, pone especial énfasis en destacar esta circunstancia, así como la fecunda labor desarrollada por el homenajeado en el desempeño, durante una larga etapa, de diversas responsabilidades universitarias; entre otras: Decano, Director del Departamento y miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad y del Consejo de los dos Institutos Universitarios presentes en la Facultad (Criminología y García Oviedo). Todo ello, acredita la oportunidad y justificación de este merecido homenaje.

En las páginas que integran la obra, objeto de este comentario, se pretende trazar una aproximación histórica a algunos de los principales problemas iusfilosóficos, a través del estudio crítico de su planteamiento por destacadas figuras y escuelas de la reflexión cultural sobre el Derecho. Este enfoque diacrónico no pretende, según señala expresamente su Autor, constituirse en una alternativa del análisis conceptual y sistemático de las cuestiones de la teoría y de la filosofía del derecho. Por ello, cuanto mayor sea el grado de elaboración sistemática de los materiales jurídicos en el devenir de las distintas épocas en que se desarrolla la cultura jurídica, más diáfana podrá ser su captación y expresión historiográficas. Asimismo, la consciencia histórica de las ideas jurídicas podrá contribuir al cabal entendimiento del significado presente de sus formulaciones sistemáticas.

No huelga advertir que, en la situación presente de la teoría y la filosofía jurídicas, se advierte un cierto abandono por parte de los estudiosos más jóvenes del interés por el tratamiento en perspectiva histórica de estas materias. Para el profesor de Sevilla, urge reaccionar contra esa especie de «agnosticismo cultural» que tras esa actitud pudiera incubarse. La plena inteligencia de la mayor parte de problemas jurídicos exige su consideración histórica. En pocas ciencias, como en la del derecho, es tan necesario conjugar el estudio de las *aporías* actuales con las pretéritas. En ningún otro saber adquiere la historia ese valor de instrumento ineludible para la nueva y actual investigación de su estructura temática.

Para los estudiosos y profesionales de las ciencias humanas y sociales, en especial para los juristas, el conocimiento de la génesis, desarrollo y perspectiva temporal en que consiste la historia del devenir de las ideas, no tiene un significado ornamental. Es necesario difundir la convicción de que no es posible el tratamiento sistemático de cualquier problema referente al Dere-

cho o al Estado, si no se aborda, paralelamente al estudio de sus aspectos actuales, el de sus antecedentes pretéritos. Recuerda Pérez Luño que, al prologar la obra de Huizinga *El Otoño de la Edad Media*, Ortega reclamaba la indispensabilidad de la consciencia histórica en términos que –estima– mantienen, casi setenta años después, intacta su vigencia. En ese texto, el referido pensador expresaba su convicción de que «sólo la historia puede salvar al hombre de hoy». El conocimiento de la historia ha devenido, en la hora presente, un menester necesario e irrenunciable de nuestra convivencia, antes que una diversión o un lujo. «Como la llamada época moderna es el tiempo de la razón física, la etapa que ahora se inicia será la de la razón histórica. De no serlo, –concluye Ortega– nuestra civilización sucumbirá en una pavorosa y vertiginosa retrogradación».

Este libro recoge una serie de ensayos históricos fruto de una investigación de su Autor que engloba un arco temporal de casi cuatro décadas. Los más antiguos fueron publicados en los inicios de los años setenta del pasado siglo. Se refleja en ellos su inquietud iniciática, de la que nunca ha abdicado, por captar las doctrinas y los problemas jurídicos *sub specie historiae*. Ahora bien, el tiempo transcurrido desde el momento en el que alguno de estos estudios fueron publicados y el nuestro ha aconsejado la conveniencia de proceder a su reelaboración, ampliación y actualización.

El conjunto de la obra agrupa treinta y tres ensayos históricos, que se hallan desglosados en tres partes. La *primera*, bajo el rótulo de: «Épocas y doctrinas en la Historia de la Filosofía del Derecho», intenta ofrecer una panorámica general de la evolución del pensamiento jurídico a partir de la exposición crítica de las ideas de algunas de las principales figuras que han forjado la reflexión iusfilosófica (Tomás de Aquino, Vico, Jovellanos, Kant, Hegel, Marx, Bentham, Ortega...), así como de los movimientos y etapas más significativos en la conformación de esa disciplina (Clásicos hispanos, Cultura jurídica de la Constitución gaditana de 1812, Historicismo jurídico, Krausismo).

Integran la *segunda parte* de esta obra una serie de investigaciones que, bajo la denominación genérica de: «Perfiles y temas iusfilosóficos contemporáneos», persiguen la finalidad de dar cuenta de las aportaciones doctrinales de algunos de los más relevantes pensadores de la cultura jurídica de nuestro tiempo en la reconstrucción de determinadas categorías y conceptos jurídicos. Se esbozan también aquí los rasgos básicos del perfil intelectual de algunos filósofos y teóricos del derecho de especial relevancia. Las doctrinas de Kelsen, Hart, Bobbio, Fassó, Frosini, Dworkin, Habermas, Rawls y, entre nosotros, Alcalá-Zamora, Luño Peña, Truyol Serra y Ruiz-Giménez son expuestas con ejemplar claridad y solvencia en relación con distintos aspectos de la cultura jurídica contemporánea, para cuyo planteamiento esas posiciones científicas han sido decisivas.

En la *parte tercera* se analizan algunos de los «Itinerarios actuales de la Teoría y la Filosofía del Derecho», cuya incidencia en la cultura jurídica y política reviste un interés prioritario. En breves páginas, densas de contenido, el Autor ofrece una síntesis crítica de ideas y argumentos de incuestionable calado para la teoría jurídica del presente, como los debidos a: Bagolini, Lachance, Rorty, Bergel, Müller, Tarello y Sommermann.

Conviene insistir en la pertinencia actual que revisten las reseñas y comentarios bibliográficos que integran este tercer apartado del volumen. Recuerda el Profesor Pérez Luño que, al establecer los principales géneros de la literatura jurídica, Friedrich Carl von Savigny formuló tres modalidades

básicas: el «tratado», dirigido a la exposición sistemática de una rama o institución jurídica; la «monografía», cuyo objeto reside en la elaboración crítica y original de los conceptos, categorías e instituciones del Derecho; y el «comentario», consistente en la exégesis o en la interpretación de textos doctrinales, legislativos o jurisprudenciales (*System des heutigen römischen Rechts*, 1840, se cita por la ed. Facsímil de Scientia, Aalen, 1981, vol. I, p. XXVIII).

Se alude también en esta obra a que, en fecha más reciente, Peter Häberle ha asignado al estilo literario jurídico del comentario y de la recensión el papel de «factor y espejo de la evolución del Derecho». Para cumplir esa tarea, esta manifestación de la cultura científico jurídica debe contribuir a una triple función: informativa de las novedades bibliográficas relevantes, receptora de las orientaciones y cambios de rumbo predominantes en la teoría y/o práctica del Derecho y, a su vez, productora de tesis y concepciones a través de la prolongación o la crítica de las ideas recensionadas. (*Wissenschaftliche Zeitschriften als Aufgabenfeld juristischen Rezensionswesens*, en el vol. *Verfassungsrecht und Völkerrcht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck*, ed. A cargo de W. Fiedler y G. Röss, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 277 y ss.).

Convengo con lo que viene sosteniendo insistentemente Pérez Luño respecto a la importante función formativa de la elaboración de recensiones y comentarios por parte de los investigadores de la Filosofía y la Teoría del Derecho. Este género científico promueve y habilita a los jóvenes estudiosos en el uso de las técnicas fundamentales de la investigación jurídica. Y podría proyectarse también a quienes inician su aprendizaje en las Facultades de Derecho. Tal es el caso del plan de estudios vigente del grado en Derecho de la Universidad de Barcelona, al ofrecer en el semestre inicial la asignatura «Técnicas de Trabajo y Comunicación» que, con fines instrumentales y entre otros contenidos (como un trabajo de investigación en equipo o la exégesis de textos doctrinales, legales y legislativos –siguiendo la huella de Savigny), incluye también la realización de una recensión crítica. Conviene recordar que ya el plan de estudios de 1953, posiblemente haciéndose eco del informe elaborado por el Profesor Charles Eisenmann en ocasión del coloquio de Cambridge de 1952, bajo los auspicios de la UNESCO, incluyó, también en el curso primero, la asignatura «Prácticas de lectura de textos jurídicos clásicos (latinos y españoles)», con el propósito de fomentar, entre otros logros, la capacidad de comprensión y razonamiento del alumnado. Todo sea dicho, la innovación no se prolongó más allá de dos cursos académicos. El Autor repara, sorprendido, en la circunstancia de que algunos filósofos del derecho actuales con una nómina de reputados libros, e incluso con tratados y manuales, no hayan publicado previamente ni una sola recensión o comentario bibliográfico. Más razonable le parece que los estudios monográficos y, eventualmente, las obras generales de síntesis (tratados y manuales) sean el colofón de una experiencia intelectual adquirida a partir de la reseña y el comentario.

Estima el Autor, que la incidencia actual de esta faceta de la investigación científica en nuestro horizonte cultural se traduce en una significativa peculiaridad. Se trata de una circunstancia en la que conviene reparar. La situación presente de los profesores universitarios adscritos a ciertas Áreas de conocimiento, entre las que se encuentra la Filosofía del Derecho, plantea una insoslayable paradoja: para que se evalúe su actividad investigadora precisan aportar «indicios de calidad», es decir, comentarios críticos en los que

se justiprecie su labor científica; pero, la puntuación atribuida a las reseñas, reseñas y comentarios bibliográficos resulta posiblemente infravalorada. Esta contingencia depara una clara desproporción entre la literatura iusfilosófica consistente en estudios, monografías y ensayos doctrinales, tendente a exponer ideas y planteamientos de carácter «original» –lo que, por supuesto, adquiere pleno sentido–, y la que tiene por objeto el juicio crítico y la reseña bibliográfica del pensamiento doctrinal ajeno. Pérez Luño considera que es ésta una situación anómala, pues debiera darse un equilibrio razonable entre estas dos facetas de la actividad investigadora. Pero el sistema de evaluación de los «sexenios» –en su caso, reconocidos en su totalidad– es responsable, en gran medida, de este discutible estado de cosas.

Los autores, escuelas y movimientos culturales estudiados en esta obra la acreditan, por su amplitud e interés, como uno de los más ambiciosos propósitos historiográficos realizados, en los últimos años, en el seno de nuestra cultura jurídica. No obstante, como señala en su cuidada presentación el profesor Rafael González-Tablas, la investigación y la enseñanza histórica del pensamiento jurídico desarrollada por el Autor es mucho más amplia de lo publicado en este libro.

Los alumnos y discípulos del profesor Pérez Luño, desde su magisterio incipiente en la Universidad de Barcelona, hasta el año 1974, saben que los textos que se recogen en este volumen, como tuve ocasión de comprobar personalmente, no agotan su concepción historiográfica de la cultura jurídica. Existen temas relativos a la historia del pensamiento jurídico y político en los que su enseñanza oral ha ofrecido planteamientos originales y estimulantes, que aquí no se han traducido en ensayos escritos. Así, por ejemplo, podría aludirse a su reivindicación del humanismo jurídico y político de los sofistas, y de su contribución a los orígenes de la argumentación en el derecho. Asimismo, cabe mencionar su resistencia a hacer de Platón un «enemigo de la sociedad abierta», por considerarle defensor de valores tales como: las condiciones básicas de la sociedad justa en cuanto bien ordenada, de la formación cívica, el pleno desarrollo de la personalidad de cada miembro del cuerpo social y la concepción educativa de la pena; ideas que permiten una lectura alternativa, en clave de libertad, del pensamiento platónico. También se desprende de su magisterio oral un empeño por establecer una lectura comparada del republicanismo de Cicerón y el constitucionalismo actual. No menos interés reviste su propuesta de comprensión del pensamiento jurídico y político agustiniano a partir del corte epistemológico derivado de su polémica contra el pelagianismo. La tensión entre *eros* y *agape*, entre intelectualismo y voluntarismo, de tanta trascendencia en la cultura de occidente, tendría su origen en esa controversia.

Mención especial merece su descalificación de los tópicos y mitologías sobre la cultura jurídico-política medieval. Estima igualmente infundadas: la concepción renacentista del Medievo como un periodo histórico en el que «no pasa nada», es decir, como un mero interregno entre la cultura clásica y la moderna, como una antesala del Renacimiento; la teoría de la Ilustración, según la cual el mundo medieval correspondería a una etapa en la que «no pasa nada bueno», porque es un periodo de oscurantismo y barbarie, una «Edad de Hierro», incompatible con cualquier forma de desarrollo cultural; y la exaltación de la Edad Media propia del Romanticismo, a tenor de la cual fue un momento de la historia en el que «no pasa nada malo», un ámbito idealizado de ritos caballerescos que engendraría las tradiciones culturales

del «espíritu de los pueblos», vertebrador de las diversas nacionalidades históricas europeas.

En su revisión historiográfica de algunos autores clásicos, como Maquiavelo, Hobbes, Leibniz o Hume, se advierte su esfuerzo por ofrecer una hermenéutica novedosa de sus aportaciones al devenir de la cultura jurídica. En la Segunda Parte de este volumen, en la que su autor traza una cuidadosa selección de «Perfiles y temas iusfilosóficos contemporáneos», se incluyen semblanzas intelectuales de quienes fueron sus principales maestros y de algunos de los pensadores de referencia de la filosofía jurídica de nuestra época, de cuya obra se siente deudor. Sorprende que en esta selección de destacadas figuras no exista un ensayo monográfico dedicado a quien fue su maestro en la Universidad germana de Friburgo de Brisgovia, el profesor Erik Wolf, cuya concepción iusfilosófica siempre ha estado presente en los escritos y en la docencia oral del profesor Pérez Luño. Estima Rafael González-Tablas, que quizás ello se deba a que el Autor concibe esta obra como una *work in progress*, susceptible de nuevas ampliaciones.

Confirmaría esta tesis la circunstancia de que en el libro no se incluyen algunos trabajos muy recientes en los que Pérez Luño ofrece una sugerente visión de autores contemporáneos. Así su relevante estudio, en el que ha contado con la colaboración de Francisco Contreras, sobre: «Michel Villey et l'Espagne» (trad. franc. De André-Jean Arnaud), publicado en el monográfico de *Droit et Société*, dedicado al Homenaje a Villey (2009, n.71, pp. 47-68); o su amplio prólogo al libro de Miguel Álvarez Ortega: *La filosofía del derecho de Ernesto Garzón Valdés* (Dykinson, Madrid, 2008), en el que traza una lúcida interpretación de la doctrina del ilustre iusfilósofo argentino; o también su contribución sobre: «Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba», publicada en los *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Entre la Ética, la Política y el Derecho* (Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1079-1093).

El enfoque de perspectiva histórica, que constituye el planteamiento metódico de este libro, ha determinado la disposición, preferentemente cronológica, de los distintos temas y pensadores estudiados. Ese diseño explica el que se haya insertado como capítulo sexto de la obra el referente a: «Hegel, Ortega y los presupuestos historiográficos de la Filosofía del Derecho». Esta investigación, desde un punto de vista lógico-conceptual, debería preceder al resto de los capítulos de la obra, ya que, en ella, se avanzan los criterios metodológicos que sirven de soporte a las reconstrucciones del pensamiento jurídico que constituyen su núcleo. Este capítulo representa, en cierto modo, el desarrollo y la síntesis de las tesis historiográficas del Autor.

Esa vocación histórica se halla presente desde el propio inicio de su actividad investigadora, o sea, desde su Tesis doctoral boloñesa, dirigida por el maestro de la historiografía filosófico-jurídica italiana Guido Fassó, defendida en el año 1969 y publicada luego en versión castellana con el título de: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, con Prólogo del propio Fassó (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1971). Idéntica preocupación metodológica por los presupuestos históricos de la Filosofía del Derecho delatan, entre otras, dos de sus obras posteriores: *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho* (Trotta, Madrid, 2.ª ed., 1995); existe trad. alemana de la 1.ª ed. a cargo de R. Zimmerling, *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, (Duncker&Humblot, Berlín, 1994) y *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho* (Tébar, Madrid, 5.ª ed. 2007).

No debe tampoco omitirse la importante responsabilidad que, por deseo expreso del profesor Antonio Truyol Serra, asumió Pérez Luño en la preparación y revisión del volumen tercero y póstumo de su, merecidamente célebre, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Idealismo y Positivismo* (en colaboración con Magdalena e Isabel Truyol Wintrich, Alianza, Madrid, 2004)

La extensión y diversidad de temas y autores estudiados en esta obra hacen prácticamente inviable un comentario, demorado en pormenores, de los distintos capítulos y argumentos que la integran. Como balance general de su significado y contenido, podría aludirse a los rasgos de rigor, claridad, amenidad y originalidad que la informan. Respecto a esta última nota, debe hacerse hincapié en el, casi siempre, sesgo novedoso que dimana de la lectura y la exposición crítica de las obras y doctrinas iusfilosóficas que avanza el Autor. Se podrá estar de acuerdo o no con algunas de sus tesis y conclusiones; pero, lo que no se podrá discutir es la voluntad del profesor de Sevilla por contribuir a una visión renovadora de los grandes pensadores y momentos que conforman el devenir y el presente de la cultura jurídica. Se ha hecho célebre el *motto* orteguiano a tenor del cual algunos pensadores tienen una filosofía, mientras que a otros la filosofía les tiene a ellos. Quiere con ello, distinguir las posturas de quienes poseen un conjunto de enfoques, ideas y teorías propios, frente a quienes, con mayor o menor dosis de dogmatismo, se pliegan a la observancia y adscripción de ciertos movimientos, escuelas o paradigmas. De admitirse esta distinción de Ortega, estimo que el Autor de esta obra pertenecería, sin duda, a la estirpe de los primeros.

De cuanto se lleva expuesto, se infiere la importancia e interés científico de la obra objeto de este comentario. La fecundidad de sus aportaciones, la abundancia de materiales crítico-bibliográficos que la sustentan y el estímulo hacia nuevas rutas de investigación que sugiere, la dotan de incuestionable utilidad para los filósofos del derecho. Será muy provechoso contar con ella en un estante de la biblioteca, próximo al ámbito de investigación de cualquier filósofo o teórico del derecho, pronta para su uso y consulta. Esa conjunción de saber teórico y funcionalidad pragmática estimo que legitima plenamente la publicación de esta obra y constituye el mejor elogio de su contenido.

Carmelo GÓMEZ TORRES
Universitat de Barcelona

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *El desbordamiento de la fuentes del Derecho*, La Ley & Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 257.

En cada una de las etapas del desarrollo del pensamiento jurídico, se advierten determinados problemas y preocupaciones fundamentales. Sobre cada cultura jurídica se plantea el imperativo de dar respuesta a los principales retos de la experiencia jurídica. Si se parte de esas premisas, no parece aventurado identificar la sensibilidad de los juristas de nuestro tiempo por comprender y clarificar el significado actual del sistema de fuentes del Derecho. Esa inquietud se debe a la complejidad y prolijidad que hoy revisten los sistemas de fuentes normativas en los ordenamientos jurídicos de los Estados más avanzados del presente.

Es notoria la relevancia que asume el sistema de fuentes en la experiencia práctica y en la reflexión teórica sobre el Derecho. La persistente centralidad temática y problemática de esta cuestión, deriva de su propio carácter constitutivo de cualquier experiencia jurídica. Por ello, al tratar de las fuentes del Derecho se abordan aspectos nucleares de la juridicidad. De ahí, la importancia e interés científico y práctico de la obra aquí comentada.

Es Autor de este libro, el profesor Antonio-Enrique Pérez Luño, Catedrático de Filosofía del Derecho y ex-Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, miembro de diversas Reales Academias y profesor, investigador y conferenciante en distintas instituciones universitarias españolas y extranjeras. A su autoría se debe una amplísima y cuidada obra bibliográfica referida a la Teoría y Filosofía del Derecho y que comprende más de treinta libros y tres centenares de artículos, monografías y ensayos.

Advierte el profesor Pérez Luño que el libro, al que este comentario se refiere, trae causa y mantiene el título de su Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, que fue leído el día 12 de diciembre de 1993. Los casi veinte años transcurridos desde entonces y la peculiaridad del evento para el que fue elaborado, imponían ahora una revisión, actualización y ampliación de su contenido. Por eso, que si la temática abordada en ambas ediciones es la misma, no es lo mismo el desarrollo, la extensión y el enfoque de la que ahora se presenta: *eadem sed aliter*. Se han suprimido las palabras de circunstancias propias de la ocasión académica para la que fue redactado el texto original. En particular, se ha omitido el Discurso de contestación pronunciado en aquel acto por el prestigioso jurista y Académico, lamentablemente desaparecido, el Catedrático de Historia del Derecho José Martínez Gijón.

Las dos partes que integraban ese Discurso se han refundido ahora en el capítulo primero de esta nueva versión, que es el que guarda mayor continuidad con la anterior. Por ello, los seis capítulos restantes integradores de la obra pueden considerarse como una elaboración novedosa.

En el libro aquí comentado, el profesor Pérez Luño, intenta ofrecer las claves interpretativas y orientadoras que ayuden al jurista de nuestros días a la inteligencia de esa jungla normativa, profusa, heteróclita y, en ocasiones, casi impenetrable para los propios operadores del Derecho, tal como hoy se manifiesta el sistema de fuentes jurídicas. Por eso, el título de este libro no es gratuito, ni casual, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, constituye una expresión certera para dar cuenta y, en cierto modo, para avanzar un diagnóstico en relación con los síntomas de alteración y desorden que aqueja a los sistemas de fuentes jurídicas actuales en los ordenamientos de los países

mas desarrollados. El Autor diseña también una panorámica general y una valoración crítica de esas importantes transformaciones operadas en el significado de las fuentes del Derecho en nuestro tiempo.

La temática en la que se desglosa el contenido de este libro, es tan amplia como el conjunto de cuestiones básicas en las que se concreta el nuevo significado actual de los sistemas de fuentes jurídicas. Una relación de los argumentos tratados en cada uno de los siete capítulos que integran la obra, permite calibrar el acierto y actualidad de su planteamiento.

En el capítulo primero estudia el autor el significado y alcance actual de las fuentes jurídicas y traza una tipología de las mismas. En el capítulo segundo se aborda el nuevo contexto de las fuentes jurídicas, conformado por las transformaciones producidas en el Estado de Derecho en su actual fase constitucional. El profesor Pérez Luño enjuicia aquí la trascendencia que para el sistema de fuentes han supuesto los actuales fenómenos de supraestatalidad e infraestatalidad normativa. El objeto del tercer capítulo consiste en dar cuenta de las tendencias postmodernas de construcción y de deconstrucción de la legalidad. La metamorfosis de la ley en las sociedades globalizadas suscita una atención preferente en la temática de este capítulo. En el cuarto capítulo se indaga, la siempre polémica cuestión de los poderes creativos del juez, temática que guarda íntima conexión con el significado y naturaleza del sistema de fuentes de los Estados de Derecho. Para el desarrollo de ese cometido se traza un mapa de los diversos sentidos y ámbitos doctrinales desde los que se plantea el problema de la creación judicial del Derecho. Se analizan también, como medio para clarificar esta cuestión, los distintos momentos o fases en los que se desglosa la labor de juzgar. El quinto capítulo tiene por objeto dar cuenta de los diferentes aspectos y funciones de la institución de la equidad, en su devenir y en el presente. Se estudian, a este fin, las dimensiones política y procesal de la equidad y, en el seno de esta última, su significado hermenéutico y creativo, que es el que posee mayor incidencia para la teoría de las fuentes del Derecho. El profesor Pérez Luño no comparte en este libro, tal como se argumenta en el capítulo sexto, el fervor que en determinados sectores de la teoría jurídica actual, suscitan los principios generales del Derecho. Desde esas premisas, los principios aparecen como una especie de talismán jurídico, capaces de resolver, cual un *Deus ex machina*, todas las aporías que se suscitan en el interior del sistema de fuentes de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El autor conjetura, en esta parte de la obra, la tesis de que quizás el precio a pagar por esa virtualidad de los principios sea el de su mitificación. El libro se cierra con el capítulo séptimo, donde se inquiere la normatividad de los usos sociales en su relación con las fuentes consuetudinarias del Derecho. Frente a las posiciones doctrinales que habían expedido acta de defunción de los usos y costumbres como fuentes de los sistemas jurídicos desarrollados, se apuntan en este libro factores y ámbitos que revelan la revalorización y el nuevo cometido que incumbe a estas fuentes de normatividad en las sociedades tecnológicas del presente.

Los teóricos del Derecho y los juristas prácticos son conscientes de que la evolución de los sistemas jurídicos puede ser entendida como la lucha entre las distintas fuentes del Derecho. En ellas, se manifiesta la hegemonía de determinadas instituciones: gobiernos, parlamentos, tribunales... Tras esas instituciones actúan fuerzas políticas: élites, clases, grupos de presión, minorías... Por eso apenas existe algún aspecto del ordenamiento jurídico que no incida o se vea afectado por el sistema de fuentes. Es notorio además que la teoría de las fuentes se manifiesta en cada uno de los sectores del ordena-

miento jurídico de forma peculiar y con consecuencias diferenciadas. Consciente de estas circunstancias, el Autor ha intentado orientar su análisis hacia la consecución de unos objetivos básicos.

Esos propósitos intelectuales le conducen a mostrar como los debates doctrinales sobre las fuentes, no obedecen a preferencias fortuitas o inmotivadas. Casi siempre, esas posturas teóricas son el fruto de las propias transformaciones políticas, económicas y sociales que acompañan el devenir de las fuentes del Derecho. El Autor, ha tratado también de ofrecer noticia compendiada de las metamorfosis actuales que se están produciendo en el ámbito de las fuentes. La profundidad de esos cambios y mutaciones ha determinado un desbordamiento de su propia significación. El fenómeno del desbordamiento de las fuentes representa la más evidente proyección jurídica de las transformaciones del Estados de Derecho. Así como del desbordamiento político de los Estados nacionales, en cuyo seno se forjó y fue elaborada, por la Dogmática jurídica, la concepción moderna de las fuentes que ha llegado hasta nosotros.

La transformación y la mudanza parecen, por tanto, haberse convertido en los fenómenos distintivos de nuestra época. Su amplitud y profundidad se han dejado sentir en casi todas las esferas de la vida y, por descontado, en la vida del Derecho. Se ha invertido, de este modo, la tendencia dominante en la doctrina jurídica pretérita tendente a dar cuenta del Derecho a partir de sus rasgos más permanentes y estables. En oposición a ella hoy se juzga imprescindible captar el sentido de las diferentes disciplinas jurídicas en su incesante devenir.

Esa marea transformadora ha alcanzado también a aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían más inmunes a la innovación, como el de las fuentes del Derecho. Un jurista decimonónico transportado en el túnel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurídicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado. Algunos ejemplos pueden contribuir a explicitar las causas que motivarían la perplejidad de ese jurista.

Es notorio que la gran revolución jurídica del racionalismo ilustrado se concretó en el fenómeno de la codificación. El proceso de sistematización lógica de los materiales normativos supuso el gran avance hacia la racionalidad formal de los ordenamientos jurídicos propios de los Estados de Derecho de la Europa continental. Frente a ese proceso hoy nos hallamos ante una situación que ha sido designada como «la edad de la descodificación». Hoy, en efecto, importantes ámbitos normativos han registrado un éxodo desde los códigos hacia otras fuentes jurídicas.

Recuerda el profesor Pérez Luño que, desde hace más de un siglo, la Dogmática y la Teoría del Derecho elaboraron un concepto de norma legal entendida como reglamentación prescriptiva de carácter general y abstracto. No obstante, desde hace algunos años la doctrina germana denunció la proliferación de leyes medida (*Massnahmegesetze*). Se trata de leyes específicas en las que la generalidad y abstracción se han visto suplantadas por la particularidad y la concreción. Consisten en disposiciones legales que formalmente (no en lo referente a su *ratio legis*) se asemejan a la estructura normativa de una ley privada o privilegio que, paradójicamente, fue lo que la ley del Estado de Derecho vino a abolir.

Otro supuesto ejemplar del proceso de transformación del sistema de fuentes, al que alude el Autor, es el referente al ordenamiento jurídico español, que no reconoce formalmente valor creativo a las decisiones judiciales. No obstante, es opinión compartida por buen número de los constitucionalis-

tas la tesis de que las sentencias del Tribunal Constitucional, en particular las interpretativas, ocupan un lugar superior al de la ley en la jerarquía normativa. Se aduce para explicarlo que la afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las demás fuentes del Derecho, con la excepción, de la propia Constitución y de las Leyes de Reforma de la misma.

De entre los distintos aspectos novedosos que aporta este libro para un replanteamiento actual de la teoría de las fuentes jurídicas, estimo que destaca su enfoque de lo que el Autor considera como procesos deconstructivos de la ley en la era de la globalización. La metodología deconstructivista propicia, según sostiene Pérez Luño, un planteamiento fértil de algunos de los principales cambios operados en el sistema de las fuentes del Derecho. En particular, se revela como una opción metódica provechosa para abordar el estudio de cuanto afecta al actual significado y función de la ley, en el seno de los sistemas jurídicos que operan en la era de la globalización.

El Autor recuerda que el Estado de Derecho tenía como uno de sus valores *jurídicos* prioritarios la supremacía de la ley. Heredero ideológico de las aspiraciones del Iluminismo jurídico, el Estado de Derecho consideraba la garantía de la *generalidad* como un elemento constitutivo de la ley y como un fundamento de su primacía en cuanto fuente jurídica. Del carácter general de la ley dimanaba su propia función de garantía básica para el *status* jurídico de los ciudadanos en una sociedad libre y democrática. Dicha generalidad se manifestaba a un doble nivel: el de la creación de la norma donde implicaba sustituir al legislador individual (el monarca), por el legislador colectivo (Parlamento), es decir, por la exigencia rousseauiana de que la ley sea el producto de la voluntad general; y a la vez, generalidad en los destinatarios para asegurar la igualdad ante la ley, que las leyes sean idénticas para todos con la consiguiente abolición de leyes personales o privadas (privilegios). Otros rasgos constitutivos del concepto moderno de ley eran los referentes a su carácter necesariamente vinculante para quienes eran sus destinatarios, con independencia de su voluntad de acatarla, es decir, su heteronomía; la dimensión coactiva de sus preceptos cuyo contenido debía ser aplicado de forma inexorable; y la exigencia de claridad y precisión de sus formulaciones lingüísticas como garantía de la seguridad jurídica de los propios destinatarios de sus obligaciones, o sea de los ciudadanos. Hoy, como se ha tenido ocasión de indicar *supra*, se halla en cuestión la persistencia de la garantía de la generalidad como rasgo informador de la ley. De este modo, la propia noción de ley ha quedado cuestionada.

Corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho, la teoría jurídica tradicional reservaba a la ley, en cuanto norma general promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). Esta cláusula normativa de la *reserva de ley*, tenía su complemento en el principio de *jerarquía normativa* por el que se establecía un orden de prelación de las fuentes del Derecho, dirigido a impedir la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les estaban subordinadas.

El Autor de este libro reseña algunas fuentes bibliográficas representativas de la literatura jurídica actual, en las que se percibe la inquietud y preocupación por la pérdida de esos rasgos informadores que definían el significado

de la ley y avalaban su condición de fuente jurídica prioritaria. Un enfoque necesario para la inteligencia adecuada del fenómeno de la metamorfosis del significado de la ley y de la pérdida de sus funciones tradicionales, en el ámbito de las fuentes del Derecho, es el que conecta estas circunstancias con el fenómeno de la globalización, en cuyo seno se han manifestado versiones blandas, «*soft law*», dúctiles, «difusas» y porosas de juridicidad. Se reseñan aquí los fenómenos actuales, propios de la repercusión jurídica de la globalización, en los que la interdependencia y heterogeneidad de factores y agentes que contribuyen a la formación de normas han determinado la paulatina crisis de los rasgos que, en la teoría tradicional de las fuentes, caracterizaban la estructura y la función de la ley.

El Autor recurre a una imagen sugerente, para explicar esos procesos constructivos y deconstructivos de la legalidad: el mito de Oknos. La imagen de este mito, más allá de la diversidad de sus interpretaciones, parece querer simbolizar el eterno enfrentamiento entre los esfuerzos dirigidos a trenzar, tejer y conformar la realidad y las fuerzas destructivas y anuladoras de lo creado. Consiste en ese perdurable enfrentamiento de las potencialidades humanas tendentes al hacer y al deshacer y, en definitiva, a la construcción y a la deconstrucción.

Esas tendencias constructivas y deconstructivas jalonan también el devenir de la cultura jurídica y pueden considerarse como una constante cíclica explicativa de los periodos sucesivos de formación y crisis del Derecho. El libro aquí comentado contiene una cuidada referencia a distintos fenómenos deconstructivos que caracterizan la situación actual de la ley como fuente del Derecho. La literatura jurídica que se ha hecho cargo, desde distintas ópticas de enfoque, de esas circunstancias deconstructivas que contextualizan hoy el significado de la ley son útiles, porque reflejan el *status quaestionis* de las fuentes del Derecho en el presente. Ahora bien, el profesor Pérez Luño, advierte que reconocer esa situación no significa el tener que darla por buena.

El Autor entiende que esos fenómenos deconstructivos de deslegalización, de hipostenia o debilidad legal no constituyen, en sí mismos, la garantía de un Derecho mejor para los ciudadanos. No admite, por tanto, que existan motivos para adherirse a la complacencia con la que desde algunos enfoques doctrinales se saludan las manifestaciones de la legalidad «porosa» (que mejor fuera calificar de «vaporosa»), o de normatividad «difusa» (eufemismo que encubre, las más de las veces, una normatividad «confusa»).

La cuestión fundamental que se plantea en el presente a la Ciencia del Derecho, se concreta, en definitiva, en si la metamorfosis y consiguiente crisis de la concepción tradicional de las fuentes del Derecho, ha hallado los pertinentes marcos conceptuales para ser adecuadamente explicada por la teoría jurídica. Es esa una pregunta fundamental, que interpela hoy a cuantos estudian o cultivan la ciencia jurídica. Puede concluirse el comentario y valoración crítica de este libro, con la impresión de que, tras la lectura de sus páginas, hallamos un decidido empeño intelectual dirigido a contribuir a la respuesta, clara y rigurosa, de ese inaplazable reto.

Michela PORCARO
Università di Pisa

RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl, y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, Oxford University Press, México D.F., 2011, 406 pp.

En junio de 2011 el Presidente de México Felipe Calderón promulgó la mayor reforma de la Constitución mexicana en materia de derechos humanos acometida hasta entonces, junto con la reforma del Amparo Constitucional. Este cambio ha supuesto la ampliación de los derechos más importante llevada a cabo en décadas por este país, ya que se reconoce rango constitucional a todos los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales ratificados por México. Hasta ahora, el régimen mexicano había mantenido en esta materia de derechos humanos una práctica anacrónica, anclada en la categoría de las garantías individuales, que no se hacía eco de toda la riqueza del discurso contemporáneo de los derechos humanos. Gracias a la reforma México no sólo se pone al día en esta materia sino que aparece como un abanderado en la protección efectiva de los derechos humanos para Latinoamérica. Confiemos en que esta reforma –que entre otras cosas permitirá a la Comisión Nacional de Derechos Humanos ejercitar acciones de inconstitucionalidad contra leyes locales y federales que vulneren derechos humanos– contribuya a atajar la sangría de vidas humanas y la extensión de la violación sistemática de los derechos que vive este país desde hace más de cinco años, ocasionada por las luchas contra y entre los cárteles de la droga.

A la vista de este antecedente, no puede resultar más oportuna la aparición, en las mismas fechas que la mencionada reforma, del libro de los profesores Ramírez y Pallares, ambos de la Universidad Panamericana. Se trata de un fruto maduro engendrado dentro del grupo de investigadores que participan en la «Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos» de aquella Universidad. Seguro que su publicación contribuirá a saciar el interés generado por esta materia en aquel país, como consecuencia de la reciente reforma constitucional.

«Derechos Humanos», no pretende más (ni menos), que ser un manual, que contribuya a la formación de los estudiantes de Derecho (y de otras titulaciones interesadas en la materia). Aunque, de entrada, no parece titánica la empresa de redactar un manual, es significativo que existan tan pocos sobre los derechos humanos. Ciertamente abundan las monografías que tratan aspectos concretos. Tampoco son infrecuentes las obras dedicadas a los derechos humanos desde una perspectiva histórica o del Derecho internacional. Pero son escasos los genuinos manuales sobre derechos humanos, que abarquen desde las espinosas, pero decisivas, cuestiones relacionadas con su fundamentación, hasta las garantías contempladas por los ordenamientos nacionales e internacional¹. A la vista de estos antecedentes, no es descabellado suponer que la magra cosecha de manuales de derechos humanos es consecuencia de la dificultad que presenta su cultivo. Si tenemos en cuenta que esa obra no se puede llevar a cabo sino desde una rigurosa multidisciplinariedad, y que se trata de una materia que nos remite continuamente a los problemas

¹ Obra pionera en este campo fue la coordinada por el profesor Jesús Ballesteros, y elaborada por profesores del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de Valencia; Cfr. BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, 1992, 242 pp.

de justicia más acuciantes de la humanidad, comprenderemos que escribir un manual sobre derechos humanos ofrece unas dificultades superiores a las de la mayoría de las áreas de conocimiento.

Por todo ello, no sólo cabe dar la bienvenida a la nueva obra sino felicitar a los autores por su valiosa osadía. Su juventud no ha sido óbice ni para que se amedrentaran ante la empresa ni para que el resultado fuera deficiente. Su formación investigadora en el ámbito europeo (concretamente en España, y en dos universidades de referencia en materia de Derechos humanos, como son las de Valencia y Navarra) y su familiaridad con la producción científica anglosajona y latinoamericana les ha permitido abordar el proyecto teniendo en cuenta las aportaciones procedentes de Europa, Estados Unidos y Latinoamérica.

La obra presenta una estructura clara y justificada, integrada por tres partes. La primera trata de la filosofía de los derechos humanos, con especial atención al tema de la fundamentación. La segunda, titulada «Praxis de los derechos humanos», se ocupa del contenido de cada uno de los derechos humanos. Finalmente, la tercera parte se centra en los mecanismos técnico-jurídicos de garantía de los derechos, tanto a nivel estatal como internacional.

En la primera parte los autores se toman en serio el reto de la fundamentación. Frente a quienes propugnaban que con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se hacía superflua la reflexión sobre el fundamento de los derechos, el paso del tiempo no ha dejado de confirmar lo contrario: es imposible interpretar y aplicar los derechos si no se hace desde una determinada fundamentación. De ahí que los autores estimen imprescindible ocuparse de las teorías existentes al respecto. Pero no se limitan a ofrecer un resumen de cada una de ellas, sino que se atreven a decantarse por la que les parece más consistente. Estiman que los derechos humanos son exigencias objeto de la dignidad y no sólo manifestaciones de la autonomía individual. Esa toma de postura les permite acometer el problema de la universalidad e historicidad de los derechos humanos con una propuesta plausible.

En la segunda parte, más que presentar los derechos según las tres o cuatro generaciones que se han consagrado, optan por un esquema original que puede hacer aún más comprensible al lector el sentido de los derechos en su conjunto. Si bien la ordenación por generaciones tiene sus virtualidades, supone en cierta medida reconocer que el sujeto importante es el Estado y no la persona, pues las generaciones representan la evolución de las obligaciones del Estado hacia la persona. En este repaso que hacen de los derechos humanos he notado dos ausencias que, a mi entender, deberían paliarse en una futura edición. Una es de índole bibliográfica y otra temática. Al tratar de «La pobreza como proceso de exclusión» no se ha tenido en cuenta la obra de Thomas Pogge², una de las más relevantes publicadas sobre este tema en los últimos años. Por otro lado, llama la atención que en la presentación del derecho humano al medio ambiente no se incluya al menos una mención al problema del cambio climático; concretamente al modo en que está reformulan-

² Cfr. POGGE, T., *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005.

do del derecho al medio ambiente y a su repercusión sobre el conjunto de los derechos³.

La última parte, dedicada a la protección de los derechos humanos a través de mecanismos técnico jurídicos, nos presenta todas las garantías existentes tanto a nivel nacional como internacional de manera rigurosa y comprensible.

El libro concluye con un epílogo sobre «Educación y derechos humanos», que resulta sumamente oportuno, no sólo porque sirve para justificar el sentido de una obra como la que comentamos y porque incide en que el *ethos* social es la clave del éxito para los derechos humanos, sino porque en abril de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre Educación y Formación en materia de derechos humanos (A/hrc/res/16/1). Indudablemente se trata de un aspecto crucial, como pone de manifiesto la propia Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 26. Pero entiendo que el tema no se puede despachar con una expresión de buenas intenciones. Los autores deberían haber, aunque sólo fuera a modo de esbozo, planteado las dificultades de la formación en derechos humanos. ¿Se debe proporcionar sólo información valorativamente neutra? ¿Se debe tratar de incidir sobre las emociones y actitudes de los estudiantes? ¿Se debe dar respuesta a todos los aspectos controvertidos que se suscitan en el campo de los derechos humanos o se debe, más bien, dejar que sea el estudiante quien tome sus posiciones? ¿Debe formar parte del currículo escolar como una materia específica o, más bien, como un contenido transversal, que está presente en todas las materias? Y así unas cuantas preguntas de no fácil respuesta.

Me parece interesante la apuesta que hacen Ramírez y Pallares por sostener el edificio de los derechos humanos sobre la base de la dignidad humana, cuya expresión jurídica fundamental encontramos en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los autores complementan y robustecen su posición vinculando la dignidad a los deberes o, por decirlo con la Declaración, subrayando la íntima conexión existente entre el artículo 1 y el artículo 29.1, en el que se dice: «Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad». Gandhi expresó como nadie esta idea: «De mi ignorante pero sabia madre aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse proceden del deber bien cumplido. De tal modo, que sólo somos acreedores del derecho a la vida cuando cumplimos el deber de ciudadanos del mundo. Con esta declaración fundamental, quizás sea más fácil definir los deberes del Hombre y la mujer y relacionar todos los derechos con algún deber correspondiente que ha de cumplirse. Todo otro derecho será una usurpación por la que no merecerá la pena luchar»⁴.

En los últimos años se han levantado voces críticas hacia el concepto de dignidad humana desde la bioética anglosajona, tachándolo de inútil⁵ o de

³ Cfr. HUMPHREYS, S. (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.

⁴ «Carta de Mahatma Gandhi al Director General de la UNESCO», en AAVV, *Los derechos del hombre*, Laia, Barcelona, 1973, pp. 33-34.

⁵ La primera en «disparar» contra el concepto de dignidad humana fue MACKLIN, R., «Dignity is a useless concept», *British Medical Journal*, 327 (2003), pp. 1419-1420. Le siguió, elevando el tono de la crítica, PINKER, S., «The Stupidity of Dignity», *The New Republic*, 28 de mayo de 2008. El artículo de Pinker fue una aira-

idea estúpida. Ante la importancia que los autores reconocen al concepto de dignidad humana en la fundamentación de los derechos, y ante la repercusión que esas posiciones críticas han tenido en los foros académicos, habría sido deseable que el manual se hubiera hecho eco de esta polémica.

Un libro sobre derechos humanos, y escrito por autores jóvenes convencidos del potencial de este instrumento jurídico, es fácil que incurra en el error de presentar los derechos como la varita mágica para resolver todas las injusticias sociales o conseguir las más diversas reivindicaciones políticas. Por el contrario, el libro recalca una y otra vez, que las exigencias éticas de los derechos humanos no significan una exigencia jurídica, ni viceversa. Los autores son conscientes del peligro de inflar el discurso de los derechos humanos, que acaba arruinando su credibilidad y eficacia. Es una lástima que Ramírez y Pallares no refuerzen su posición acudiendo a autores como Glendon⁶ o Ignatieff⁷, con quien creo que comparten esta visión acerca del alcance limitado de los derechos humanos.

También es común encontrar obras que, teniéndose por manuales, son más bien ensayos, carentes de cualquier planteamiento pedagógico. En este caso nos encontramos ante un manual clásico, que verdaderamente facilita el acceso de los estudiantes universitarios al universo de los derechos humanos. Además, el hecho de que haya sido elaborado sólo por dos autores, que se nota que se han puesto de acuerdo en establecer una metodología de trabajo común, da al libro una coherencia de planteamientos que no siempre se encuentra en libros escritos a cuatro manos. Finalmente es muy de agradecer que el libro cuente no sólo con un índice de autores sino con uno de materias. En las publicaciones anglosajonas es difícil encontrar un texto académico que no cuente con ello, mientras que en España sigue siendo excepcional.

Vicente BELLVER CAPELLA
Universitat de València

da reacción al informe del President's Council on Bioethics, *Human Dignity and Bioethics*, Washington, D.C., 2008.

⁶ Cfr. GLENDON, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of the Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991.

⁷ Cfr. IGNATIEFF, M., *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona, 2003.

IV

NOTICIAS

Crónica de las XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (2011)

Organizadas por el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén, cuyo comité organizador estuvo compuesto por los/as profesores, María Dolores Pérez Jaraba, Juan A. del Real Alcalá, Ramón Ruiz Ruiz y José A. López García, durante los días 7 y 8 de abril de 2011, tuvieron lugar en el Campus de la Universidad de Jaén, las XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. El tema elegido para el desarrollo de las XXIII Jornadas fue, «Las claves de la Filosofía del Derecho del siglo XXI».

Las Jornadas se dividieron en tres sesiones, con dos ponencias para cada sesión, a las que se asociaron, asimismo, tres talleres de comunicaciones sobre la temática de cada sesión. Junto a la exposición de las seis ponencias marco, se leyeron durante los dos días de sesiones un total de 52 comunicaciones, provenientes de dieciocho universidades españolas y tres universidades hispanoamericanas.

La primera sesión de ponencias, tuvo como temática, «La teoría de la justicia y derechos humanos». Las dos ponencias marco, estuvieron a cargo de la Profesora María del Carmen Barranco, de la Universidad Carlos III de Madrid, con el título, «Constitución, derechos humanos y filosofía del derecho», y de la Profesora Cristina García Pascual, de la Universidad de Valencia, cuya ponencia versó sobre, «Justicia y mal absoluto». Terminada esta sesión, pasaron a leerse un total de diecisiete comunicaciones sobre la temática de teoría de la justicia y derechos humanos, bajo la moderación del Profesor José Antonio López García, de la Universidad de Jaén.

La segunda sesión de ponencias, abordó el tema de, «La filosofía del derecho y las transformaciones del sistema jurídico». Las ponencias en este caso estuvieron a cargo del Profesor Jesús Ignacio Martínez, de la Universidad de Cantabria, con el título de su ponencia, «Derecho e incertidumbre». El segundo ponente fue el Profesor Manuel Calvo García, de la Universidad de Zaragoza, cuya ponencia se tituló, «Transformaciones jurídicas y teoría del derecho». Terminada esta segunda sesión de ponencias vespertina, se leyeron las comunicaciones que se presentaron relativas a la temática de las ponencias, moderadas por el Profesor Ramón Ruiz Ruiz, de la Universidad de Jaén. La práctica totalidad de las diecisiete comunicaciones admitidas, fueron leídas en este segundo taller de comunicaciones.

La tercera y última sesión, se celebró en la mañana del día 8 de abril y tuvo como tema de exposición, «La interpretación y argumentación jurídica». En este caso, fueron el Profesor José Juan Moreso, de la Universidad Pompeu Fabra, con su ponencia titulada, «Argumentación jurídica y desacuerdos», y la Profesora Victoria Iturralde, de la Universidad del País Vasco, con la ponencia de título, «De la tesis del caso especial al principio de unidad de la razón práctica», quienes abordaron la temática de esta tercera sesión. Asimismo, a la finalización de las intervenciones de los ponentes, se leyeron las comunicaciones presentadas sobre interpretación y argumentación jurídica, moderando este taller de comunicaciones el Profesor Juan Alberto del Real, de la Universidad de Jaén. El número de comunicaciones admitidas para en esta tercera sesión fueron dieciocho y prácticamente todas ellas leídas por sus autores.

Al final de la mañana del día 8 de abril, tuvo lugar la Sesión Plenaria de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Lo más relevante de lo aprobado en esta Sesión Plenaria de la Sociedad, fue la elección del Profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig, de la Universidad Carlos III de Madrid, como nuevo Presidente de la Sociedad. Asimismo, después de agradecer la labor realizada por el Presidente y su Junta saliente, el Profesor Carlos Alarcón, de la Universidad Pablo de Olavide, se acordó que las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, se celebrarán en 2013 en la Universidad de Cantabria, recayendo la organización de las mismas en nuestros colegas de Filosofía del Derecho de dicha universidad.

Por último, destacar que la mayoría de las comunicaciones presentadas a las Jornadas, luego de su aceptación, fueron publicadas en los números 22 y 23 de los *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, junio y diciembre de 2011, respectivamente.

José Antonio LÓPEZ GARCÍA
Universidad de Jaén

V

NECROLÓGICAS

Ernesto Martínez Díaz de Guereñu

El 24 de mayo de 2011 falleció Ernesto Martínez Díaz de Guereñu, que durante muchos años ha sido catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Deusto. De formación alemana, era doctor por la Universidad estatal de Freiburg de Brisgovia, en donde obtuvo el premio a la mejor tesis del año 1968. Se graduó en Sociología por la Universidad Pontificia de Salamanca y era Licenciado en Letras, especialidad Anglogermánica, por la Universidad de Deusto.

Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, Vicepresidente de la Asociación Alexander-von-Humboldt de España y Miembro de Número de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País. Seguía siendo profesor emérito, aunque ya iba poco a su despacho. Donde más a gusto se encontraba era en su casa de Algorta, con sus libros, en compañía de Eva, su mujer.

Poseía una cultura vastísima. Había trabajado en profundidad el pensamiento de Platón, Aristóteles, Cicerón, Spinoza y Hegel. Su conocimiento de lenguas era excepcional: leía directamente a los clásicos grecolatinos, disfrutaba con las resonancias del alemán de una página de Hegel, publicó en traducción directa del ruso *La muerte de Iván Illich* de Tolstoi. Amaba la música.

En el ámbito de la filosofía del derecho le interesaba sobre todo la historia de las ideas, que abordada desde una perspectiva abierta a todas las manifestaciones de la cultura. En sus clases se percibía un refinamiento intelectual y una sensibilidad poco comunes. Su capacidad para la sugerencia y su tono cosmopolita contrastaba con el ambiente que suele predominar en los estudios jurídicos.

Frecuentaba las Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, en donde dió muestras de su carácter amigable, atento, con una ironía benévola y dotes de buen conversador. En 1987 organizó en su universidad un simposio sobre «Racionalidad e irracionalidad en la política y el derecho», de muy grato recuerdo, del que se han editado las actas.

Sus publicaciones son poco conocidas y, en su dispersión, no siempre fáciles de localizar. Sería deseable que se realizara al menos un catálogo, que sin duda revelará facetas sorprendentes y mostrará en toda su riqueza una trayectoria intelectual singular. Deja una obra más intensa que extensa, precisa, escrita desde la curiosidad y la pasión. Probaba sus fuerzas con grandes

asuntos, que abordaba de forma exploratoria, buscando suscitar la reflexión. Tocaba temas permanentes, que no se devalúan con el paso del tiempo. Con enorme rigor, con un instinto certero para los detalles significativos, alcanza momentos de emoción y belleza.

En una ocasión se refería a «los articulillos de todo tipo que mi penuria de apátrida intelectual ha ido dejando caer *in partibus infidelium*», a una producción marcada por una «dispersión mental poligámica (donjuanesca)». Y también condicionada por el ejercicio de una actividad lectiva desarrollada «sin tener jamás un ayudante y con una media de seiscientos alumnos», lo que provoca una cierta «sequía (*sécheresse, Dürrezeit, agórraldi*, etc.)».

Poco antes de morir ha aparecido su libro *Regalos, favores... y donación de órganos. Ensayo exploratorio de Doremática*, un recorrido por la problemática de la gratuidad, su potencialidad y sus perversiones, desde la antigüedad a ciertas formas de generosidad y solidaridad de nuestro tiempo. Es buena muestra de la amplitud de sus intereses, de su delicadeza y finura, agudeza y buen gusto, a la hora de escoger y abordar temas de investigación. Merece ser reconocido como una de las figuras más relevantes que ha tenido la Universidad de Deusto.

Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una revista anual vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), publicada desde la Universidad de Valencia. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis iusfilosófico sin perjuicio de aportar una base teórica rigurosa sobre aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

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. 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 no admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.

Los autores de los trabajos aceptados recibirán, una vez decidida la admisión definitiva del trabajo y hechas las oportunas modificaciones señaladas por los *referees*, en su caso, a través de correo ordinario, una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores de los trabajos rechazados recibirán por correo ordinario una certificación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente, junto a una copia del contenido de los *referees* negativos.

El Consejo de Redacción del *AFD*.

